REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 20 – ANO 4

MARÇO E ABRIL 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) Agravos de Instrumento 25
b) Agravos Internos 121
c) Apelações 123
d) Embargos de Declaração 334

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 357
b) Apelações 391
c) Apelações/Reexames Necessários 513
d) Embargos de Declaração 526
e) Mandados de Segurança 541
f) Reexames Necessários 544

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 549
b) Apelações 555
c) Correições Parciais 630
d) Embargos Infringentes e de Nulidade 633
e) *Habeas Corpus* 635
f) Mandados de Segurança 663
g) Recursos em Sentido Estrito 667
h) Revisões Criminais 674

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 699
b) Agravos Regimentais 807
c) Conflitos de Competência 810
d) Reclamações 826

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 830
b) Agravos Internos 834
c) Apelações 838
d) Conflitos de Competência 874
e) Conflitos de Jurisdição 882
f) *Habeas Corpus* 884
g) Reexames Necessários 886

5- Conselho Superior da Magistratura 894

6- Noticiário 909

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

Palácio da Justiça, Rua Onze de Agosto, s/nº, 4º andar
sala 402, São Paulo-SP, 01018-010
Telefone (11) 3117-2801
endereço eletrônico: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano IV, n. 20, mar./abr. 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 LUÍS MÁRIO 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**
Desembargadora CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER**

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 ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador José Carlos COSTA NETTO***
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIROZ
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
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
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
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 CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
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 — 10:00 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 LUÍS MÁRIO 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***
Desembargador FERNÃO BORBA FRANCO**

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***
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**

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

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**

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
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES
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 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 — 4ª 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 JUNIOR
Desembargador Carlos Eduardo ANDRADE SAMPAIO
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**

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**

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**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS
(Resolução nº 737/2016)

7ª Câmara Criminal Extraordinária

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

8ª Câmara Criminal Extraordinária

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

9ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargadora IVANA DAVID**

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
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
Clara Maria Araújo Xavier
Fernão Borba Franco

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2225455- 90.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MAX AZEVEDO DOS SANTOS, é agravado FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26295)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 2 de março de 2017.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde coletivo. Pretensão de manutenção no plano de saúde estabelecido entre a Fundação Saúde Itaú e ex-empregadora, mediante pagamento da prestação integral. Decisão que indeferiu a antecipação de tutela.

Recurso do autor. Plano de saúde que sofreu reestruturação, adotando o modelo unificado de faixas etárias e categorias, em lugar do sistema anterior, que distinguia entre ativos e inativos. Possibilidade de redesenho, nesses termos, reconhecida pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Ausência de elementos no sentido de que os valores exigidos não estariam compatíveis com as tabelas apresentadas a todos os empregados ativos e inativos. Probabilidade do direito alegado não verificada. R. Decisão mantida. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em autos de ação de obrigação de fazer, indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Insurge-se o autor, alegando, em suma, que a ré bipartiu o grupo de beneficiários em duas apólices, uma especial destinada aos aposentados e outra destinada aos trabalhadores ativos. Pugna pela concessão da liminar para que seja mantido do plano de saúde nas mesmas condições de quando da vigência do contrato de trabalho, sob pena de pagamento de multa diária de R$5.000,00, bem como para que a ré envie boletos bancários de até no máximo 100% de aumento do que pagava o agravante pelo plano a título de cota-parte do ex-empregador.

O efeito ativo não foi concedido (fls. 69/70).

Sem contraminuta.

Presentes os requisitos foi possível o juízo positivo de admissibilidade, razão pela qual o recurso foi processado e está em condições de julgamento.

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência de natureza antecipada através da qual o ora agravante objetiva a manutenção de seu plano de saúde, nas mesmas condições quando da vigência de seu contrato de trabalho do qual é beneficiário há mais de dez anos, com base no artigo 31 da Lei 9656/98.

A liminar foi indeferida pela r. decisão agravada.

Pois bem.

O recurso não merece ser provido.

Ora, como se sabe de julgamento de casos análogos, a ré reestruturou seu modelo de plano de saúde, antes cindido entre ativos e inativos, alterando forma de custeio para um modelo unificado, dividido por faixas etárias e padrão de conforto. Assim, a única distinção atual entre ativos e inativos seria a de que os primeiros são beneficiados pela cota patronal, enquanto que os segundos assumem o valor integral da prestação.

A possibilidade de readequação do plano de saúde coletivo, com redesenho do modelo de custeio para faixas etárias e categorias, tem a validade reconhecida pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. TRABALHADOR APOSENTADO. MIGRAÇÃO PARA PLANO NOVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO ANTERIOR. LEGALIDADE. REDESENHO DO MODELO DE CONTRIBUIÇÕES PÓS-PAGAMENTO E PRÉ- PAGAMENTO. AUMENTO DA BASE*

Acesso ao Sumário

DE USUÁRIOS. UNIFICAÇÃO DE EMPREGADOS ATIVOS E INATIVOS. DILUIÇÃO DOS CUSTOS E DOS RISCOS. COBERTURA ASSISTENCIAL PRESERVADA. RAZOABILIDADE DAS ADAPTAÇÕES. EXCEÇÃO DA RUÍNA.

1. Discute-se se o aposentado e o empregado demitido sem justa causa, migrados para novo plano de saúde coletivo empresarial na modalidade pré-pagamento por faixa etária, mas sendo-lhes asseguradas as mesmas condições de cobertura assistencial da época em que estava em vigor o contrato de trabalho, têm direito de serem mantidos em plano de saúde coletivo extinto, possuidor de sistema de contribuições pós-pagamento, desde que arquem tanto com os custos que suportavam na atividade quanto com os que eram suportados pela empresa.

2. É garantido ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998). Os valores de contribuição, todavia, poderão variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com os que a ex-empregadora tiver que custear. Precedente.

3. Por 'mesmas condições de cobertura assistencial' entende-se mesma segmentação e cobertura, rede assistencial, padrão de acomodação em internação, área geográfica de abrangência e fator moderador, se houver, do plano privado de assistência à saúde contratado para os empregados ativos (art. 2º, II, da RN nº 279/2011 da ANS).

4. Mantidos a qualidade e o conteúdo de cobertura assistencial do plano de saúde, não há direito adquirido a modelo de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), desde que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso.

5. Nos contratos cativos de longa duração, também chamados de relacionais, baseados na confiança, o rigorismo e a perenidade do vínculo existente entre as partes pode sofrer, excepcionalmente, algumas flexibilizações, a fim de evitar a ruína do sistema e da empresa, devendo ser respeitados, em qualquer caso, a boa-fé, que é bilateral, e os deveres de lealdade, de solidariedade (interna e externa) e de cooperação recíprocos.

6. Não há ilegalidade na migração de inativo de plano de saúde se a recomposição da base de usuários (trabalhadores ativos, aposentados

Acesso ao Sumário

e demitidos sem justa causa) em um modelo único, na modalidade pré-pagamento por faixas etárias, foi medida necessária para se evitar a inexequibilidade do modelo antigo, ante os prejuízos crescentes, solucionando o problema do desequilíbrio contratual, observadas as mesmas condições de cobertura assistencial. Vedação da onerosidade excessiva tanto para o consumidor quanto para o fornecedor (art. 51, § 2º, do CDC). Função social do contrato e solidariedade intergeracional, trazendo o dever de todos para a viabilização do próprio contrato de assistência médica.

7. Não há como preservar indefinidamente a sistemática contratual original se verificada a exceção da ruína, sobretudo se comprovadas a ausência de má-fé, a razoabilidade das adaptações e a inexistência de vantagem exagerada de uma das partes em detrimento da outra, sendo premente a alteração do modelo de custeio do plano de saúde para manter o equilíbrio econômico-contratual e a sua continuidade, garantidas as mesmas condições de cobertura assistencial, nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998.

8. Recurso especial provido." (REsp 1479420/SP, Rel. Ministro ***RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA****, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015).*

Desta feita, em uma analise perfunctória, não parece haver distorção na fixação dos valores impostos para ativos e inativos, tampouco justificativa para a tutela de urgência. Todavia, a questão deve ser esclarecida durante a instrução processual.

Além disso, não há noticia de que a ré esteja se negando a incluir o autor no plano de saúde.

Nesse contexto, mantem-se a r. decisão agravada.

Ante ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2236906-15.2016.8.26.0000, da Comarca de Votuporanga, em que é agravante R.B.S.A., é agravado M.A.R.

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 27928)**

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

São Paulo, 21 de março de 2017.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Inconformismo da ré. Não acolhimento. Separação obrigatória (legal) de bens - comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, independentemente da prova de efetiva contribuição, que é presumida nessa hipótese - incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Partilhado o imóvel, é devido aluguel diante da fruição exclusiva por parte da ré - artigos 1314 e 1319 do Código Civil. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por R.B.S.A. contra a respeitável decisão (fls. 38/40 - MM. Juiz de Direito Dr. Sérgio Martins Barbatto Júnior) proferida nos autos da "*ação de divórcio litigioso c/c pedido de partilha de bens*" (fls. 12 e seguintes) em sua face ajuizada por M.A.R.

A mencionada decisão foi proferida nos seguintes termos:

"*Vistos.*

1 - O divórcio é um ponto pacífico entre as partes. Fica já DECRETADO.

Com relação ao nome. Integra, ele, a personalidade da pessoa. Não compete a marido exigir que esposa altere o seu. Pode, sim, a requerida alterar o seu nome, se desejar, para se desvincular do requerente. Mas não é lícito exigir de uma pessoa que abra mão de uma parte de sua personalidade.

Expeça-se mandado observando-se a opção de nome da ré.

2 - O processo caminha agora com questões controversas.

2.1 - Bens que serão discutidos:

A) Prédio da Rua (...), 2... B;

B) Ford/Fiesta placa (...)

C) Conta Bancária no Banco Bradesco agência (...) número (...).

D) Bens móveis diversos (fls. 5).

2.2 Questões diversas.

Acesso ao Sumário

A) Aluguel pelo uso exclusivo do bem na Rua (...) em favor do autor;

B) Pensão em favor da requerida;

C) Usufruto de imóvel doado, situado na cidade de DIRCE.

Pois bem. DECIDO.

O imóvel da Rua (...) fica desde já partilhado em 50% para cada um, já que os dois concordam com sua integração ao patrimônio comum.

Considerando-se que a autora está em requerida está em posse exclusiva do bem, aliado ao fato de tem profissão que exerce no local (como confessa na inicial), deverá pagar ao autor, pessoa idosa, aluguel equivalente a R$ 500,00 pelo uso do local.

Quanto ao Fiesta. Estar em nome de uma pessoa não significa, de forma alguma, propriedade exclusiva. Trata-se de mera formalidade administrativa. Foi adquirido na constância do casamento, pelo que, em princípio, deve ser dividido.

Quanto ao imóvel na cidade de Dirce. Conforme fls. 74/78, OS DOIS LITIGANTES o doaram para (...), pelo que não integra a partilha. E o usufruto que a requerente suscita é em SEU FAVOR (fls. 77).

Quanto à conta Bancária. É comum. Os dois têm acesso aos extratos. Compete às partes trazer ao juízo o saldo existente no momento da dissolução da união.

Não é papel do Juízo substituir aos litigantes e Advogados.

Com base em tudo que foi exposto aqui, no prazo de 15 dias, as partes deverão:

1 - juntar o saldo da conta corrente no mês da separação de fato do casal;

2 - indicar se pretendem produzir alguma outra prova, com justificativa em concreto de sua necessidade, arrolando eventuais testemunhas sob pena de preclusão;

3 - fica indeferida juntada de novos documentos, salvo extratos bancários de item 1.

Intime-se." (fls. 38/40).

Por primeiro, pugna a ré, ora agravante, pela anulação da decisão agravada por ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e ao artigo 11 do Código de Processo Civil - ausência de fundamentação.

Pleiteia, também, a reforma da mencionada decisão a fim de que seja revogada a determinação de pagamento de aluguel por parte da agravante ao agravado, bem como para que o automóvel seja declarado de inteira propriedade da agravante. Sustenta, em síntese, que o regime de bens adotado quando da união do casal é o da separação obrigatória de bens e que cada uma das partes tem sua renda própria, já que a agravante é cabeleireira e o agravado é

Acesso ao Sumário

aposentado e percebe frutos da locação de um imóvel em outra cidade. Afirma que cada cônjuge construiu seu patrimônio em separado, sendo certo que a casa em que até então vivia o casal é fruto da contribuição financeira de ambos os cônjuges. Argumenta que o veículo automóvel é de propriedade exclusiva da agravante, pois, em que pese tenha sido adquirido na constância do casamento, é fruto exclusivo do seu trabalho como cabeleireira. Cita os artigos 1641, 1687, 1688 e 2039, todos do Código Civil de 2002.

Os autos foram distribuídos a esta Nona Câmara de Direito Privado, mais especificamente a este Relator, em 22 de novembro de 2016 (fls. 45) e, em 23 de novembro, o recurso foi recebido com determinações para o seu regular processamento (fls. 46).

O autor, ora agravado apresentou contraminuta (fls. 48/51) e certificou-se nos autos a ausência de oposição ao julgamento virtual (fls. 52).

Em 13 de fevereiro de 2017, os autos foram conclusos para julgamento.

É o relatório do necessário.

Por primeiro, não merece amparo o pleito da ré, ora agravante, para que seja anulada a decisão agravada, pois, ainda que concisa, há fundamentação suficiente para suportar as determinações nela contidas.

De fato, fundamentou o MM. Juiz que:

"*O imóvel da Rua (...) fica desde já partilhado em 50% para cada um, já que os dois concordam com sua integração ao patrimônio comum. Considerando-se que a autora está em requerida está em posse exclusiva do bem, aliado ao fato de tem profissão que exerce no local (como confessa na inicial), deverá pagar ao autor, pessoa idosa, aluguel equivalente a R$ 500,00 pelo uso do local.*

Quanto ao Fiesta. Estar em nome de uma pessoa não significa, de forma alguma, propriedade exclusiva. Trata-se de mera formalidade administrativa. Foi adquirido na constância do casamento, pelo que, em princípio, deve ser dividido." (fls. 39).

Logo, devidamente fundamentada a mencionada decisão, nos moldes do que exige o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como o artigo 11 do Código de Processo Civil, não vinga a preliminar arguida na minuta.

Quanto ao mérito recursal, necessário apontar que a regra de incomunicabilidade de patrimônio de cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória de bens revela intuito protetivo da norma legal, para impedir que o interesse material pela fortuna seja o motor da decisão pelo casamento (confira-se: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil aplicado*. 7º volume. São Paulo, 1996, p. 178-179). A tutela legal objetiva proteger não somente os consortes, mas também, eventualmente, terceiros que possam ser beneficiados em sucessão *causa mortis*, herdando o referido patrimônio.

Acesso ao Sumário

Em que pese haja essa indicação, no regime de separação obrigatória de bens devem se comunicar os bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, com o fito de inibir o enriquecimento sem causa, o que equivale, quanto a tais bens, à aplicação do regime de comunhão parcial de bens.

Observa-se como relevante na vida do casal o parâmetro da solidariedade e da dignidade humana. O esforço comum para estabelecer seus laços perpassa não apenas a relação de afetividade, mas também o desejo que as relações patrimoniais sejam bem-sucedidas, com o congresso de interesses entre os cônjuges, reconhecendo-se e se presumindo a igual participação de ambos na formação do patrimônio ao longo da constância matrimonial.

Essa leitura interpretativa, feita pela majoritária parcela da Jurisprudência, decorre da clara disciplina do artigo 259 do Código Civil de 1916, que, embora não repetida no Código Civil de 2002, inspira a redação da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

> "*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*"

Essa súmula, ao que consta, não está cancelada, nem revogada, está em pleno vigor, o que torna a sua aplicabilidade ainda juridicamente possível, impedindo o acolhimento do pleito da agravante para que seja declarado que o automóvel Fiesta é de sua inteira propriedade.

Com efeito, tendo em vista que a aquisição do pré-falado automóvel ocorreu na constância do casamento e não há nos autos qualquer demonstração de que uma tal aquisição tenha decorrido de esforço exclusivo de qualquer dos cônjuges, não merece acolhida o pleito formulado na minuta.

No que se refere ao imóvel localizado na Rua (...), adquirido na constância do casamento, foi partilhado na proporção de 50% para cada um dos cônjuges, comportando a indenização pleiteada pelo varão no que diz respeito a arbitramento de aluguel do referido bem imóvel que vem sendo ocupado com exclusividade pela agravante.

Acesso ao Sumário

De fato, é cediço que o condomínio garante aos condôminos usar da coisa conforme sua destinação (artigo 1314 do Código Civil) e, no presente caso, verificada a fruição exclusiva por parte da ré, ora agravante, prevalece o dever desta de pagar pelo uso da cota-parte do autor, ora agravado (artigo 1319 do Código Civil).

Assim, enquanto persistir a situação de condomínio e o uso da coisa somente pela agravante, em detrimento do agravado, deve, sim, arcar com o aluguel mensal.

Concluindo, nega-se provimento ao presente agravo de instrumento a fim de que seja mantido o quanto decidido pela respeitável decisão proferida em

Primeiro Grau.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231404-32.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante T.L.T., é agravado J.L.N.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz, que dava provimento e declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.647)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 14 de março de 2017.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - Exceção de incompetência - "*Ratione loci*" - Acolhimento, nos termos do art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil/1973 (vigente à época) - Impossibilidade - Não há como sustentar que o referido dispositivo legal tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão dos arts. 5º, inciso I e 226, §5º - Princípio da igualdade entre os cônjuges - Aplicação da regra geral do domicílio do réu (art. 94, do CPC/1973, vigente à época) - Decisão mantida - AGRAVO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 23 que, junto à ação de reconhecimento e dissolução de união estável, acolheu o incidente

Acesso ao Sumário

de exceção de incompetência apresentado pelo recorrido, determinando a remessa dos autos à Comarca de Águas da Prata/SP (processo nº 0008221-52.2015.8.26.0161 - 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Diadema).

Em busca de reforma, sustenta a agravante a competência da 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Diadema/SP para o processamento do feito, local de seu domicílio.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido - fls. 159/161.

Dispensadas informações junto à MM. Juíza da causa. Devidamente intimado, deixou o agravado de apresentar contraminuta (certidão de fls. 165).

É o relatório.

O recurso não merece acolhimento.

T.L.T. ajuizou ação de reconhecimento e dissolução de união estável contra J.L.N. - fls. 29/33 (processo nº 1001792-52.2015.8.26.0161 - 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Diadema).

Devidamente citado, o réu apresentou contestação (fls. 109/112) e exceção de incompetência (fls. 9/13).

Pois bem.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

"*A jurisdição, que integra as faculdades da soberania estatal, ao lado do poder de legislar e administrar a coisa pública, vem a ser, na definição de Couture, a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução.*

Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público.

A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.

.....

Se todos os juízes tem jurisdição, nem todos, porém, se apresentam com competência para conhecer e julgar determinado litígio.

Só o juiz competente tem legitimidade para fazê-lo."

(*Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, 47ª ed., vol. I, p. 178)

Dispunha o art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil/1973 (vigente à época) que era competente o foro "*da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de*

Acesso ao Sumário

casamento".

Contudo, não há como sustentar que o foro privilegiado da residência da mulher, conforme acima indicado, tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão dos arts. 5º, inciso I e 226, §5º.

Estabelece a Carta Magna:

"***Art. 5º****. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

(grifo meu)

E ainda:

"***Art. 226****. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

.....

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

(destaquei)

Conforme bem anotado pelo Des. Álvaro Passos:

"*O constituinte originário de 1988, ciente deste fenômeno social consagrado em grande parte pelo direito, entendeu por bem declarar, de forma definitiva, a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, com a ressalva de que apenas a Constituição poderia estabelecer diferenças, assim compreendido face a expressão 'nos termos desta Constituição' (art. 5º, inciso I).*

E assim o fez. Consignou, no texto constitucional, dois direitos somente reservados às mulheres e uma obrigação imposta aos homens. Elas se aposentam com tempo de contribuição e idade inferiores e podem usufruir a licença-maternidade. Já aos homens foi imposto o serviço militar obrigatório. À norma infraconstitucional foi vedada a possibilidade de estabelecer direitos e obrigações que não pudessem ser recíprocos.

O Código de Processo Civil, editado sob a égide da Constituição de 1967, consagrou o direito à mulher de demandar no seu domicílio contra o marido ou ex-marido. Na vigência da Carta de então, por ausência de previsão expressa quanto à igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, o foro privilegiado não afrontava a Lei Maior.

Com a edição da Constituição de 1988, todas as normas inferiores que não se coadunaram aos seus dispositivos não foram recepcionadas. Neste particular, merece destaque o quanto disposto no art. 178, § 1º,

Acesso ao Sumário

do Código Civil de 1916, quanto ao direito do marido em anular o casamento, até dez dias após a sua celebração, caso a nubente não mais ostentasse sua virgindade com o desconhecimento do contraente. Ainda que em desuso decorrente da transformação dos valores sociais, até 1988 tal previsão se manteve válida, perdendo tal condição somente diante da norma constitucional impeditiva de consagrar direito ao homem (exigir a virgindade da contraente) e obrigação à mulher (manter-se virgem até o casamento), sem que a recíproca fosse juridicamente estabelecida.

O legislador de 1973, e aqueles que os antecederam, reconhecendo que naquele momento histórico a posição ocupada pela mulher, na estrutura familiar tradicional, impunha-lhe condição inferior ao marido, seja no que concerne à administração da família, seja quanto ao papel econômico flagrantemente inferiorizado, optou por resguardá-la, conferindo-lhe foro privilegiado quando demandasse contra o marido.

Porém, nestes novos tempos, a igualdade se impõe. Não como forma de prejudicar a mulher, mas sim para reafirmar sua equiparação com relação aos homens.

Se admitirmos a possibilidade de se conceder direitos diferentes, também seremos forçados a aceitar obrigações desiguais. E, neste particular, é possível que a mulher acabe em desvantagem." (Agravo de Instrumento nº 522.167-4/2-00, j. 26.09.2007, negaram provimento, v.u.)

No ensinamento de Yussef Said Cahali, "*Temos para nós que já não mais prevalece o foro privilegiado, assim estabelecido a benefício da mulher casada, porquanto conflita com princípio da igualdade entre os cônjuges, proclamado no art. 226, § 5.º, da Constituição Federal de 1988*" (*Divórcio e Separação*. Revista dos Tribunais, 9ª ed. revista e atualizada, p. 527).

Nesse sentido, a jurisprudência:

Arrolamento de bens. Cautelar preparatória de ação de divórcio. Necessidade de observância da competência territorial para a demanda principal, à luz do art. 800 do CPC. Insubsistência do foro privilegiado da mulher (art. 100, I, do CPC) à luz da nova ordem constitucional (CF, art. 226, § 5º). Aplicação da regra geral do domicílio do réu (art. 94 do CPC). Exceção de incompetência do varão pertinente. Decisão de Primeiro Grau que rejeitou o incidente reformada. Agravo do excipiente acolhido para tal fim. (Agravo de Instrumento nº 0283918-35.2011.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado - TJ/SP, Rel. Des. Fábio Tabosa, julgado em 3.4.2012, deram provimento ao recurso, votação unânime)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 16.420)

Tendo, na assentada de julgamento, dissentido do eminente relator, minha divergência restou vencida, razão pela qual ora a declaro. Eis o voto que escrevi:

"Com a sempre merecida vênia, divirjo do ilustre relator, dando provimento ao agravo de instrumento da convivente, para reconhecer a competência da Comarca de Diadema para o processamento e julgamento da ação de reconhecimento e dissolução de união estável.

Em que pesem o entendimento e os precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça colacionados pelo relator em seu voto, bem como o decidido pelo Órgão Especial desta colenda Corte (Conflito de Competência 0226611-89.2012.8.26.0000, CAMARGO ARANHA FILHO) e, até mesmo, a orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema (REsp 500.100, ALDIR PASSARINHO JUNIOR), tenho, ***data maxima venia***, que a r. decisão agravada não pode prevalecer.

É que a 2ª Turma do colendo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, assim decidiu:

> 'DIREITO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. FORO COMPETENTE. ART. 100, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 5º, I E ART. 226, § 5º DA CF/88. RECEPÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. O inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, com redação dada pela lei 6.515/1977, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O foro especial para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres ou da igualdade entre os cônjuges. Recurso extraordinário desprovido.' (**RE 227.114, JOAQUIM BARBOSA; grifei**).

No mesmo sentido, consoante anotam THEOTONIO NEGRÃO e continuadores acerca do inciso I do art. 100 do CPC/73 (vigente à época da prolação da r. decisão agravada):

> 'A jurisprudência vem entendendo que este preceito não é inconstitucional (RT 753/309, RJTJESP 132/279) nem foi afetado pelo disposto na CF 5º-I (RJTJESP 134/283, JTJ 259/375).' **(CPC, 46ª ed., pág. 235)**.

Divergindo do nobre relator, portanto, **dou provimento** ao agravo de instrumento e reformo a r. decisão agravada, para reconhecer a competência da Comarca de Diadema - foro de domicílio da convivente, ora agravante para o processamento e julgamento do feito, ficando suspensa a remessa dos autos

Acesso ao Sumário

à Comarca de Águas da Prata foro de domicílio do convivente, ora agravado."

Fica, assim feita a cabível declaração de voto.

CESAR CIAMPOLINI, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201023-07.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VIRGINIA PEREIRA CEGATO BERTOMEU, é agravado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 3 de abril de 2017.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa. Agravo de instrumento. Inventário. Indeferimento do pedido de justiça gratuita. Inconformismo. Cabimento. Cumprimento dos requisitos autorizadores para a concessão da gratuidade da justiça. Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a decisão de fl. 28 que, em ação de inventário, indeferiu pedido de justiça gratuita formulada pela autora.

A agravante pretende a reforma da decisão pelas razões de fls. 1/13.

Recurso processado com a antecipação da tutela recursal (fls. 52/53).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A agravante formulou pedido de concessão de justiça gratuita nos termos do art. 99, §3º, do CPC, vale dizer, mediante simples declaração formal de pobreza do próprio beneficiário, que goza de presunção de veracidade (art. 374,

IV do CPC).

Para a obtenção da Justiça Gratuita "*basta a declaração feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV)*" (RTJ 163/416; RREE nºs 205.746 e 206.958-RS, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

Não se deve olvidar que, se vier a ser apurado o contrário e elidida tal presunção, o beneficiário do favor incorrerá na grave pena de pagar o décuplo de multa (art. 100, parágrafo único do CPC).

A jurisprudência dominante (RT 708/88, 716/169, 740/233 (STF), várias vezes sufragada nesta Câmara, é no sentido da concessão do benefício, merecendo reprodução voto do eminente Des. LUIZ AMBRA, cujos fundamentos ficam integralmente adotados nesta decisão:

"*A privação de recursos pode ser temporária, nessa linha já se deferiu a assistência até a proprietário de apartamento de cobertura no Litoral, em dificuldades financeiras. Quer dizer (STJ, 4ª T., REsp 168.618-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 8.9.98, DJU 9.11.98): 'o simples fato de ser o autor proprietário de um apartamento de cobertura no litoral não constitui motivo bastante para a revogação do benefício. Vencimentos líquidos por ele percebidos que permitem o enquadramento na situação prevista no art. 2º, § único, da lei 1060, de 5.2.50'.*" (Agravo de Instrumento nº 0301827-90.2011.8.26.0000, j. 29.02.2012, v.u.).

E, mais: "*A presunção de pobreza decorrente da simples alegação de miserabilidade do interessado não pode ser afastada por indício decorrente de sua profissão: JTJ 235/112, Bol. AASP 2.444/3.681*"

"*É irrelevante que tenha propriedade imóvel (RJTJESP 101/276), desde que não produza renda que permita pagar as custas e honorários do advogado (JTA 118/406)*"

"*Se a parte indicou advogado, nem por isso deixa de ter direito à assistência judiciária (RT 700/119; JTJ 320/89: AI 7.169.718-0; 325/137; AI 489.338.4/4-00), não sendo obrigada, para gozar dos benefícios desta, a recorrer aos serviços da Defensoria Pública (STJ - Bol. AASP 1.703/205, JTJ 301/383)*".

Logo, merece reforma a decisão, deferindo-se à agravante a justiça gratuita.

Ante o exposto, meu voto dá provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2132991-47.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes RICARDO FURLAN RODRIGUES e EVELY MARIA DE OLIVEIRA, é agravado LUIZ GERALDO ISOLDI DE SYLOS.

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 30.367)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA e HAMID BDINE.

São Paulo, 11 de abril de 2017.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Decisão que determinou o bloqueio de valores em conta da agravante. Insurgência. Alegação de que deveria haver a conversão em perdas e danos, que a aplicação de duas multas é contrária à legislação e que a penhora recaiu sobre valores que servem para o sustento da agravante, advindos de sua aposentadoria. Decisão que se encontra acertada e não merece reparos. Multas que possuem diferentes naturezas: contratual e cominatória. Legalidade da penhora. Alegação de ser o valor oriundo de aposentadoria que não restou comprovado a contento. Quantia, ademais, que se encontra muito além do necessário para o custeio das necessidades da agravante. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou o bloqueio, via sistema BACENJUD, de valor de cerca de sessenta e oito mil reais.

Insurgem-se os agravantes, alegando que foram penhorados valores destinados à sobrevivência da agravante Evely em razão de execução de multa milionária. Aponta que a medida inicial é de execução e não de adjudicação compulsória, o que afasta a possibilidade jurídica do pedido pela inadequação da via eleita. Afirma que a aplicação de duas multas é contrária à legislação e

que é inoportuna a aplicação de multa diária, já que a obrigação de fazer deverá ser convertida em perdas e danos. Aduz que houve penhora sobre aposentadoria e frutos da executada que servem para o sustento dela e de sua família. Busca seja concedido o efeito suspensivo e a reforma da decisão.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 346/347).

Os agravados apresentaram resposta (fls. 351/360).

É o relatório.

O recurso não comporta acolhida.

A decisão encontra-se escorreita e deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

As alegações dos agravantes merecem ser rechaçadas.

A primeira delas - o inconformismo com a medida de adjudicação compulsória e a pretensão de conversão em perdas e danos - não tem razão de ser.

Verifica-se que pretendida conversão só seria possível na hipótese de ser a obrigação inexequível, o que não é o caso, já que a obrigação que pretende o agravado ver cumprida (outorga de escritura pública) é possível de ocorrer, já que o imóvel existe, inexistindo, assim, razões legais ou fáticas para a conversão, como argumentado.

Além disso, a conversão em perdas e danos deveria ser requerida pelo agravado e isso não ocorreu. Pelo contrário. O que se verifica é que o recorrido deu como valor da causa, o valor do contrato, demonstrando, claramente, que não busca indenização, mas sim, a escritura definitiva do imóvel ou, alternativamente, a substituição pela sentença de adjudicação.

Com relação às multas, não há *bis in idem*, como se verá.

A novação alegada não restou demonstrada nestes autos e essa matéria sofrerá, por esta instância, a devida apreciação no momento oportuno.

Com o que aqui consta, o que se verifica atualmente, é que se trata de multas de diferentes naturezas: contratual e cominatória.

Estão sendo aplicadas, uma em razão do inadimplemento dos apelantes ante o descumprimento do contrato e a outra em razão do descumprimento de determinação judicial.

Por fim, a respeito do bloqueio dos valores existentes na conta bancária da agravante Evely, nada a alterar igualmente.

A alegação de que os valores seriam impenhoráveis porque oriundos de aposentadoria da agravante não restou comprovada a contento.

Além disso, o valor bloqueado (cerca de sessenta e oito mil reais) encontra-se muito além do necessário para o custeio das necessidades básicas, revelando-se quantia economizada pela agravante.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, a eventual natureza alimentar do valor, isoladamente, não serviria para convencer sobre o desacerto do bloqueio.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2160859- 97.2016.8.26.0000, da Comarca de Monte Alto, em que é agravante IANNI E LEPORE LTDA., é agravado MARCIA CRISTINA DA COSTA MELLO BISSOLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22940)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.

MARINO NETO, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC/73 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Bloqueio de valores da conta corrente da devedora - Inserção no cálculo da multa de 10%, prevista no artigo 475-J do CPC/73, sem que houvesse a regular intimação do devedor para pagamento do débito no prazo quinzenal - Inadmissibilidade - Necessidade de que o credor apresente o cálculo atualizado da dívida e o devedor seja intimado, na pessoa de seu advogado, para pagamento espontâneo no prazo de 15 dias, a partir de quando, caso não o efetue, passa a incidir sobre o montante da condenação a multa de 10% - Intimação da executada nestes termos que não se efetivou - Multa do artigo 475-J do CPC afastada - Levantamento que pode ser autorizado apenas após o recálculo do débito, sem a incidência da multa, ficando liberado o excesso retido a favor da devedora - Decisão reformada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra as decisões de fls. 73/74 e 75/76 que, no incidente de cumprimento de sentença na qual é exequente a empresa **Marcia Cristina da Costa Mello Bissoli Frutas EPP** e executada a empresa **Ianni e Lepore Ltda.**, determinou que a exequente apontasse o valor atualizado do débito acrescido da multa de 10% prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 e, em seguida, determinou a penhora *on line* de bens pelos sistemas BACENJUD e RENAJUD, até o limite do valor do débito apontado pela exequente.

A executada recorre sustentando que não foi intimada para o pagamento do débito e somente depois de intimada e não havendo o pagamento voluntário é que poderia incidir a multa constante do artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973, pois o cumprimento de sentença não se efetiva de forma automática.

Recurso recebido e bem processado.

Na contraminuta, a agravada pugnou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Antes de apreciar o mérito, importante ressaltar que a decisão que deu início à fase de cumprimento de sentença foi proferida e publicada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

O artigo 14 do citado diploma legal dispõe: "*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*".

Assim, em se tratando de norma de cunho processual, aplica-se a lei vigente à época da publicação da decisão recorrida.

Feita essa premissa, passa-se ao mérito recursal.

A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, estabeleceu modificações no Código de Processo Civil de 1973 sobre o cumprimento da sentença, visando torná-lo célere e efetivo.

Dispunha o artigo 475-J do citado diploma processual que: "*Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação*".

Ao que se constata, não há disposição expressa sobre o termo inicial da contagem do prazo para o pagamento, muito menos sobre a necessidade e a forma de intimação da executada.

Como bem salientado no despacho copiado às fls. 43/46 dos autos

Acesso ao Sumário

originários, o prazo para pagamento não se inicia no trânsito em julgado da sentença, mas é necessário que o credor apresente cálculo atualizado da dívida e posteriormente o devedor seja intimado para pagamento na forma do débito já tornado líquido.

Somente então, caso decorrido o prazo quinzenal estabelecido para o pagamento voluntário, é que a multa de 10% deve incidir sobre o valor da condenação.

Contudo, o despacho recorrido surpreendentemente considerou a executada já intimada para o pagamento do débito.

Ora, não é isso o que se extrai do despacho de fls. 43/46 citado na decisão recorrida, *in verbis*:

> "*Destarte*, *providencie a parte autora/exequente o cálculo atualizado do débito, com exclusão da multa computada a fls. 261, diante da possibilidade de pagamento voluntário pela parte executada, caso em que não incidirá a multa em tela.*
>
> *A seguir,* ***se em termos****, intime-se a executada Ianni e Lepore Ltda. para que pague à parte exequente o valor a ser apresentado, a ser acrescido dos juros e da correção monetária até o efetivo pagamento, no prazo de 15 dias, sob pena de incidência da multa prevista no art. 475-J, caput, do CPC (10% do débito)*".

Assim, no caso em tela, a executada não foi previamente intimada para os fins do artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 e, portanto, inviável se mostra o acréscimo imediato da multa de 10%.

Logo, não tendo sido oportunizada à devedora a realização do pagamento voluntário do débito, não há como prevalecer a decisão agravada, ficando autorizado o levantamento pelo exequente apenas do valor singelo da dívida atualizada, excluída a multa de 10%, liberando-se o excesso aferido em favor da empresa devedora.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, nos termos acima expostos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2241934-61.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARIA FLAVIA QUEIROGA DE SOUSA, é agravado TIM CELULAR S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.464)**

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

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Assistência judiciária - Gratuidade processual - Benesse requerida nos autos de ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com indenização por dano moral - Indeferimento da gratuidade pelo juízo de primeiro grau, depois de superada a oportunidade para a autora documentar a alegada hipossuficiência financeira - Adequação - Declaração de pobreza que goza de presunção relativa de veracidade - Viabilidade de o juiz exigir prova complementar em situações de dúvida a respeito da pobreza jurídica do interessado - Caso concreto, todavia, em que a autora é assalariada, isenta de declarar ajuste do imposto de renda e mãe de dependente menor de idade - Irrelevância de ter constituído advogado particular, conforme o art. 99, § 4º, do novo CPC - Ajuizamento da pretensão no foro do domicílio da ré também irrelevante, na medida em que serve à facilitação da defesa - Recurso provido e gratuidade deferida.

VOTO

Ajuizada ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com indenização por dano moral, o juízo de primeiro grau assinou prazo para a autora juntar documentos aptos a comprovar a alegada hipossuficiência, a fim de apreciar pedido de gratuidade processual.

Escoado o prazo, sobreveio r. decisão de indeferimento da gratuidade, visto estar a autora patrocinada por advogado particular e ter ajuizado a pretensão no foro do domicílio da ré, decisão contra a qual a autora objeta, expondo que aufere ínfimos rendimentos mensais e, por isso, é isenta do recolhimento do imposto de renda. Aduz que é mãe de dependente menor de idade e que o fato de estar patrocinada por advogado particular não obsta o deferimento do favor legal.

Acesso ao Sumário

Deferido efeito suspensivo ao agravo, o juiz singular foi comunicado e prescindiu-se da intimação da agravada para contraminuta, por não estar formada a relação processual.

É o relatório.

A declaração de pobreza jurídica goza de presunção de veracidade relativa, daí a faculdade ao arbítrio do juiz de ser complementada por documentos em face de indícios de suficiência financeira.

À agravante foi determinado exibir documentos hábeis a comprovar a alegada insuficiência financeira, ou seja, cópias das últimas folhas da carteira de trabalho ou comprovante de renda mensal, extratos bancários, faturas de cartão de crédito e a última declaração de ajuste do imposto de renda.

Aliás, a providência hoje é prevista no art. 99, § 2º, do CPC e o juiz indefere a gratuidade na falta de comprovação.

Assim, não atendida essa determinação, é, em tese, escorreito o indeferimento do benefício.

Já decidiu o Col. STJ que: "*O benefício da gratuidade não é amplo e absoluto. Não é injurídico condicionar o juiz a concessão da gratuidade à comprovação da miserabilidade jurídica alegada, se a atividade exercida pelo litigante faz, em princípio, presumir não se tratar de pessoa pobre*" (4ª T., REsp 604.425, rel. Min. Barros Monteiro, j. 7.2.06, DJU 10.4.06, pág. 198).

O caso concreto, todavia, é peculiar pelo fato de a autora qualificar-se como "*vendedora*", atividade remunerada só por si não incongruente com a pobreza jurídica na acepção legal do termo.

Traz a autora prova idônea de parcos salários mensais, de ser isenta de declarar ajuste anual do imposto de renda, de ter um filho dependente financeiro e, enfim, de ser residente em região periférica da Grande São Paulo.

O indeferimento da gratuidade é forma oblíqua de impedir o acesso ao Judiciário, ao menos enquanto não se desvendar que a autora falta com a verdade.

Acesso ao Sumário

A circunstância de a autora ter constituído advogado particular, da sua confiança, não é impeditiva do deferimento da benesse (art. 99, § 4º, do novo CPC).

De resto, é irrelevante se a pretensão está sendo ajuizada no foro do domicílio da ré, no qual terá facilidades para o exercício da defesa no devido processo legal. Não significa que a autora pode custear o processo.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso e defere-se a gratuidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2164742-52.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado FABIO MENDES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.758)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente sem voto), JOVINO DE SYLOS e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - ação ordinária - tutela de urgência - art. 300 do Código de Processo Civil - perigo de dano configurado - presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito - tutela de urgência acertadamente deferida - multa cominatória - cabimento - art. 537 do Código de Processo Civil - redução do valor fixado - recurso parcialmente provido para esse fim.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária, deferiu o pedido de tutela provisória de urgência para limitar os descontos de prestações de empréstimo em 30% dos vencimentos líquidos do autor, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a trinta dias.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, constata-se no art. 300 da lei de rito vigente ao tempo do ajuizamento da ação ser essencial para se justificar a concessão da tutela de urgência, cumulativamente, que o Magistrado se convença da existência de "***elementos que evidenciem a probabilidade do direito***" e do "***perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo***".

"In casu", divisa-se presente o "***perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo***", posto que a retenção dos valores de natureza salarial, em percentual acima do legalmente permitido, certamente causará ao autor prejuízo,

Acesso ao Sumário

uma vez que depende de seus salários para a sobrevivência.

Ainda, também se vislumbram "***elementos que evidenciem a probabilidade do direito***", uma vez que os documentos de fls. 119/127 denotam que os descontos realizados pelo agravante na folha de pagamento e conta salário do agravado superam 50% do seu rendimento líquido.

Importa esclarecer que, inexistindo nos autos informações precisas acerca da data de início dos contratos, não há que se considerar aplicáveis os limites de 40% ou 35% previstos no Decreto nº 61.750/15 e Medida Provisória nº 681/2015, respectivamente.

Assim, presentes os requisitos legais, a tutela de urgência foi acertadamente concedida.

De outro lado, a fixação da multa moratória encontra amparo no art. 537 do Código de Processo Civil (correspondente ao art. 461, §4º da lei de rito de 1973), "***a multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito***".

Todavia, o importe fixado pela r. decisão, qual seja, R$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de descumprimento, limitado a trinta dias, mostra-se exacerbado em relação ao valores objeto da presente discussão (fls. 119), de sorte que deve ser reduzido para R$ 500,00 (quinhentos reais), mantido o limite de 30 (trinta) dias.

Destarte, para tal fim, é de rigor a parcial acolhida das razões recursais, mantendo-se, no mais, a r. decisão agravada.

Isto posto, ***DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO*** ao agravo. Oficie-se.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2239241-07.2016.8.26.0000, da Comarca de Vargem Grande Paulista, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravado FABIANO DOS REIS.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, Com observação. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.357)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI E ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2017.
ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: Processo Civil - Suspensão - Execução de título extrajudicial - Pretensão indeferida pelo juízo, uma vez que a executada não foi citada - Interpretação sistemática do art. 921 do novo CPC - Suspensão do processo por um ano, também em não sendo localizado o executado (§ 2º) - arquivamento do processo em seguida, pelo tempo necessário à prescrição intercorrente (§ 4º) - Recurso provido, com determinação.

VOTO

Recurso de agravo de instrumento interposto por **Banco Bradesco S/A**, dirigido à r. decisão interlocutória copiada à **fls. 19/20**, proferida em denominada "*ação de execução*" proposta perante **Fabiano Dos Reis**, que indeferiu a suspensão da execução, nos seguintes termos:

"*... Vistos. Esgotadas as diligências junto aos sistemas informatizados à disposição do juízo, não foram encontrados bens para arresto. De outra parte, também não há notícia de localização do(s) próprio(s) executado(s), infrutífera a(s) tentativa(s) de citação. Consoante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, não há razão para a repetição das diligências já realizadas, que somente se justifica mediante: 'motivação expressa da exequente, que não apenas o transcurso do tempo, sob pena de onerar o Juízo com providências que cabem ao autor da demanda' (STJ. AgRg no AREsp 366440 Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 25/03/2014). De outra parte, também não há como se determinar a suspensão, uma vez que até o presente momento ainda não foi aperfeiçoada a relação processual. A respeito do tema, ainda na vigência da legislação anterior, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: 'é imprescindível a constituição válida da relação jurídica processual para a suspensão do feito. Somente após a citação do devedor, poderá o exequente se valer do disposto no art.791, III, do CPC, requerendo a suspensão do processo.' (REsp nº 1.514.463/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, J. 12/06/2015). Nessas condições, manifeste-se a parte exequente em termos de prosseguimento, no prazo de 10 dias. Na mesma oportunidade, tratando-se de pressuposto processual de validade, deverá requerer e providenciar o necessário para a citação pessoal, ou, se o caso, por edital. Ficam desde logo indeferidos pedidos de*

Acesso ao Sumário

reiteração de diligências já realizadas, até eventual notícia de alteração patrimonial, bem como de suspensão da execução, até a regularização das providências pendentes. Em caso de inércia, tornem conclusos, para extinção, sem nova intimação. Int."

Em suas razões recursais, insurgem-se a instituição bancária agravante, em suma, pugnando pela reforma da r. decisão guerreada. Alega em seu favor: ***(i)*** que o executado se encontra em lugar incerto e não sabido; ***(ii)*** foram requeridas, pesquisas por conta própria e por meio judiciário, restando infrutíferas; ***(iii)*** que em momento algum o CPC impõe a necessidade de citação para suspensão da execução.

Foi determinado o processamento do presente recurso de agravo de instrumento (**fl. 27**).

Dispensada a requisição de informações ao MM. Juiz de Direito, bem como a intimação da agravada para apresentar resposta, visto que não aperfeiçoada a relação jurídica.

Do essencial, **é o relatório**.

No curso da presente ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, o exequente requereu a suspensão do processo nos termos do art. 921, inciso III, do CPC de 2015, indeferida pelo juízo de primeiro grau sob o fundamento de não ter sido ultimada a citação dos executados, cogitando da extinção do processo.

Irresignado, o exequente se insurge, invocando o **art. 921, inciso III, do novo CPC**, uma vez que não tiveram êxito as diligências na tentativa de encontrar bens dos executados.

Deferido efeito suspensivo ao agravo de instrumento, prescindiu-se da intimação da executada para contraminuta, vez que a relação processual não está formada.

Sob a égide do Código de Processo Civil revogado já existia polêmica em torno das hipóteses de suspensão do processo de execução enumeradas no **art. 791**, inclinando-se a jurisprudência no sentido de que eram exemplificativas.

Com a edição do novo CPC a tendência será nesse mesmo sentido, mas com ressalva que emana da interpretação sistemática do **art. 921**.

Entre as hipóteses arroladas de suspensão do processo de execução não está a de não ter sido citado o executado.

Logo, em primeiro exame, a r. decisão agravada seria escorreita.

Entretanto, o **§ 2º do art. 921 do novo CPC** cuida de estabelecer o prazo máximo de um ano de suspensão do processo de execução sem que o executado seja localizado ou que sejam encontrados bens penhoráveis; só então o processo será arquivado, porém sem ser extinto.

Acesso ao Sumário

Já o **§ 4º** dispõe que escoado esse um ano de suspensão do processo, sem manifestação do exequente, começará o prazo de prescrição intercorrente cognoscível de ofício pelo juiz (**§ 5º**).

Por conseguinte, a suspensão do processo é permitida, em não sendo localizado o executado para a citação "*in faciem*" ou não encontrados bens penhoráveis.

O prazo de suspensão, todavia, é de um ano e, escoado, o processo será arquivado, iniciando-se o prazo de prescrição intercorrente, oportunamente cognoscível pelo juiz depois de ouvir o exequente.

Diante do exposto, **dá-se provimento** ao recurso, no sentido de deferir a suspensão do processo por um ano e, a seguir, arquivá-lo pelo tempo necessário à prescrição intercorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216030-39.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante ITAMAR ACOSTA, são agravados ELCIVANO ANTONIO DOS REIS e JOÃO BATISTA FAUSTINO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23374)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: HONORÁRIOS PERICIAIS - Gratuidade da justiça - Pretensão de isenção do pagamento dos honorários periciais, por se tratar de beneficiário da gratuidade - Cabimento - Hipótese em que a gratuidade da justiça compreende a isenção dos honorários de perito, incluindo as despesas com a elaboração do laudo, nos termos do inciso VI, do artigo 98 do Código de Processo Civil - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra respeitável decisão que determinou que o autor deverá suportar os honorários periciais (fls. 78-79).

Sustenta, em apertada síntese, a impossibilidade de custear a prova pericial, uma vez que lhe foi deferida a gratuidade da justiça.

Recurso bem processado.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, o inciso VI, do artigo 98 do Código de Processo Civil é claro ao isentar o beneficiário da gratuidade da justiça do pagamento dos honorários periciais.

Tanto assim que, diante da clareza do apontado dispositivo legal, o Colendo Superior Tribunal de Justiça estende essa isenção para abranger também as despesas pessoais e materiais para a realização da perícia e para a confecção do respectivo laudo, além do próprio valor dos honorários do *expert*, pois, "*não fosse assim, a garantia democrática de acesso à justiça restaria prejudicada, frustrando a expectativa daqueles privados da sorte de poderem custear, com seus próprios meios, a defesa de seus direitos*" (REsp 131815/SP, **Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA**, QUARTA TURMA, julgado em 16.06.1998, DJ 28.09.1998 p. 63).

E, isenta a parte do pagamento dos honorários periciais, o custeio para a elaboração de laudo pericial deve ser assumido pelo Estado.

A Deliberação nº 92, de 29/08/2008 do Conselho Superior da Defensoria Pública, que revogou anterior deliberação nº 56/2008, regulamentou o pagamento de prova pericial das partes beneficiárias da gratuidade da justiça, o que será feito por meio de recursos do Fundo de Assistência Judiciária - FAJ (art. 1º).

Nesse sentido, o precedente abaixo da Corte Superior:

"Processual Civil. Recurso Especial. Assistência judiciária gratuita. Inclusão dos honorários de perito. Responsabilidade do Estado pela sua realização.

- Nos termos da jurisprudência dominante neste Tribunal, os benefícios da assistência judiciária gratuita incluem os honorários de perito, **devendo o Estado assumir os ônus advindos da produção da prova pericial**.

- O Estado não está obrigado a adiantar as despesas com a realização da prova pericial ou reembolsar esse valor ao final da demanda. Caso o perito nomeado não consinta em realizar a prova pericial gratuitamente e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz nomear outro perito, devendo a nomeação recair em técnico de estabelecimento oficial especializado

Acesso ao Sumário

ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial. Precedentes" (REsp 435.448/MG, **Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.09.2002, DJ 04.11.2002 p. 206).

No caso presente, ao que se infere, já houve o custeio da prova pericial pela Defensoria Pública e a realização da perícia.

Nesse contexto, a matéria deve ser reapreciada pelo d. magistrado singular, com o exame da natureza da perícia a ser realizada: se for o caso de nova perícia, esta deverá ser custeada pela Defensoria Pública, não podendo ser aceita a recusa.

E, em se tratando de complementação de perícia incompleta, deve o perito complementar o laudo anteriormente apresentado.

O que não se pode admitir é imputar à parte o custeio dos honorários periciais abrangidos pela gratuidade da justiça a ela concedida.

Diante do exposto, **dá-se provimento** ao recurso, a fim de isentar o recorrente do pagamento dos honorários periciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2245148-60.2016.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é agravante MARCELO RAPP PORTO, é agravado FERNANDA DE SOUZA ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.692)**

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

São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. Decisão que autoriza a agravada e seu advogado a acompanhar o Oficial de Justiça no cumprimento de mandado de reintegração de posse de bens móveis. Alegação de séria animosidade e inimizade entre as partes. Agravante que não quer, em hipótese alguma, que a parte adversa adentre em sua residência. Balizas

Acesso ao Sumário

estabelecidas a fim de que seja cumprido o mandado sem intercorrências. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado de decisão (fl. 542 destes autos digitais) proferida nos autos dos embargos de terceiro manejados pela agravada FERNANDA DE SOUZA ME em face de MARCELO RAPP PORTO, ora agravante.

O *decisum* recorrido tem o seguinte teor:

"Vistos.

Fls. 525/527 - Razão assiste a embargante, vez que os meios necessários compreende também a presença da embargante ou pessoa por ela autorizada, vez que a retirada dos bens não podem do local não pode em nenhum momento sobrecarregar qualquer uma das partes em razão de seus problemas pessoais.

Portanto, autorizado o acompanhamento da diligência pela embargante ou pessoa por esta indicada, devendo ambas as partes se absterem de criar óbices ao cumprimento do mandado sob pena de tal ato ser considerado como ato atentatório a dignidade da justiça, devendo o Oficial encarregado da diligência certificar o ocorrido nos autos para a devida apuração.

Desentranha-se o mandado de fls. 437, aditando-o para que o mesmo seja cumprido integralmente, reintegrando a embargante na posse de seus bens, encaminhando-se cópia de fls. 37/42 e 249, devendo a embargante entrar em contato com o Oficial de Justiça a ser encarregado da diligência, fornecendo-lhe os meios necessários para cumprimento do mandado.

Ante o recolhimento das diligências (fls. 505 e 528), expeça- se o necessário.

Após, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça;

Intime-se."

Aduz o agravante, em apertada síntese, que foi proferida sentença de parcial procedência nos autos dos embargos de terceiro apresentados pela ora agravada, atacada por recurso de apelação interposto em abril de 2015, porém somente remetida a este E. Tribunal no mês de setembro de 2016.

Esclarece que, em razão de ter sido concedida na sentença antecipação de tutela, e o apelo ter sido recebido apenas no efeito devolutivo, foi determinada a expedição de mandado de reintegração de posse.

Pontua que após diversas reconsiderações, sobreveio a decisão atacada, que concedeu "*autorização judicial para que a agravada e seu advogado acompanhem o Senhor Oficial de Justiça no cumprimento do mandado de*

Acesso ao Sumário

reintegração de posse dos bens mencionados nos autos" (fl. 06).

Afirma que "*a presença da agravada e seu advogado no lar do agravante, será situação insuportável e indigna, sendo certo, que a agravada deseja, tão somente, vangloriar-se juntamente ao agravante e sua família, e não auxiliar o Senhor Oficial de Justiça, considerando que a procura e apreensão dos bens a serem arrolados no mandado é tarefa nada complexa e não necessita de auxílio ou acompanhamento*" (fl. 07).

Destacando a índole constitucional do direito à intimidade e da inviolabilidade da vida privada, pede que o mandado seja cumprido apenas pelo Oficial de Justiça, sem a presença da agravada e de seu patrono, pois a presença da parte contrária causaria tormento não apenas ao recorrente, mas também à sua esposa, que faz tratamento de câncer e é "inimiga" da agravada.

Sugere que a agravada acompanhe o Oficial de Justiça, porém aguarde do lado de fora da residência a fim de evitar o dissabor de ter a parte dentro de sua casa.

Em razão do exposto, e pelo que mais argumenta às fls. 01/09, pede, ao final, o provimento do recurso.

Concedida em parte a liminar de efeito ativo, foi determinado o processamento do recurso (fls. 545/551).

Não se opôs o recorrente ao julgamento virtual (fl. 554).

Transcorreu, *in albis*, o prazo para que a parte agravada apresentasse contraminuta e manifestasse oposição ao julgamento virtual (fl. 555).

É o relatório.

1. Inicialmente, admito o presente recurso com fundamento no parágrafo único do art. 1.015 do Código de Processo Civil vigente, de acordo com o qual cabe Agravo de Instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de cumprimento de sentença, eis que a expedição de mandado de reintegração de posse, a rigor, corresponde a ato tipicamente praticado na fase processual que sucede a fase de conhecimento.

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

Manejou a agravada FERNANDA DE SOUZA ME embargos de terceiro em face de MARCELO RAPP PORTO, ora agravante.

Sobreveio sentença de parcial procedência dos pedidos, oportunidade em que foi determinada a reintegração da embargante na posse dos bens discriminados às fls. 37/42 e fl. 249 dos autos de primeiro grau.

Muito embora tenha sido a sentença atacada por recurso de apelação, o apelo é desprovido de efeito suspensivo quanto à ordem de reintegração, dotada

Acesso ao Sumário

de exigibilidade imediata.

Pois bem.

O presente Agravo de Instrumento foi tirado de decisão que possibilitou à parte embargante, ora recorrida, acompanhar Oficial de Justiça quando do cumprimento do mandado de reintegração. Assim procedeu o MM. Juiz de primeiro grau por entender que a presença da embargante era necessária ao cumprimento do mandado.

Insurge-se o embargado ao argumento de que existe séria animosidade entre as partes. Desse modo, não deveria ser franqueada a entrada da parte adversa em sua residência.

Afirma o recorrente que a simples presença da agravada gerará mal estar familiar e, além disso, causará tormento à esposa do agravante, que faz tratamento de câncer e trava relação de inimizade com a agravada.

É certo que o simples cumprimento de um mandado de reintegração de posse, em princípio, não tem o condão de gerar traumas às partes. No entanto, à vista das circunstâncias do caso concreto, é o caso de estabelecer determinadas balizas ao cumprimento da ordem de reintegração.

O mandado deverá ser cumprido, preferencialmente, apenas pelo Oficial de Justiça. Em outras palavras, em um primeiro momento, não deve a agravada ou qualquer preposto adentrar à residência do recorrente.

A medida parece ser razoável, sobretudo em razão da mencionada relação de animosidade que vivenciam as partes.

Sugere o próprio recorrente que a agravada acompanhe o Oficial de Justiça, porém aguarde do lado de fora da residência a fim de evitar o dissabor de tê-la no interior de sua casa, o que, novamente, afigura-se perfeitamente razoável.

Desse modo, o mandado deve ser cumprido pelo Oficial, facultada a presença da embargante, porém do lado de fora.

Cabe fazer uma ressalva.

Compulsando os autos, verifica-se que os bens a serem reintegrados são, dentre outros, fritadeiras, panelas, bebedouro, forno elétrico, micro-ondas, freezers, refrigerador e afins (fls. 37/42 e 249 dos autos de primeira instância).

Tendo em vista que a própria natureza dos bens sobre os quais recai o mandado de reintegração pode dificultar a identificação pelo Oficial de Justiça, poderá, em último caso, se houver dúvida quanto à identificação, adentrar a agravada ao ambiente familiar, ficando sua presença limitada ao recinto em que estejam os bens.

Ressalvo que a agravada deverá agir com cortesia e urbanidade, o que certamente ocorrerá, evitando qualquer tipo de contato com a esposa do

Acesso ao Sumário

recorrente.

Fica desde logo a recorrida advertida no sentido de que, se agir fora dos limites ora estabelecidos, sua conduta será digna de reprimenda por parte do Poder Judiciário, que não tolerará qualquer abuso ou excesso.

Os decotes acima parecem ser suficientes para que o mandado seja cumprido sem mais delongas, a fim de evitar maiores desgastes.

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2150470-53.2016.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que são agravantes UNIMED ESTÂNCIAS PAULISTAS OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE SOCIEDADE COOPERATIVA e UNIMED BRAGANÇA PAULISTA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravado INSTITUTO SALAROLI DE OTORRINOLARINGOLOGIA E FONOAUDIOLOGIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38588)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: PENHORA - Incidência sobre o faturamento da empresa - Desistência do exequente da realização da penhora, com pedido de suspensão do feito - Perda do objeto - Análise prejudicada.

VOTO

1) Insurgem-se as agravantes contra r. decisão proferida nos autos da "ação de cobrança pelo procedimento ordinário", em fase de cumprimento de sentença, que lhes move a empresa agravada, na qual o MM. Juiz "a quo" deferiu o pedido de penhora de 20% (vinte por cento) do faturamento mensal da empresa agravante UNIMED ESTÂNCIAS PAULISTAS OPERADORA

Acesso ao Sumário

DE PLANOS DE SAÚDE SOCIEDADE COOPERATIVA, nomeando perito administrador. Alega, em síntese, que: a nomeação de administrador judicial foi precipitada, pois não há indícios de fraude; viável a penhora de 5% do faturamento líquido; penhora no faturamento bruto pode vir a impossibilitar as atividades da agravante; há outras penhoras desta natureza, tendo este Tribunal decidido pela constrição do faturamento líquido, excluídas as despesas de sua manutenção; a conservação da penhora nos termos da decisão impugnada, associada aos vultosos honorários do administrador, ocasionará a insolvência da empresa.

Efetuou-se o preparo.

Foi concedido o efeito pretendido ao recurso, para limitar a penhora a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido.

Não houve resposta.

É o breve relatório.

2) Conforme consulta ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ) em 08.09.2016, verificou-se que o exequente desistiu da realização de penhora, solicitando a suspensão do feito ao MM. Juiz "a quo".

Em despacho, este Relator intimou o recorrente a se manifestar sobre o prosseguimento do recurso (fls. 129). Por sua vez, o agravante deixou decorrer "in albis" o prazo (fl. 131).

Assim, com a desistência do exequente-agravante em realizar a penhora objeto do instrumento, e transcorrido o prazo para manifestação, verifica-se o presente recurso perdeu seu objeto.

Ante o exposto, julga-se prejudicada a análise do recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231333- 93.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados LUMI STAR COM. E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS ME e WILSON CARLOS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.091)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI E CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 1º de março de 2017.
THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Execução por título extrajudicial - Penhora no rosto dos autos de ação monitória ajuizada pela executada - Processo em fase de conhecimento - Art. 860 do novo Código de Processo Civil que permite a penhora sobre expectativa de direitos que vierem a caber à executada - Desnecessidade da existência de crédito já reconhecido - Recurso provido.

VOTO

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão (fls. 204/205 dos autos principais) que, em execução de título extrajudicial ajuizada pelo agravante, indeferiu pedido de penhora no rosto dos autos de ação monitória ajuizada pela agravada "Lumi Star", tendo em vista tratar-se de processo que se encontra em fase de conhecimento, e determinou fosse dado andamento ao feito, no prazo de cinco dias, sob pena de extinção, nos termos do art. 485, §1º, do novo CPC.

Sustenta o agravante que todas as tentativas de recebimento do seu crédito restaram infrutíferas, motivo pelo qual, pleiteou a penhora que foi indeferida. Diz que o art. 860 do novo CPC prevê a possibilidade de penhora sobre bens que vierem a pertencer ao executado. Junta precedente jurisprudencial em defesa de sua tese e postula, por isso, a reforma da r. decisão.

Recurso tempestivo preparado, instruído e recebido com a concessão do efeito suspensivo. Não houve apresentação de contraminuta pela parte contrária.

É o relatório.

Colhe o inconformismo do agravante.

O agravante pretende a realização de penhora nos autos da ação monitória nº 1010980-29.2013.8.26.0100 ajuizada pela agravada "Lumi Star" para garantia de recebimento de seu crédito na presente demanda.

Referido pedido restou indeferido, por entender o MM. Juiz "a quo" não ser possível tal pretensão por se encontrar o processo monitório em fase de conhecimento. Todavia, dispõe o art. 860 do novo CPC:

"*Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, a penhora que recair sobre ele será averbada, com destaque, nos autos pertinentes ao direito e na ação correspondente à penhora, a fim de que seja efetivada nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado*." (sem grifo no original).

Acesso ao Sumário

Assim, faz jus o agravante à pretendida penhora, uma vez que, de acordo com citado dispositivo legal, permite-se a constrição sobre expectativa de direito e neste sentido já foram procedidas decisões anteriores por este ETJSP:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Decisão que deferiu a tutela recursal e determinou seja realizada penhora no rosto de autos indicados de direitos que o devedor pleiteia naquele outro feito. Irresignação da parte executada. Descabimento. Constrição que, além de poder recair sobre expectativa de direitos, pode ser levada a efeito mesmo que o processo indicado ainda se encontre na fase de conhecimento. Legalidade da penhora tal como determinada, consoante o disposto nos artigos 789 e 860 do novo Código de Processo Civil. Precedentes. Decisão mantida. Recurso não provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2097112-76.2016.8.26.0000, Rel. Walter Barone, 24ª Câmara de Direito Privado, DJe 21/07/2016).

"*Cumprimento de sentença - Pretensão de constrição no rosto dos autos - Comprovação por certidão acerca da existência de créditos - Opressão judicial que pode recair sobre expectativa de direito - Inteligência do 860 do CPC/2015 - Precedentes - Decisão reformada - Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2120499-23.2016.8.26.0000, Rel. Mario de Oliveira, 19ª Câmara de Direito Privado, DJe 15/08/2016).

Note-se, ademais, que a constrição em tela não acarretará prejuízos à agravada, porquanto somente se efetivará sobre eventual produto que venha a ser apurado em favor desta na ação monitória por conta da penhora aqui efetivada.

Impõe-se, portanto, a reforma da r. decisão recorrida.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012094-53.2017.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante REALEX REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA., é agravado IBEM PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA. ME.

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 25.983)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 2 de março de 2017 .
CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação monitória. Justiça Gratuita. Pessoa jurídica. Possibilidade desde que comprovada a insuficiência financeira. Súmula n. 481 do STJ e arts. 98 e 99, § 3º do CPC/15. Inexistência de prova documental idônea nesse sentido. Indeferimento mantido. Razões recursais confusas e desconexas. Pessoa jurídica-autora, ora agravante, que não se confunde com a pessoa física do seu representante legal. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o benefício da gratuidade e determinou o recolhimento das custas e despesas processuais, sob as penas da lei (art. 290, CPC/15), fls. 50/54.

Recorre o autor.

Sustenta, em resumo, que se encontra em situação financeira aflitiva e temerária, não podendo arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo próprio e de sua família; que para concessão da benesse basta simples afirmação de pobreza; que iniciou uma empresa, mas acumulou dívidas e não foi possível saldá-las; que está com o seu nome negativado e títulos protestados; que, atualmente, é profissional autônomo e percebe em média R$1.500,00; que possui família: esposa e dois filhos para sustentar; que já foi empresário, mas não é mais; por fim, ressalta o princípio da facilitação do acesso à justiça e quer a reforma da decisão.

A liminar foi concedida apenas para afastar eventual extinção antes do julgamento deste agravo, fl. 58.

Em juízo de admissibilidade verifica-se que o recurso é tempestivo e foi regularmente processado, sem resposta, ausente completa angularização processual.

É o relatório.

A irresignação não merece acolhida.

Cuida-se de ação monitória fundada em cheque movida por "Realex Representações Comerciais Ltda.", ora agravante, em face de "Ibem Produções e Eventos Ltda. ME" (fls.42/47).

Pleiteou-se na inicial o benefício da justiça gratuita em favor da pessoa

Acesso ao Sumário

jurídica e/ou o diferimento (fl.43/44), o que foi indeferido na decisão agravada (fls.50/54).

Dispõe o art. 4º da Lei n. 1.060/50: "*A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.*".

Já o art. 5º, LXXIV da CF estabelece: "*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*".

Assim, é certo que doutrina e jurisprudência se alinham no sentido de facilitar o acesso ao Judiciário também às pessoas jurídicas, mesmo porque o referido artigo constitucional, não faz distinção.

De forma uníssona o E. STJ estende a gratuidade a toda e qualquer pessoa jurídica, condicionada, todavia, à prova da efetiva necessidade, entendimento cristalizado na Súmula n. 481: "***Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.***".

Situação mantida com o advento do novo CPC que estabelece: "*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 §3º* ***Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural***.".

Vê-se que para a pessoa jurídica não basta simples afirmação de pobreza, desacompanha de documentação idônea que revele a precariedade financeira.

Daí correta a advertência do juízo *a quo*: "*[...] a Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça prevê a possibilidade da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, no entanto, condiciona o benefício à demonstração da impossibilidade de arcar com os encargos processuais, o que, repita-se, não foi comprovado nos autos, já que a parte exequente não trouxe documentos pertinentes que pudesse embasar a impossibilidade de arcar com o custeio do processo, tais como balanços idôneos, documentos comprobatórios do faturamento (extratos de conta corrente, declaração de imposto de renda etc)*", fls. 52/53.

O quadro fático não foi alterado com a interposição deste recurso, isto porque não houve a juntada de qualquer documento nesse sentido.

Ao contrário, as razões são confusas e desconexas com os autos. A decisão recorrida apontada a fls. 05/06 não corresponde à decisão de fls. 50/54.

Depois, embora o agravante seja a pessoa jurídica, a fundamentação recursal vem em favor da pessoa física do seu representante legal - Alexandre Mossato Gomes da Silva - que não é parte da ação.

Acesso ao Sumário

Logo, sem relevo e importância para o julgamento do agravo a documentação pessoal do representante legal, a saber: declaração do imposto de renda, documentos de sua esposa e filhos, certidão de casamento e carteira de trabalho, fls. 13/27. Como se sabe, a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física dos seus sócios.

Em resumo, era ônus do agravante apresentar, já com o pedido de gratuidade em primeiro grau, toda a documentação necessária a comprovação da insuficiência financeira da empresa, o que não ocorreu e, por si só, leva ao indeferimento. Veja-se:

"Agravo de instrumento. Assistência judiciária. Pessoa jurídica com fins lucrativos. Possibilidade do pleito, em tese, mas ausente, neste caso, presunção de necessidade. Exigência de prova da efetiva impossibilidade de suportar as custas do processo. Prova insuficiente, na espécie. Decisão mantida. Agravo desprovido." (TJ/SP, Relator(a): Claudio Godoy; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 13/02/2017; Data de registro: 14/02/2017).

"Agravo de instrumento. Decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita. Inconformismo. Pessoa jurídica. Necessidade de comprovação da hipossuficiência alegada. Inteligência da Súmula 481 do E. STJ. Ausência de provas da necessidade financeira. Recurso não provido." (TJ/SP, Relator(a): Hélio Nogueira; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/02/2017; Data de registro: 13/02/2017).

"JUSTIÇA GRATUITA – Requisitos legais previstos no artigo 98, do CPC/2015 e no artigo 5°, inciso LXXIV, da Constituição Federal – Preenchimento – Necessidade para concessão da gratuidade processual: - Apenas diante do preenchimento dos requisitos legais previstos no artigo 98, do CPC/2015 e no artigo 5°, inciso LXXIV, da Constituição Federal, para pessoa jurídica, é que se admite a concessão do benefício da gratuidade processual. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJ/SP, Relator(a): Nelson Jorge Júnior; Comarca: Valinhos; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/01/2017; Data de registro: 18/01/2017).

Ante o exposto, o meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2221780-22.2016.8.26.0000, da Comarca de Presidente Venceslau, em que são agravantes UILSON APARECIDO ULIAN e DULCE ELENA CARVELLI ULIAN, é agravado COOPERATIVA DE CRÉDITO DE LIVRE ADMISSÃO

RIO PARANÁ - SICREDI RIO PARANÁ - PR/SP.

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 24.204)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), ALBERTO GOSSON e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 9 de março de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Execução de título extrajudicial - Cédula de crédito bancário - Tutela de urgência - Concessão - Arresto liminar "on line" de bens e direitos pertencentes aos executados, devedores solidários da empresa emitente do título e que se encontra em recuperação judicial - Medida acautelatória pertinente face à possibilidade do não recebimento do *quantum* devido - Inteligência dos artigos 799, inciso VIII, e 835, inciso I, do CPC - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso tirado de r. decisão, proferida nos autos de ação de execução de título extrajudicial movida por Cooperativa de Crédito de Livre Admissão Rio Paraná - SICREDI em face de Uilson Aparecido Ulian e Dulce Elena Carvelli Ulian, na qual foi deferido o arresto liminar "on line" de bens e direitos pertencentes aos executados.

Inconformados, os agravantes pugnam pela reforma da r. decisão fustigada - a fim de que seja afastado o arresto cautelar dos bens ilegalmente constritos - aos argumentos de que (a) o crédito da agravada encontra-se garantido, uma vez que ela está habilitada no processo de recuperação judicial, inexistindo risco de não receber o que lhe é devido, (b) a satisfação do crédito da agravada em ação autônoma gera favorecimento de tal credora em detrimento dos demais, (c) inexiste perigo de dano irreparável ou de difícil reparação apto a concessão da tutela de urgência, (d) a mera suposição de que a empresa recuperanda ou os executados não efetuarão o pagamento do débito não constitui requisito para a concessão da medida de urgência, inexistindo indícios de dilapidação patrimonial ou de insolvência. Postulam, ainda, a concessão da tutela antecipada recursal e do efeito suspensivo ao presente agravo.

O recurso foi processado apenas no efeito devolutivo e a antecipação

Acesso ao Sumário

requerida não foi concedida (fls. 261).

Dispensadas as informações e intimada a agravada, foi apresentada contraminuta (fls. 264-269).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Trata-se de ação de execução de título extrajudicial, proposta pela agravada em face dos agravantes, cujo objeto é a execução da dívida oriunda de Cédula de Crédito Bancário - Abertura de Crédito Rotativo, entabulada em 31/8/2015 e representativa da operação financeira nº B51931495-4, por meio da qual foi formalizada operação de empréstimo no valor de R$ 100.000,00, da qual figurou como emitente a empresa Uilson Aparecido Ulian & Cia. Ltda. e, como avalistas, os ora agravantes (fls. 83-105).

Disponibilizado e utilizado o crédito, os sócios e avalistas da empresa devedora, na qualidade de devedores solidários, não realizaram o pagamento na forma e no tempo devidos, dando ensejo ao ajuizamento da ação executiva, oportunidade em que a agravada postulou - liminarmente - o arresto "on line" de bens e direitos eventualmente encontrados em nome dos avalistas. Tal se deu, segundo consta dos autos, face à "frágil situação financeira dos EXECUTADOS, ressaltam-se os altíssimos apontamentos encontrados sob suas titularidades junto à 'Boa Vista Administradora do SCPC', **existindo dívida na monta de R$ 2.547.698,41**" (**sic**) (fls. 91).

O douto magistrado **a quo** entendeu estarem "preenchidos os requisitos do artigo 300 do NCPC. Os executados estão inadimplentes em outros processos e possuem pendências financeiras na ordem de mais R$ 3.000.000,00 (págs. 198/201), o que por si só põe em risco o resultado útil do processo, diante do perigo da demora e, também, há a possibilidade de frustração do pagamento do crédito objeto do feito executivo. Portanto, o pedido deve ser deferido" (**sic**) (fls. 78), determinando, ainda, o arresto via BacenJud, com o que se concorda.

A lei processual civil, em seu artigo 799, inciso VIII, prevê a hipótese acenada no presente recurso, no sentido de, utilizando-se de medidas acautelatórias urgentes, proteger o exequente da dissipação patrimonial do executado. Aliás, há entendimento de que tais medidas podem ser "requeridas e concedidas no próprio processo de execução; não dependem da instauração de processo próprio para tanto" (**in** Negrão, Theotonio **et alii**, Código de processo civil e legislação processual em vigor, 47ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 736, nota 4 ao art. 799).

O bloqueio eletrônico de valores antes da citação tem natureza equivalente à do arresto previsto no artigo 830, **caput**, do Código de Processo Civil que, na qualidade de ato de apreensão provisória de bens dos executados, tem por finalidade não apenas a celeridade processual, mas a garantia da execução.

Acesso ao Sumário

Não bastasse, a determinação de arresto numerário eventualmente existente nas contas correntes dos agravantes obedece à ordem estabelecida no inciso I do artigo 835 daquele diploma processual, de maneira que a pretensão da agravada possui respaldo legal e não se afigura descabida ante o quadro fático apresentado na exordial. A constrição de dinheiro atende não só o direito da parte, mas, principalmente, aos princípios da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo, que devem nortear a atividade judiciária desenvolvida no procedimento executivo, evitando atos como avaliação e impugnação ao respectivo valor, custo de registro no cartório imobiliário e editais, incidentes na fase de expropriação, incerteza quanto à existência de licitantes na hasta pública, oposição de embargos de terceiros, dentre outros.

Por tudo, a jurisprudência:

Execução - Contrato de câmbio - Arresto (na verdade, bloqueio on line) - Autonomia da obrigação do garante - Penhora de ativos financeiros do coexecutado, garante e devedor solidário - Admissibilidade - Agravo de instrumento improvido. (22ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2166293-67.2016.8.26.0000/São Paulo; Relator: Matheus Fontes; julg. em 22/9/2016; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo). Deste, extrai-se:

"De acordo com a inicial da execução, figura o agravante como avalista de nota promissória emitida em garantia de contrato de câmbio entre o Banco CityBank S/A e 'Sementes Esperança Comércio Importação e Exportação Ltda', sob processo de recuperação judicial, cujos direitos não pode o recorrente pleitear em nome próprio (CPC, art. 18).

Formalmente há título executivo (CPC, art. 784, incisos I e XII) e, no que tange ao agravante, tem sido admitida execução a garantes coobrigados e devedores subsidiários em razão da autonomia das obrigações (REsp 1.095.352/SP, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 25.11.10; CC 112.620/DF, 2ª Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 01.12.10). É antigo, aliás, o entendimento. O Min. Barros Monteiro, relator designado no REsp nº 4.613/SP, da 4ª T., DJ 29.06.92, com base em precedente daquela Corte e do Supremo Tribunal Federal assegurou ao credor o direito de exigir do codevedor a satisfação integral do crédito, sem embargo de levantamento efetuado na concordata, afastando, assim, a possibilidade de se ter por satisfeita a obrigação para fins de extinção do processo de execução, a que alude o art. 794, I, do CPC/73 correspondente ao art. 924, II, do NCPC. No mesmo sentido: REsp nº 93.126/SP, 3a. T., Rel. Min. Nilson Naves, DJ 02.09.96; REsp nº 298.408/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 24.09.01.

Já se disse que 'O co-embargante, garante e devedor solidário, não é afetado nem mesmo pelo deferimento da recuperação judicial ou decretação de falência da devedora, em razão de sua autonomia (Ediv no Ag nº 1.179.654/SP, 2a. Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 13.04.12; RCDESP no CC nº 120.210/MG, Rel. Min. Raul Araújo, 2a. Seção, Dje 18.04.12; REsp nº 1.095.352/SP,

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Massami Uyeda, Dje 25.11.10; REsp nº 883.859/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 23.03.09)'" (**sic**).

Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Empresa recorrente que se encontra em recuperação judicial - Pleito de desbloqueio de valores constritos em conta corrente - Indeferimento na origem - Irresignação da executada - Descabimento - Cédula de Crédito Bancário com garantia de alienação fiduciária, cuja execução não se sujeita aos efeitos do regime de recuperação judicial - Art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005 - Decisão mantida. Recurso não provido. (37ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2129879-70.2016.8.26.0000/São Paulo; Relator: Sergio Gomes; julg. em 30/8/2016; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Agravo de instrumento - Execução - Instrumento de transação - Devedora em recuperação judicial - Inexistência de novação da dívida do coobrigado que não está em recuperação judicial - Obrigações da devedora sujeitas ao art. 59 da Lei 11.101, de 2005, que não abrange as obrigações do garante - Dívida existente, vencida e impaga - Penhora on line deferida - Medida legítima dirigida à Efetividade da Jurisdição in executivis - Decisão mantida - Recurso improvido. (38ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2133686-69.2014.8.26.0000/São Paulo; Relator: Maury Bottesini; julg. em 16/1/2015; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Agravo de instrumento - Tentativa infrutífera de citação - Bloqueio eletrônico - Possibilidade - O bloqueio eletrônico de valores antes da citação, tem natureza equivalente à do arresto, a fim de preservar a celeridade processual e a efetividade da execução, visando, ainda, o respeito à ordem estabelecida no art. 655 do CPC - Eventuais valores efetivamente bloqueados que poderão ser mantidos, pelo MM. Juízo de primeira instância, depositados em conta judicial, para levantamento no momento processual adequado - Decisão reformada - Agravo provido. (24ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 0195273-34.2011.8.26.0000/Santo André; Relator: Salles Vieira; julg. em 13/10/11; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Agravo de instrumento - Execução fundada em título extrajudicial - Executados não localizados - Pretensão do exequente de bloqueio *on line* de ativos financeiros dos executados para fins de arresto - Admissibilidade - art. 653, do CPC - Dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, tem preferência na ordem legal de nomeação de bens à penhora - Legalidade do bloqueio de ativos financeiros, pelo sistema eletrônico, para fins de arresto - Artigos 655, I e 655-A, *caput* do CPC - Precedente do STJ, sob o rito de Recursos Repetitivos - Agravo de instrumento provido. (24ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 0052033-84.2011.8.26.0000/Sorocaba; Relator: Plinio Novaes de Andrade Júnior; julg. em 12/05/11; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Acesso ao Sumário

Em que pese o fato de tais providências, muitas vezes, não atingirem o objetivo almejado, elas devem ser aplicadas a fim de que os maus pagadores não permaneçam impunes após usufruírem do numerário que lhes foi disponibilizado. Afinal, celebrado um contrato, a máxima **pacta sunt servanda** merece - a princípio - ser observada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2020857-43.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante M P SANTAMARIA PET SHOP ME, é agravado JOAO GABRIEL MARÇAL DE SOUZA E SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.792)**

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

São Paulo, 14 de março de 2017.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Competência recursal. Execução fundada em títulos extrajudiciais (cheques) emitidos para pagamento de prestações assumidas em aquisição de fundo de comércio. Competência afeta às Câmaras que integram a Subseção de Direito Privado II desta Corte. Precedentes. Recurso não conhecido, determinada a sua redistribuição.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 17, que, nos autos da ação de execução de títulos extrajudiciais (cheques), indeferiu o pedido de emenda da inicial porque o executado já teria sido citado.

Sustenta, em suma, que o pedido de emenda foi protocolado antes da citação e, no tocante ao valor da causa, o erro material do causídico poderia ser objeto de correção de ofício pela magistrada, a teor do que prevê o art. 292 do

Código de Processo Civil.

É o relatório.

Embora a competência para julgar a matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil, tenha sido atribuída às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, nos termos do art. 6º da Resolução n. 623/2013 deste Tribunal de Justiça, este órgão fracionário não é competente para o julgamento deste recurso.

É que, por se tratar de execução fundada em título extrajudicial (cheque) prevalece, em razão do que dispõe o art. 5º, II.3[1], do mesmo ato normativo, a competência das que integram a Subseção de Direito Privado II.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

COMPETÊNCIA RECURSAL. CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUE.

Apelação tirada contra a sentença de procedência do pedido formulado em ação cautelar incidental à execução de título extrajudicial. Matéria recursal inserida no âmbito de competência das Câmaras de Direito Privado numeradas de 11 a 24 e 37 a 38 (art. 5º, inc. II.3, da Resolução nº 623/2013). Remessa dos autos. Recurso não conhecido.[2]

COMPETÊNCIA RECURSAL - Embargos do devedor - Execução ajuizada com lastro em cheques emitidos para pagamento de prestações ajustadas em "instrumento particular de compra e venda de cotas sociais e de fundo de comércio" - Matéria não inserida na competência da Câmara Reservada de Direito Empresarial - Inteligência do art. 1º da Resolução n. 538/11 - Redistribuição a uma das Câmaras de Direito Privado.[3]

Competência - Dúvida - Ação relativa a insolvência civil fundada em título executivo extrajudicial - Resolução 108/98 e 194/2004, artigo 2º, III, b, com a redação dada pela Resolução n. 281/2006 - Competência da 14ª e não da 5ª Câmara de Direito Privado - Dúvida procedente fixada a competência da 14ª Câmara de Direito Privado para a apreciação do recurso.[4]

Por esses fundamentos é que, pelo meu voto, proponho que não se conheça do recurso e que se determine a sua redistribuição nos termos acima explicitados.

---

1 "*II.3 - Ações e execuções de insolvência civil e as execuções singulares, quando fundadas em título executivo extrajudicial...*"

2 Apel. nº 4004762-34.2013.8.26.0196, sob a rel. do Des. Carlos Alberto Garbi, desta C. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

3 Apel. nº 001488-29.2012.8.26.0002, sob a rel. do Des. Ricardo Negrão, desta C. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

4 Dúvida de Competência nº 183.753-0/2-00, sob a rel. do Des. Walter de Almeida Guilherme, do Órgão Especial desta Corte.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2210450-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Arujá, em que é agravante NIUTON RODRIGUES, é agravado AMIN SALEH RIMAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Contrário o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19354)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 14 de março de 2017.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: EXECUÇÃO. DECISÃO QUE AFASTOU A ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE MONTANTE DEPOSITADO EM CONTA CORRENTE, NA QUAL O AGRAVANTE RECEBE APOSENTADORIA. VERBA QUE APRESENTA NATUREZA ALIMENTAR, CUJA PENHORA É VEDADA PELO ART. 833, IV DO CPC. MONTANTE BLOQUEADO QUE NÃO SUPERA O LIMITE PREVISTO NO § 2º DO MENCIONADO ART. 833. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão, digitalizada às fls. 24, que manteve o bloqueio de ativos financeiros.

O agravante sustenta, em síntese, a nulidade da penhora, pois recaiu sobre verba salarial, conforme comprovado documentalmente.

Observa que 1/3 de seu salário é destinado ao pagamento de pensão alimentícia.

Aduz, ainda, a nulidade absoluta por inexistência de título executivo, ante a ausência de certeza e liquidez.

Pleiteia o provimento para liberar o montante bloqueado e reconhecer a nulidade do título executivo.

Acesso ao Sumário

Recurso processado com efeito suspensivo e respondido, requerendo a condenação do agravante por litigância de má-fé.

É o relatório.

Consoante se verifica dos autos, foram efetuados bloqueios, em contas do agravante, existentes em instituições financeiras diversas (fls. 147/148, 150 e 152).

O agravante apresentou impugnação aduzindo que o bloqueio, efetuado, no dia 30/05/2011, na conta do Banco do Brasil, se referia ao recebimento de aposentadoria, requerendo a liberação dos valores (fls. 199/201 e 203/206).

Em seguida, sobreveio a decisão recorrida que deixou consignado:

"*Trata-se de execução que tramita desde o ano de 2008, houve bloqueio de ativos financeiros. Considerando a localização destes valores ocorreu em contas distintas e os documentos juntados às fls. 134/137 referem-se uma instituição financeira apenas, significa que há duas fontes de renda. E ainda, verifico que o valor bloqueado é inferior a 30% dos vencimentos líquidos do executado, logo, não que se falar em impenhorabilidade. Mantenho o bloqueio*".

Contudo, este entendimento não se revela adequado.

Isto porque o bloqueio questionado, pelo agravante, nitidamente ocorreu na conta corrente em que recebe o benefício previdenciário, o qual apresenta natureza alimentar, cuja penhora é vedada, nos termos do inciso IV do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Portanto, considerando que o montante bloqueado não ultrapassa o limite estabelecido no § 2º do mencionado artigo 833, o respectivo desbloqueio é a medida que se impõe.

No mais, tendo em vista o resultado deste julgamento, agora nesta sede, não há se falar em litigância de má-fé.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2235972-57.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que são agravantes JR SALOON EVENTOS LTDA. ME, JR SALOON EVENTOS LTDA. ME e PRISCILA CUNHA DOS SANTOS, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37282)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR (Presidente) e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 14 de março de 2017.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Assistência judiciária - Pessoa jurídica. O deferimento do benefício da assistência gratuita à pessoa jurídica é admissível em casos excepcionalíssimos e quando demonstrada a sua fragilidade econômica para suportar as despesas do processo. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de execução de título executivo extrajudicial, indeferiu pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Segundo a recorrente, o acolhimento da mencionada postulação se impunha, uma vez que a sócia da pessoa jurídica enfrentou grave problema de saúde de seu genitor.

Acolhido pedido de atribuição de efeito suspensivo, o recurso foi bem processado.

É o relatório.

A pretensão recursal não merece acolhimento.

O disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal aliado ao artigo 98 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, visam proporcionar o acesso universal à Justiça, dada a inafastabilidade da jurisdição, de forma que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios, tem direito ao benefício da gratuidade da justiça, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoal natural, presunção essa que poderá ser afastada pela presença de elementos denotadores da evidente falta de pressupostos legais para a concessão do benefício.

Acerca do princípio do livre acesso à Justiça, Robson Flores Pinto, citando Mauro Cappelletti, leciona (Hipossuficientes - Assistência Jurídica na Constituição):

"*(...)*

Acesso ao Sumário

a atuação do Estado é premissa fundamental para o asseguramento e o gozo de todos os direitos sociais básicos, dentre os quais, o de 'acesso à justiça', pois, é através dele que se garante a efetiva proteção de todos os demais direitos.

"(...)

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos".

O novo Código de Processo Civil passou a disciplinar o tema na Seção IV, do Capítulo II, revogando expressamente diversos artigos da Lei nº 1.060/50, nos termos do seu artigo 1.072, inciso III.

Não obstante, porém, incorporou os majoritários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais aplicáveis à matéria, uma vez que o artigo 99 da atual legislação processual estabelece que 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*", o juiz, no entanto, "*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*" (§ 2º), pois "*Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*" (§ 3º).

Sobre o tema, Misael Montenegro Filho leciona:

"*A norma em comentário acompanhou o entendimento doutrinário e jurisprudencial aplicável à matéria, construído desde o início da vigência da Lei nº 1.060/50. Quando o requerimento de concessão da gratuidade é formulado por pessoa natural, não se exige a juntada de documentos, como extratos bancários, instrumentos de protestos, comprovante de recebimento de seguro-desemprego etc., sendo suficiente afirmação, que goza da presunção juris tantum da sua veracidade, cabendo à parte contrária produzir prova em sentido contrário, arguindo a indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça como matéria preliminar (inciso XIII do art. 337), se o requerimento foi formulado pelo autor na petição inicial. Diferentemente, quando a concessão do benefício é solicitada pela pessoa jurídica, é exigida a comprovação documental do alegado estado de pobreza, através da juntada de balanços ou balancetes, de extratos bancários e de outros documentos que demonstrem a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais*".

(Novo Código de Processo Civil, Atlas, 2016, p. 148).

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, igualmente registram:

Acesso ao Sumário

"*Tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas poderão usufruir do benefício da justiça gratuita, contudo as pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, deverão comprovar os requisitos para concessão do benefício - Súmula 481/STJ. Para as pessoas físicas, é suficiente a afirmação nos autos, pois gozam da presunção de hipossuficiência.*

Logo, de acordo com o § 2º do art. 99 a decisão que indeferir o benefício da justiça gratuita deverá estar fundamentada em elementos comprobatórios nos autos. Vale lembrar que o necessitado não é somente a pessoa miserável, mas aquele que demonstrar que os custos do processo prejudicarão o seu sustento ou de sua família".

(Primeiros Comentários - Novo Código de Processo Civil - Artigo por Artigo, Revista dos Tribunais, p. 183/184).

Especificamente, em relação às pessoas jurídicas, José Miguel Garcia Medina leciona:

"*As pessoas jurídicas podem ser beneficiadas pela gratuidade da justiça (cf. art. 98, caput, do CPC/2015). No entanto, a presunção decorrente da mera alegação de insuficiência diz respeito apenas às pessoas naturais (cf. § 2º do art. 99 do CPC/2015). Logo, as pessoas jurídicas devem demonstrar que necessitam do benefício. Nesse sentido, em relação às pessoas jurídicas, decidiu o STJ que o benefício pode lhes ser concedido, apenas se comprovarem que dele necessitam, independentemente de terem ou não fins lucrativos (STJ, EREsp. nº 1.015.372/SP, Corte Especial, j. 17.06.2009, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; no mesmo sentido, STJ, EREsp. 603.137/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 02.08.2010). Já se decidiu, porém, no mesmo tribunal, que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos têm presunção juris tantum de hipossuficiência para o fim de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (STJ, EREsp 1.055.037/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido; STJ, AgRg no AgRg no Ag 1.105.821/RS, 2ª T., j. 04.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin). Firmou-se a jurisprudência do STJ em consonância com a primeira das orientações citadas, com a edição da Súmula 481: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*".

(Novo Código de Processo Civil Comentado, Revista dos Tribunais, p. 190).

Nesse sentido, a propósito, Misael Montenegro Filho leciona:

"*Diferentemente, quando a concessão do benefício é solicitada pela pessoa jurídica, é exigida a comprovação documental do alegado estado de pobreza, através da juntada de balanços ou balancetes, de extratos bancários e de outros documentos que demonstrem a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais*".

Acesso ao Sumário

(Novo Código de Processo Civil, Atlas, 2016, p. 148).

Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade.

A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente:

a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela assembleia, ou subscritos pelos diretores.

Do julgamento do Recurso Especial nº 1.365.272/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins e publicado no Diário de Justiça eletrônico de 13 de novembro de 2013, extrai-se que no Superior Tribunal de Justiça encontram-se, há muito, pacificados os seguintes entendimentos:

"*1. O benefício da assistência judiciária foi instituído, originariamente, com fins de assegurar às pessoas naturais o efetivo cumprimento do desiderato constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, já cogente ao tempo de sua edição (cf. artigo 141, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1946), bastando, à sua concessão, a simples afirmação de se tratar de pessoa necessitada, porque presumida, juris tantum, a condição de pobreza, nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50.*

2. Mais tarde, doutrina e jurisprudência ampliaram significativamente tal benefício no sentido de alcançar não somente as pessoas naturais, mas também, com base na mesma norma, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e beneficentes, mantendo a presunção juris tantum sobre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção.

3. Por fim, restou assegurada a concessão da assistência judiciária às pessoas jurídicas em geral, incluindo aqueloutras com fins lucrativos, cabendo-lhes, contudo, a comprovação da condição de miserabilidade, porque não há falar, aí, em presunção de pobreza, nos termos jurídicos".

No caso em exame, o indeferimento era mesmo de rigor, pese o lamentável e grave problema de saúde do genitor da sócia proprietária da pessoa jurídica, o qual, aliás, esperamos tenha sido totalmente superado, não se pode desconsiderar que formulou-se pedido de gratuidade sem qualquer comprovação do alegado estado de miserabilidade, a fim de possibilitar a conclusão de que não ostenta situação econômica capaz de permitir o pagamento das custas e despesas processuais sem prejudicar suas finanças.

Assim, haveria a recorrente de prestar informações precisas sobre sua situação econômica, apresentando, pelo menos, seu último balanço contábil, com demonstração pormenorizada de seu passivo e de seu ativo. Não basta a

Acesso ao Sumário

essa finalidade a apresentação de "*Declaração Anual do Simples Nacional*" (cf. p. 68/69) posto não deixar entrever situação de miserabilidade, ou seja, a declaração de que a empresa está enquadrada no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional não comprova seu estado de penúria financeira.

Desta forma, ainda que não esteja com balanços contábeis em dia, não é possível que nunca tenha contratado serviços contábeis e que não disponha sequer dos anteriores. Outrossim, nota-se que constituiu banca particular de advocacia para o patrocínio de seus interesses.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2233639-35.2016.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante MATILDE FERREIRA MENDES, é agravado EMTRAM EMPRESA DE TRANSPORTES MACAUBENSE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29845)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente) e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 21 de março de 2017.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Penhora - ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de veículo, versando contrato de transporte rodoviário de passageiros, julgada parcialmente procedente - fase de execução do julgado trânsito (Acórdão) - recusada constrição judicial recaída sobre "ônibus velho" - possibilidade de penhora *on line* de contas bancárias e aplicações financeiras encontráveis no geral em nome da empresa executada, até o limite do débito exequendo - inteligência do art. 835, I, do CPC/15 - recurso provido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento contra o r. ato decisório de fls. 15 que, nos autos da parcialmente procedente ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de veículo, versando contrato de transporte rodoviário de passageiros, ora em fase de execução do julgado trânsito - Acórdão da lavra deste mesmo Relator (fls. 16 e segs.), após recusa pela exequente agravante da penhora recaída sobre "ônibus antigo", denegou à credora pedido de bloqueio *on line* de contas e ativos financeiros encontráveis no geral em nome da coexecutada agravada EMTRAM EMPRESA DE TRANSPORTES MACAUBENSE LTDA.

2. Formado o instrumento, o recurso foi recebido e processado sem a resposta da recorrida, apesar de regularmente intimada (fls. 199 e 200).

É o relatório.

3. À modificação do julgado, sustenta a recorrente a viabilidade da insistida pretensão, em especial porque até o momento alcançou apenas através do oficial de justiça a recusada penhora recaída sobre "ônibus antigo" pertencente à empresa executada (auto de penhora e depósito a fls. 179), "que deixou por duas vezes de proceder ao pagamento do valor exequendo" (fls. 163), de maneira que há amparo legal e jurisprudencial à penhora *on line* pleiteada, pois a execução se dá em prol do credor.

4. E o agravo merece acolhimento. Vislumbrando-se nos autos a existência de dívida não paga aliada às frustradas tentativas de constrição judicial de outros bens da executada, à exceção daquela recaída sobre o recusado "ônibus antigo" (fls. 189), à evidência há risco concreto de insatisfação da credora agravante, configurando-se nessas circunstâncias razoável o deferimento da pretensão de penhora *on line* de contas bancárias e aplicações financeiras da devedora até o limite do débito exequendo. De momento não se justifica, em face dessa situação, que a recorrente ainda despenda tempo, energia e numerário requerendo providências concretas para satisfação de seu crédito. Ademais, a constrição de dinheiro obedece à gradação do art. 835, I, do CPC/15.

5. Nessas condições, sem se olvidar que o bloqueio até o limite do crédito, no tocante às contas correntes e aplicações financeiras, exige amplo resguardo judicial, sem excessos, temeridades ou apressamentos, considera-se que a medida pleiteada está justificada, mantendo-se obediente ao "due process of law".

6. Com esses fundamentos, para os propósitos da agravante, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2193599-11.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante INDIANA COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é agravado SINVALDO JOSÉ 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto (D) nº 11529)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 9 de janeiro de 2017.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ACIDENTE DE VEÍCULOS - CHAMAMENTO AO PROCESSO DE TERCEIRO SUPOSTAMENTE CAUSADOR DO SINISTRO - INDEFERIMENTO - ALEGADA NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - Decisão suficientemente fundamentada - Não há confundir fundamentação concisa com sua ausência - Nulidade inexistente - Preliminar afastada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ACIDENTE DE VEÍCULOS - CHAMAMENTO AO PROCESSO DE TERCEIRO SUPOSTAMENTE CAUSADOR DO SINISTRO - INADMISSIBILIDADE - Não subsunção às hipóteses previstas no artigo 130 do Novo Código de Processo Civil - Inserção indevida no polo passivo que tumultuaria o feito em desprestígio à duração razoável do processo - Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos

1. RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação indenizatória (acidente de trânsito) contra a r. decisão que indeferiu postulado chamamento ao processo (fls.66).

Arguindo nulidade da decisão agravada por falta de fundamentação, no mérito a agravante sustentou caber chamamento ao processo na hipótese dos autos (fls.01/19).

Deferido efeito suspensivo ao recurso (fls.299), não foi apresentada contraminuta (fls.304).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

Preliminarmente, esclareça-se inexistir nulidade a ser sanada, pois a r. decisão objurgada, embora sintética, apresentou fundamentação suficiente, indigitando ausência de subsunção às hipóteses do artigo 77 do C.P.C./73 ou do artigo 130 do N.C.P.C. (fls.66).

Não se vislumbra, pois qualquer nulidade, uma vez que há fundamentação cujos termos são perfeitamente inteligíveis e suficientes para embasarem a r. decisão agravada.

Consigna-se ser pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, ou seja, inexiste nulidade na apresentação de fundamentação concisa.

Note-se:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INEXISTÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - POSSIBILIDADE - PARTILHA - NULIDADE - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE - ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO IMPROVIDO.*" (AgRg no AREsp 124112/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, STJ, T3, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012).

"*AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - COMPETÊNCIA RELATIVA DOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DESTE STJ - PRECEDENTE - RESPONSABILIDADE CIVIL - REPARAÇÃO DE DANOS - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - VALIDADE - ARTIGOS DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - SÚMULA 211/STJ – RECURSO IMPROVIDO.*" (AgRg no AREsp 31820/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, STJ, T3, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012).

"*PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS.*

1. Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos declaratórios somente

Acesso ao Sumário

são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão, o que não ocorreu no presente caso.

2. O Tribunal de origem analisou a alegada nulidade do procedimento administrativo (por ausência de contraditório e ampla defesa) quando expressamente determinou que 'a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvadas, em todos os casos, a apreciação judicial', nos termos da Súmula 473/STF. Inexistência de violação do art. 535 do CPC. Omissão não caracterizada.

3. ***Fundamentação sucinta não se confunde com ausência de fundamentação. Somente a ausência de fundamentação é capaz de gerar a nulidade do acórdão regional****.*

Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no AREsp 39366/DF, Rel. Min. Humberto Martins, STJ, T2, julgado em 17/05/2012, DJe 25/05/2012) - destaquei em negrito.

"*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES - RETARDAMENTO DE PARTO E COMPROMETIMENTO DA SAÚDE DA MÃE E DA MENOR RECÉM-NASCIDA -* ***DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - NÃO-OCORRÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - VALIDADE*** *- ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - RESOLUÇÃO DA CORTE ESTADUAL LOCAL ATRIBUINDO A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÕES ENVOLVENDO DIREITO DO CONSUMIDOR AO JUÍZO CÍVEL - QUESTÃO PREJUDICADA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA E DECISÃO EXTRA PETITA - INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE - INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA INICIAL - NECESSIDADE - PRECEDENTES - DANOS MORAIS - DUPLA CONDENAÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - REVISÃO POR ESTA CORTE - ADMISSIBILIDADE, EM CASOS EXCEPCIONAIS - EXCEPCIONALIDADE NÃO CARACTERIZADA - DANOS MATERIAIS E PENSÃO VITALÍCIA - QUANTIFICAÇÃO - ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO PAUTADO EM ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS - REVISÃO NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL - INVIABILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*

I - ***Não padece de nulidade a decisão que, embora sucinta, assenta-***

Acesso ao Sumário

se em entendimento harmônico e suficiente à prestação jurisdicional invocada, na esteira do requerido pela parte interessada*;*

II - A existência de Resolução do Tribunal de Justiça Estadual, que expressamente atribuiu ao Juízo Cível a competência para processar e julgar os litígios decorrentes das relações de consumo, torna prejudicada a arguição de nulidade por incompetência absoluta;

III - Aceita a denunciação da lide e apresentada contestação quanto ao mérito da causa, o denunciado assume a condição de litisconsorte do réu, podendo, por conseguinte, ser condenado direta e solidariamente com aquele, na mesma sentença, ao pagamento da indenização;

IV - A delimitação dos pedidos constantes da petição inicial deve ser norteada por uma interpretação lógico-sistemática de toda a exposição dos fatos e fundamentos de direito, e não, simplesmente, considerar apenas aqueles constantes de capitulação própria;

V - O valor da indenização por dano moral somente pode ser revisto nesta instância especial nos casos de flagrante irrisoriedade ou exorbitância, o que não ocorre na hipótese dos autos;

VI - Relativamente à quantificação dos danos materiais e da pensão vitalícia, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias pautaram-se em elementos fático-probatórios, cuja revisão é inviável nesta instância recursal (Enunciado n. 7 da Súmula/STJ);

VII - Recurso especial improvido." (REsp 1195656/BA, Rel. Min. Massami Uyeda, STJ, T3, julgado em 16/08/2011, DJe 30/08/2011) - destaquei em negrito.

Portanto, ausente qualquer vício a ser sanado na r. decisão agravada, fica afastada a preliminar de nulidade.

No mérito, este agravo não comporta provimento.

Pretende a agravante inclusão no polo passivo de terceiro supostamente causador do acidente:

"*(...) o acidente foi causado pelo condutor do veículo Celta e não pelo veículo dos réus, sendo que estes são tão vítimas quanto o Agravado.*

E, em que pese não haver qualquer identificação do veículo Celta no boletim de ocorrência, constata-se que, em sede de defesa, os réus indicaram que se trata do Senhor Odair Ferreira de Jesus, que poderá ser localizado quando realizadas as pesquisas necessárias para tal.

Assim, não permitir que seja chamado ao processo o verdadeiro causador dos danos debatidos estaria a cerce direito de defesa da Agravante, que não pode ser responsabilizada pelo pagamento de dano que não foi o seu segurado quem causou.

Acesso ao Sumário

Insta, ainda, destacar que o chamamento ao processo representaria uma significante economia processual, uma vez que seria debatida, em processo único, a responsabilidade pelos danos, o que agilizaria, inclusive, qualquer ressarcimento que eventualmente seja deferido ao Agravado.

Entendimento em sentido contrário estaria a desconstituir, inclusive, princípios processuais vitais para o acesso à Justiça, dentre os quais o da efetividade do processo, pois o chamamento ao processo permitiria a análise dos fatos com a imprescindível participação de quem deu origem ao evento.

Dessa forma, estando comprovada a necessidade e o cabimento do chamamento ao processo, requer seja dado provimento ao presente Agravo, sendo determinado o prosseguimento do feito com a citação do verdadeiro causador dos danos debatidos nos autos (...)" (fls.14/15).

Verifica-se, pois, que a recorrente visa instauração de autêntica e indevida lide secundária, sequer cogitada pelo autor ao propor a demanda, a qual não ostenta qualquer nexo de solidariedade, uma vez que alega exclusão de culpa dos requeridos, deste modo em absoluto descompasso com quaisquer das hipóteses legais.

Com efeito, o artigo 130 do Novo Código de Processo Civil, ao prever o chamamento ao processo, enumera as hipóteses em que se admite a inclusão de terceiros no feito. E o caso dos autos não se insere em qualquer delas, não havendo, portanto, razão em se estender a lide em prejuízo do regular desenvolvimento do processo.

Frise-se, sendo faculdade do autor na proemial atribuir culpa aos supostos causadores do acidente (cuja procedência ou improcedência decorrerá da dilação probatória), a instauração de lide secundária nos termos em que propõe a corré, ora agravante, com a inserção de terceiro que na concepção desta - e não do autor - fosse o verdadeiro causador do sinistro, tumultuaria e traria obstáculos ao processo com discussões de ordem interna entre aquele terceiro, os demais réus e o autor, assim desprestigiando, sobremaneira, o princípio da duração razoável do processo.

Isto posto, fica mantida a r. decisão objurgada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. DISPOSITIVO

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2208050-41.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIVA KAIRALLA MALUF, é agravado PANAMBY EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES 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 30.667)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente sem voto), WALTER CESAR EXNER e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 16 de janeiro de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

EMENTA: Locação. Execução de título extrajudicial. Devedora em regime de recuperação judicial. Particularidade que não impedia o prosseguimento da execução contra os fiadores. Ordem de bloqueio de bens da executada. Comparecimento espontâneo da devedora que supriu a falta da citação. Ausência de pagamento que justificava a manutenção da penhora. Bloqueio de numerário encontrado em conta corrente. Cabimento na espécie. Bloqueio que recaiu sobre saldo vindo do mês anterior, que por isso perdera àquela altura a finalidade alimentar, sendo ademais composto por depósitos realizados diretamente pela titular da conta e por terceiros. Anotação de restrição judicial no sistema RenaJud autorizada apenas no tocante à transferência dos veículos constritos. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de despachos que, em autos de ação de execução por crédito locatício, autorizou o prosseguimento do feito em relação aos fiadores da coexecutada em recuperação judicial e manteve a penhora sobre metade dos valores bloqueados da fiadora, bem como a restrição judicial à circulação, licenciamento e transferência de seus veículos.

A agravante, fiadora da locatária, pede sejam anuladas ou reformadas tais decisões.

Para tanto ela afirma que as decisões vieram desprovidas de fundamentação válida, eis que fizeram alusão genérica ao texto da lei e deixaram de enfrentar os argumentos deduzidos pela agravante, quadro que impõe sua anulação.

Ao lado disso, após enfatizar que os efeitos da recuperação judicial da locatária se estendem à fiadora, o que impunha mandar suspender a execução, a litigante insiste na nulidade do processo porque o Juiz de ofício e antes da citação determinou o arresto de veículos e ativos financeiros da agravante.

A propósito a recorrente salienta que o bloqueio de numerário recaiu sobre sua aposentadoria, o que é vedado pelo art. 833, § 2º, do CPC, e que a proibição à circulação de seus veículos não se mostrava razoável porque deles depende para se locomover, quadro que impõe o levantamento dos bloqueios ou, pelo menos, a liberação dos automóveis para circulação.

Ao agravo foi concedido o efeito ativo.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

I - O juiz determinou o bloqueio de bens dos executados antes da citação "*tendo em vista os princípios constitucionais da efetividade, celeridade, eficiência e presteza no exercício da jurisdição (Arts. 5º, inciso LXXVIII, 37, caput, e art. 93, II, c, CF; art. 139, II, CPC)*", bem como a "*ordem prevista no Código de Processo Civil (art. 835, I)*" e "*o poder geral de cautela*".

Na sequência, o Magistrado autorizou o prosseguimento do feito contra os fiadores da coexecutada, ora em recuperação judicial, isso ao argumento de que inexistia "*vedação legal para que a ação executória prossiga contra o coobrigado*".

Ao lado disso ele manteve a penhora sobre 50% dos valores bloqueados da fiadora Diva "*para satisfação do crédito exequendo*".

Pois mais não é preciso para se considerar minimamente fundamentada aquelas decisões, importando lembrar que não havia óbice legal a que o Juiz apontasse como razão de decidir os dispositivos normativos que autorizavam as medidas que ele indicava.

Certo, ainda, que o Magistrado não estava obrigado a se pronunciar sobre cada um dos argumentos expendidos pela executada, máxime se por um dado fundamento já podia ele concluir pelo cabimento do bloqueio.

Não se identifica, em suma, a suposta nulidade das decisões.

II - De pronto se registra que, conforme o § 1º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, o fato de a locatária se encontrar em regime de recuperação judicial não impede o prosseguimento da execução contra os coobrigados.

Acesso ao Sumário

Aliás, o tema já nem comporta discussão, eis que foi assim dirimido pela Corte incumbida de ditar a inteligência da lei federal segundo o regime dos recursos repetitivos:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. (...) 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 'A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005'. 2. Recurso especial não provido." (STJ, REsp. nº 1.333.349-SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão).

Pois bem.

Embora o Magistrado tenha determinado o bloqueio de bens da executada antes da citação, o fato objetivo é que a devedora espontaneamente compareceu à execução.

Ora, segundo anunciava o § 1º do artigo 239 do CPC, o comparecimento espontâneo do executado supria a falta da citação.

Assim, a esta altura mostra-se irrelevante a notícia de o bloqueio ter sido ordenado quando a devedora ainda não estava presente na execução.

Aqui importa, sim, constatar que ela não efetuou o pagamento da quantia devida, particularidade que justificava a manutenção da constrição.

Neste sentido, com efeito, já decidiu esta Corte:

"*EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Arresto de valores em conta corrente dos agravantes determinada de ofício antes da citação - Comparecimento dos executados, que se deram por citados - Mantida a constrição na conta do agravado Reginaldo e determinado levantamento da constrição em conta poupança da agravante Elisabeth, até o limite de 40 salários mínimos - Observância do artigo 649, inciso X do CPC - Bloqueio de veículos com ordem de restrição de transferência - Restrição de circulação indevida. Recurso parcialmente provido.*" (AI nº 2107947-60.2015.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, 30.09.2015).

No tocante à penhora dos ativos financeiros, o bloqueio judicial ocorreu em agosto de 2016 e veio a atingir o saldo de R$ 1.494,40, encontrado na conta nº 01-004311-9 do Banco Santander, de titularidade da agravante (fls. 534).

Certo é que naquela conta bancária a devedora recebia seus proventos de aposentadoria, verba que é absolutamente impenhorável conforme anuncia o art. 833, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Ocorre, porém, que o bloqueio recaiu sobre saldo vindo do mês anterior e

Acesso ao Sumário

que por isso perdera a finalidade alimentar, máxime porque era formado não só por resíduo dos proventos de aposentadoria, como aqui alega a recorrente, mas ainda por depósitos realizados tanto pela correntista como por terceiros, não havendo motivo para dizer que também esses aportes tinham natureza alimentar.

Tais circunstâncias a rigor autorizavam manter o bloqueio daquele numerário, já que a ele não se aplicava a proteção legal indicada pela executada.

Contudo, tendo o magistrado autorizado o desbloqueio de metade do valor constrito, providência contra a qual o credor não se insurgiu, caso era mesmo, então, de limitar a penhora à parte remanescente.

Por fim, razão não há para agora se cancelar a restrição judicial à transferência dos veículos penhorados da agravante.

Afinal, essa providência - compatível com o poder geral de cautela atribuído ao Magistrado - contribui para assegurar a efetividade da penhora e, além disso, tende a evitar que terceiro alheio ao litígio venha a sofrer prejuízo consequente à aquisição de bem destinado a satisfazer a execução.

Contudo, motivo não havia para se proibir o licenciamento dos automóveis, medida imposta pelo Poder Público, nem para vedar a circulação deles, proibições que ficam então cassadas.

Realmente, a execução não reclamava vedação daquela sorte, mostrando-se suficiente a proibição à transferência de titularidade.

Para esse fim, pois, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2159848-33.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CIBRA QUADRAS ESPORTIVAS LTDA., é agravado CONJUNTO MORADAS DA CANTAREIRA.

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 17.388)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), MORAIS PUCCI e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 17 de janeiro de 2017.

GILBERTO LEME, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS E DE BENS DA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. ADMISSIBILIDADE. ART. 28, § 5º, DO CDC. Desconsideração da personalidade jurídica que enseja a extensão das obrigações assumidas pela pessoa jurídica aos bens particulares dos administradores ou dos sócios. Manifesta a relação de consumo entre as partes, incide na espécie a teoria menor prevista no art. 28 do CDC, de tal forma que dispensa a comprovação do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, bastando que a personalidade da pessoa jurídica caracterize óbice ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto à r. decisão que em ação de reparação de danos, em fase de cumprimento de sentença, deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da ré-agravante, incluindo no polo passivo da demanda os sócios Michael Dan Horpaczky e Ana Laura Horpaczky.

Recorre a ré, alegando que não se infere o preenchimento dos requisitos do art. 50 do CC para a desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que não há demonstração de abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, fraude a credores ou confusão patrimonial. Aduz que o encerramento irregular da empresa ou a ausência de recursos financeiros não justificam a desconsideração da personalidade jurídica.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

Denegado o efeito suspensivo.

É o relatório.

Preliminarmente, de se consignar a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que a agravante não foi intimada da r. decisão agravada, conforme se infere da certidão de fls. 27.

Além da irregularidade da notificação encaminhada pelo advogado Nivaldo Alves de Oliveira à agravante, uma vez que o mero recibo dos Correios nem sequer indica o endereço ao qual tal notificação foi encaminhada (fls. 74/77), na verdade, infere-se que a renúncia deu-se apenas por um dos advogados por

Acesso ao Sumário

ela constituídos, sendo que a intimação da r. decisão agravada deveria ter sido feita em nome do outro patrono Marcelo Angrisani Alvez de Oliveira (fl. 40), o que não foi observado.

Conhecido o recurso, passa-se à apreciação do mérito.

No caso dos autos, o condomínio-agravado contratou os serviços da ré-agravante consistente na pintura de suas quadras poliesportivas, entretanto, o serviço não foi executado na espessura adequada, pelo que não atingiu a resistência desejada.

A r. sentença recorrida condenou a ré-agravante a pagar ao autor o valor de R$ 4.950,00, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e com juros de mora desde a citação (fls. 68/72).

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, a exequente requereu a desconsideração da personalidade jurídica da executada-agravante diante da ausência de localização de bens em seu nome, o que foi deferido pela r. decisão agravada.

Pois bem. A pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros. Tem, pois, patrimônio próprio. Dívidas suas não são dos sócios ou dos administradores e vice-versa.

No entanto, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz desconsiderar a existência distinta da personalidade jurídica da sociedade e estender certas e determinadas relações obrigacionais aos bens particulares dos seus administradores ou sócios (CC, art. 50). Ou seja, em casos de fraude ou má-fé, praticados sob o manto da personalidade própria da pessoa jurídica, o patrimônio dos seus membros pode ser atingido para o cumprimento das obrigações dela.

É a aplicação da moderna teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que permite ao juiz que, onde haja conduta indicativa de atos de desvio, declare a personificação ineficaz, possibilitando alcançar a responsabilidade pessoal de seus membros.

Acesso ao Sumário

A incidência dessa doutrina tem como pressuposto, como dito, a utilização abusiva da personalidade jurídica. Tanto assim é que o Código de Defesa do Consumidor, pioneiramente consolidando a doutrina, estabeleceu que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do estatuto ou do contrato social (art. 28, *caput*).

No caso dos autos, ao exequente-agravado contratou com a empresa-executada a prestação de serviços que apresentou defeitos. A r. sentença exequenda reconheceu a má-prestação dos serviços, condenando a ré a indenizar o autor-agravado.

Verifica-se, portanto, que a empresa-executada praticou ato ilícito causando prejuízo ao consumidor, além de que não foram encontrados bens passíveis de penhora em nome da empresa, de forma a ensejar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Note-se que é bastante clara a relação de consumo entre as partes, tendo em vista que, cuidando-se o autor-exequente de um condomínio, não utilizou os serviços contratados para aprimorar nenhuma atividade, mas, sim, visando apenas à manutenção de suas dependências.

Com efeito, manifesta a relação de consumo entre as partes, incide na espécie a teoria menor prevista no § 5º do art. 28 do CDC, que dispensa a comprovação de desvio de finalidade e da confusão patrimonial, bastando que a personalidade da pessoa jurídica caracterize óbice ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (STJ, 3.ª T., REsp n.º 279.273-SP, rel. p. o ac. Min. Nancy Andrighi, j. 4.12.03, m.v.).

No mesmo sentido:

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Cumprimento de sentença - Desconsideração da personalidade jurídica - Inclusão dos sócios no polo passivo - Admissibilidade - Aplicação da Teoria Menor - Inteligência do artigo 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor - Evidências de que a personalidade da pessoa jurídica constitui óbice ao justo ressarcimento do consumidor - Ausência de indícios da solvência da empresa - Agravo não provido." (Agravo de Instrumento nº 00092222-41.2013.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, 5.ª Câm.Dir.Priv., j. 22.5.13, v.u.)

"Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual e de devolução de valores, em fase de cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu desconsideração da personalidade jurídica.

1. Relação de consumo. Aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Inteligência do artigo 28, §5º CDC.

2. Empresa não encerrada formalmente. Não localização de bens passíveis de satisfazer o crédito. Personalidade jurídica que está servindo de obstáculo ao ressarcimento dos agravantes.

3. Ainda que assim não fosse, constata-se que a pessoa jurídica foi usada com desvio de finalidade. Requisitos autorizadores do Código Civil presentes.

4. Desconsideração da personalidade jurídica devida.

Agravo de instrumento provido." (Agravo de Instrumento n.º 2076128-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, 5.ª Câm.Dir.Priv., j. 3.9.14, v.u.)

Dessa forma, de rigor a manutenção da decisão agravada a fim de autorizar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada, com a inclusão de seus sócios no polo passivo da ação.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2215075-08.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCELO EWBANK PACHECO, são agravados BANCO SAFRA S/A e LIG AUTO COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.488)**

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

São Paulo, 18 de janeiro de 2017.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Processual Civil. Ação de busca e apreensão e oposição. Decisão prolatada nos autos da ação de busca e apreensão, indeferindo a aplicação de multa diária pelo suposto atraso da instituição financeira em providenciar a baixa do gravame. Pretensão do terceiro (opoente) à reforma.

Ausência de preclusão. A decisão que deu ensejo à interposição do agravo retido não indeferiu o pedido do agravante, mas apenas determinou que ele comprovasse a demora da instituição financeira em cumprir a obrigação de fazer (baixa do gravame).

Responsabilidade pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer que não pode ser imputada à instituição financeira, mas sim ao órgão de trânsito.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marcelo Ewbank Pacheco contra a decisão reproduzida a fls. 316 que, nos autos da ação de busca e apreensão que o Banco Safra S/A propôs em face Lig Auto Comércio de Veículos Ltda., indeferiu o pedido de aplicação de multa diária, formulado pelo opoente nos autos da ação originária, em razão do suposto atraso do Banco Safra S/A em providenciar a baixa do gravame que recaiu sobre o veículo objeto da

ação de busca e apreensão e da oposição.

As razões recursais postulam a reforma do *decisum* para que o banco agravado seja condenado "*no pagamento da astreinte, no valor de R$ 100,00 diária estipulada, diante do atraso de 155 (cento e cinquenta e cinco) dias para efetivação da baixa definitiva do gravame, totalizando multa no valor de R$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais)*", ao argumento de que o "*agravado não cumpriu com o ônus de provar que houve a demora por parte do órgão de trânsito, na verdade o banco sequer comprovou ter feito as devidas diligencias*" - fls. 14.

Contraminuta a fls. 331/375.

II - Fundamentação.

O Banco Safra S/A, ora agravado, ajuizou ação de busca e apreensão em face de Lig Auto Comércio de Veículos Ltda., também agravada, tendo por objeto dois veículos (fls. 36/40).

Após o deferimento da liminar de busca e apreensão e do bloqueio judicial dos veículos junto ao Detran (fls. 92/93 e 102/105), o agravante ajuizou oposição no qual aduziu ser proprietário do veículo marca/modelo Chrysler/Stratus Sedan LE 2.0, Placa CTR 2388, Chassi 1C3EMB6C9YN146634, Renavan 732337054 (fls. 113).

O agravado postulou, então, a extinção do processo de busca e apreensão (fls. 112), seguindo petição do agravante/opoente concordando com a extinção, mas requerendo o prosseguimento da oposição e a expedição de ofício ao Detran para que proceda o desbloqueio do veículo em questão (fls.115/118).

O ofício endereçado ao Detran, com ordem para desbloqueio judicial e financeiro foi retirado pelo agravante (fls. 125, 127/128 e 341/342) que, posteriormente, informou ao juízo que o veículo permanecia com restrição financeira (fls. 137/138).

A instituição financeira foi intimada a providenciar a retirada de todos os gravames, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa de R$ 100,00 ao dia (fls. 143). O agravante, por sua vez, postulou a dilação de prazo para cumprimento da ordem ao argumento de que eram necessários de 10 a 15 dias úteis para cumprimento da determinação pelo órgão de trânsito (fls. 145). Após novo pedido de dilação, o Juízo *a quo* determinou ao agravado que cumprisse a determinação no prazo de 48 horas, sob pena de fixação da multa. Deste despacho o agravado foi intimado em 27/5/2010 (fls. 151/154).

Em 14/6/2010 o agravado comprovou o cumprimento da ordem (fls. 155/157).

O agravante, todavia, postulou a intimação do agravado para pagamento do montante de R$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais), que equivale a 155 dias sem cumprimento da obrigação de fazer (fls. 167/170).

Acesso ao Sumário

O Juízo *a quo*, por sua vez, determinou ao agravante que comprovasse a demora informada. A decisão foi mantida no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo agravante, contra a qual foi interposto agravo retido em março de 2012 (fls. 178, 196 e 199/211).

Em junho de 2016, após tentativas frustradas de citação da agravada Lig Auto Comércio de Veículos Ltda. tanto nos autos da ação de busca e apreensão quanto nos autos da oposição, o agravante tornou a postular a intimação da instituição financeira para pagamento do montante de R$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais). (Fls. 303/304.)

Após manifestação do banco agravado, veio a lume a decisão agravada que considerou "*inviável a aplicação da multa, uma vez que a culpa pelo atraso na baixa no gravame não pode ser imputada ao Banco, mas sim ao órgão de trânsito*" (fls. 316).

O agravo não comporta provimento.

Não se pode dar guarida a tese de preclusão trazida na contraminuta, pois a decisão que deu ensejo a interposição do agravo retido em março de 2012 (fls. 178), integrada pela decisão reproduzida a fls. 196, não chegou a indeferir o pedido do agravante, mas apenas determinou que o ele comprovasse documentalmente suas alegações. O pedido somente foi indeferido 4 (quatro) anos depois, após o agravante reiterar o pedido de intimação do agravado para pagamento da multa.

Conclui-se, portanto, que não ocorreu a preclusão, razão pela qual este agravo de instrumento pode ser conhecido.

Pois bem.

Pelo que se pode observar das peças que instruíram este recurso, o banco agravado não deixou de cumprir a determinação do juízo. Por duas vezes postulou a dilação do prazo ao argumento de que o DETRAN exigiu documento e prazo de 10 (dez) a 15 (quinze) dias úteis para providenciar a baixa. E em 14/6/2010 comprovou a baixa do gravame financeiro.

Acesso ao Sumário

O documento reproduzido a fls. 156 não demonstra em qual data a restrição foi efetivamente excluída do órgão de trânsito, todavia, competia ao agravante ter demonstrado que obrigação fora cumprida fora do prazo fixado pelo Juízo, ônus do qual não se desincumbiu.

Sob outro aspecto, verifico que a demora em cumprir a determinação judicial, neste caso, não poderia mesmo ser imputada a instituição financeira, pois antes mesmo da intimação desta para cumprimento de obrigação de fazer, sob pena de multa diária, já havia ordem dirigida ao DETRAN no mesmo sentido. O próprio agravante retirou ofício dirigido ao DETRAN contendo ordem para imediato desbloqueio judicial e financeiro (fls. 125 e 127/128).

Quando veio a lume a primeira notícia de que a restrição permanecia

(fls. 137/138), deveria o Magistrado que conduzia o processo ter reiterado à determinação, através de diligência do próprio Juízo, impondo prazo para cumprimento ou expressa justificativa de recusa.

Como bem salientou o Juízo *a quo* na decisão guerreada, caso pretenda alguma indenização, deverá o agravante se valer de ação própria e contra quem, de fato, foi responsável por eventual prejuízo causado.

Em suma, a decisão interlocutória combatida não merece reparo.

III - Conclusão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2238175-89.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes EVALDO SALLES ADORNO e ANTONIO CARLOS PEREIRA DO NASCIMENTO, é agravada VALÉRIA ROMUALDO COSTA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.883)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente) e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Justiça gratuita. Indeferimento mantido. Advogados militantes. Inexistência de elementos que indiquem não ter condições de suportar as custas do processo. Fundadas razões para o indeferimento. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 16 que, nos autos da ação de cobrança de honorários, indeferiu a justiça gratuita pleiteada pelos autores.

Inconformados, agravam os autores pleiteando, em suma, a reforma da

Acesso ao Sumário

decisão, vez que juntaram declarações de imposto de renda que comprovam sua situação de hipossuficiência, sendo, de rigor, a concessão da benesse.

É o relatório.

A insurgência não comporta acolhimento.

O benefício da justiça gratuita tem previsão no artigo 98 e seguintes, do CPC/15, que autoriza sua concessão, em regra, mediante mera declaração de pobreza.

É certo que a presunção do § 3º do artigo 99 é relativa, e pode ser desfeita pela parte adversa, nos termos do artigo 100, da referida lei, ou ainda pelo próprio magistrado, caso já se encontre provada a capacidade financeira do requerente.

E na hipótese dos autos, a bem fundamentada decisão recorrida afastou a alegada situação de penúria que impossibilite os autores de suportarem as custas do processo.

Cabe anotar que faz parte da função fiscalizatória do Juiz verificar se as partes fazem jus ao benefício da justiça gratuita, de modo a conceder a benesse às pessoas que realmente dela necessitem.

Na hipótese dos autos, vale ressaltar que os agravantes buscam arbitramento de honorários advocatícios, são advogados militantes, e, de certo, patrocinam outras causas, não sendo crível que não tenham condições de arcar com as custas processuais mínimas, sem prejuízo de sua própria subsistência.

Ao contrário do afirmado não foram juntadas as declarações de imposto de renda dos agravantes. Juntou-se somente o recibo da entrega de declaração relativa ao agravante Antonio, faltando dados que possibilitem uma análise mais precisa da situação financeira.

Portanto, acerta o d. Juiz *a quo* ao afastar a pretensão, pois efetivamente ficou ilidida a presunção de miserabilidade decorrente da declaração de pobreza.

Ademais, outro não é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça, que analisando situação análoga assim decidiu:

"*(...) o Juiz não é mero expectador na concessão dos benefícios da Justiça Gratuita e a regra do artigo 4º da Lei nº 1.060, de 05/02/50, deve ser interpretada apenas como norma genérica e passível de apreciação em situações excepcionais, como, aliás, fez o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 57.531, relator o Juiz Vicente Cernicchiaro, que prestigiou acórdão que, 'pela qualificação profissional da parte, determinou à parte que fizesse prova da necessidade'*" (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.021.668-0/0, Rel. Des. Kioitsi Chicuta).

Acesso ao Sumário

E ainda:

RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. FUNDADAS RAZÕES. LEI 1.060/50, ARTS. 4º E 5º.

PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I – Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da gratuidade, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei n.1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5º).(AgRg no REsp 314.177/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26.06.2001, DJ 20.08.2001 p. 479).

Como se vê, estando elidida a referida presunção, quer pela qualificação profissional da parte, quer pela ausência de demonstração cabal da incapacidade financeira para suportar as parcas custas e despesas processuais, sem prejuízo ao seu próprio sustento, outra solução não restava senão a de indeferimento da pretensão.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao agravo de instrumento**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2222564- 96.2016.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é agravante WILLIANS APARECIDO LOPES DA SILVA, é agravado TELEFONICA BRASIL S/A VIVO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26972)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente), ARANTES THEODORO e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - OBRIGAÇÃO DA RÉ DE DISPONIBILIZAR AO AUTOR VELOCIDADE DE *INTERNET* DE UM MEGA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA MEDIDA - RÉ QUE NÃO

Acesso ao Sumário

INFIRMA A ALEGAÇÃO DO AUTOR DE QUE A VELOCIDADE QUE LHE FOI DISPONIBILIZADA É BEM INFERIOR - IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA, QUE JÁ HAVIA SIDO DETERMINADA POR ESTA CÂMARA - DECISÃO ALTERADA. Agravo de instrumento provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento extraído de ação de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais, interposto contra a decisão de fls. 148, do seguinte teor:

"Fls. 296. Ante os termos da petição de fls. 262/264, dando conta do cumprimento da liminar, razão pela qual indefiro o pedido de cobrança da multa imposta. I-se. Após, conclusos para sentença."

Sustenta o agravante que todas as ordens de serviço apontam para a instalação da velocidade de 250 kbps ou até de 500 kbps, mas em nenhuma hipótese de um mega, conforme foi determinado na decisão de antecipação de tutela; que o acolhimento de agravo interposto pela agravada lhe causou prejuízo, pois continua sendo lesado; que a limitação da multa diária a R$ 2.000,00 não inibe o descumprimento por parte da agravada, mas, ao contrário, estimula o descumprimento.

Pela decisão de fls. 162, foi negado o efeito suspensivo pleiteado no recurso, que é tempestivo e não foi preparado, porque o agravante goza dos benefícios da justiça gratuita. Houve resposta (fls. 164/170).

É o relatório.

O agravante ajuizou ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais em face da agravada, objetivando que lhe fosse disponibilizada a velocidade de um mega de *internet*, tal como havia sido contratado.

Num primeiro momento, o magistrado de 1º grau indeferiu a antecipação de tutela (fls. 83) e, posteriormente, deferiu em parte a liminar para que a ré, em cinco dias, restabelecesse o serviço de *internet* indicado no ofício de fls. 103 (numeração dos autos principais), sob pena de multa diária de R$ 200,00, até o limite de R$ 10.000,00.

Contra essa decisão a ré agravou e este tribunal deu provimento em parte ao recurso, para que o prazo de cumprimento da determinação fosse alterado para dez dias e para que o valor da multa diária ficasse reduzido para R$ 100,00, com teto não superior a R$ 2.000,00.

Como se vê, não foi alterada a obrigação da ré de estabelecer a velocidade de um mega de *internet* ao autor.

Acesso ao Sumário

Assim, cabia a ela ter comprovado que, dentro do novo prazo estabelecido judicialmente, cumpriu a determinação judicial, o que não foi feito. Não há nenhum documento no processo que demonstre tal cumprimento.

Em sua contraminuta, a agravada nem sequer infirmou a alegação do agravante de que lhe foram disponibilizados apenas 250 e 500 kbps, o que também corrobora a pretensão recursal.

Dessa forma, considerando que a agravada não comprovou ter disponibilizado ao agravante a velocidade de um mega, é devido o pagamento da multa fixada em R$ 2.000,00, valor estabelecido por esta Câmara em anterior julgado.

As demais questões não dizem respeito à decisão agravada e sim ao acórdão que acolheu em parte o agravo interposto pela ré, não merecendo maiores considerações.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2193858-06.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante AWDREY SANTOS DE SOUSA, é agravado FUNDAÇÃO LUSÍADA.

ACORDAM, em 32ª 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 22633)**

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

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - GRATUIDADE DA JUSTIÇA - INDEFERIMENTO - Presunção relativa de veracidade - Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos - Elementos nos autos que evidenciam a falta dos pressupostos legais - Gratuidade negada, com oportunidade de recolhimento do preparo, sob pena de inscrição na dívida ativa.

Acesso ao Sumário

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - BLOQUEIO DE NUMERÁRIO EM CONTA CORRENTE E CONTA POUPANÇA - O atual entendimento do C. STJ é no sentido de que a impenhorabilidade da quantia de até 40 salários mínimos não abrange apenas aquela poupada em caderneta de poupança, mas também em conta corrente, em fundos de investimento ou guardada em papel-moeda - A existência de movimentação na conta poupança não retira a proteção legal conferida pelo inciso X do art. 833 do CPC - Verificando-se que a soma do valor bloqueado não ultrapassa o limite legal, de rigor o levantamento das constrições. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **AWDREY SANTOS DE SOUSA** contra respeitável decisão trasladada a fls. 17/18 que, nos autos da ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, movida pela **FUNDAÇÃO LUSÍADA**, negou à executada a concessão dos benefícios da justiça gratuita e indeferiu o desbloqueio tanto do valor existente em conta-poupança, como do valor existente em contra corrente.

Sustenta fazer jus ao benefício da gratuidade judiciária, juntada a declaração de pobreza com afirmação expressa do estado de hipossuficiência financeira, apenas à vista de sinais evidentes de situação contrária a presunção legal poderia ser afastada. Assim, sustenta não existir qualquer óbice legal ao deferimento do pedido.

Alega que foi efetivada a constrição da quantia de R$1.317,95, em conta corrente que utiliza para o recebimento de salários, vencimentos e da pensão de sua filha menor de idade. Afirma que os valores bloqueados são oriundos de verba salarial, recaindo sobre eles a impenhorabilidade prevista no art. 833 do CPC/2015, não incidindo, ainda, qualquer hipótese excepcional a autorizar a medida, visto que a dívida não possui caráter alimentar.

Da mesma forma, aduz a violação do postulado no artigo 833, X, do CPC, em razão da constrição efetivada em sua conta poupança, no valor de R$ 20.003,65, pois tal valor não supera o equivalente a 40 salários mínimos, sendo o montante, assim, absolutamente impenhorável, independentemente de qualquer movimentação nela realizada.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo/ativo e, ao final, pelo provimento recursal, para que sejam deferidos os benefícios da gratuidade de

Acesso ao Sumário

justiça, bem como sejam desbloqueadas os valores existentes em conta corrente e conta poupança de sua titularidade.

Foi deferido, em parte, o efeito suspensivo/ativo.

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta (fls. 177/181).

É o relatório, passo ao voto.

Não sendo obrigatória a requisição de informações, passe-se, de pronto, ao exame da controvérsia.

I -- A disposição do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal prevê a assistência judiciária integral àquele que comprovar insuficiência de recursos.

O benefício, em princípio, é destinado às pessoas naturais (físicas), pobres, na acepção jurídica do termo. Nesse diapasão, a gratuidade processual deve ser reservada às pessoas físicas, comprovadamente necessitadas, ou seja, àquelas que não podem prover as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família.

Cumpre consignar que o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) revogou parcialmente a Lei nº 1.060/1950, passando a dispor nos artigos 98 e seguintes acerca da gratuidade da justiça.

De acordo com o art. 99, §3º do novo diploma processual, presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, **podendo, todavia, ser indeferida a gratuidade se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais** (§2º do art. 99, CPC/2015).

Na hipótese dos autos, embora alegue diversos gastos e descontos que comprometem grande parte de sua remuneração mensal (fls. 139/154), é fato que a agravante possui remuneração na casa dos R$ 2.500,00, automóvel e caderneta de poupança em valor razoável, conforme os demonstrativos juntados aos autos (fls. 158/164).

Ausente, assim, prova inequívoca do estado de hipossuficiência, a parte agravante não faz jus aos benefícios da assistência judiciária, **ressalvada a possibilidade de concessão da gratuidade, a qualquer tempo, diante de prova da modificação da situação financeira da parte.**

Partindo da premissa supra, quanto à ausência de preparo do agravo de instrumento, indiscutível a incidência dos valores impostos, diante do imperativo do artigo 1.007 do Novo Código de Processo Civil, que traz para o momento da interposição do recurso a oportunidade de assim proceder a recorrente, incluindo-se o porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

Súmula 187 do Colendo Superior Tribunal de Justiça é assim ementada:

"É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância

Acesso ao Sumário

das despesas de remessa e retorno dos autos".

Ocorre, todavia, que na hipótese a questão recorrida é prejudicial à própria exigibilidade do preparo; não fazendo jus o agravante aos auspícios da gratuidade, corolário lógico a convicção de que impositivo era o preparo como forma de se permitir a admissibilidade recursal, não perpetrado no momento da interposição.

No particular, deverá providenciar a parte agravante, **em cinco dias**, o recolhimento do preparo do agravo de instrumento, sob pena de inscrição na dívida ativa.

II -- Melhor sorte assiste a agravante relativamente ao desbloqueio do saldo de sua conta corrente e conta poupança.

A constrição da conta corrente da agravante, no valor de R$ 1.317,95, se deu sob a fundamentação de que esta não comprovou que a quantia constrita constitui saldo de salário e pensão alimentícia de sua filha.

Já a manutenção do bloqueio da quantia de R$ 20.003,88, existente no Banco Santander, agência 0171, conta poupança nº 000010358039 (fls. 116), determinada pela decisão agravada, se fundamentou em grande movimentação da conta poupança nos três meses anteriores ao bloqueio, entendendo o D. Magistrado *a quo* pelo desvirtuamento de sua natureza de poupança típica única aplicação financeira protegida pelo artigo 833, X, do CPC.

A reforma da decisão se dá na esteira da interpretação extensiva conferida ao inciso X do artigo 833, do CPC, pela jurisprudência pacificada no âmbito da Segunda Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual , **é impenhorável o valor depositado em conta bancária, independente da modalidade adotada (conta poupança, conta corrente, fundos de investimentos, papel-moeda)**.

Assim, a falta de comprovação da natureza salarial do valor depositado em conta corrente e a existência de movimentação da conta poupança não lhes retiram a proteção legal, pois **a impenhorabilidade da quantia de até 40 salários mínimos**, prevista no inciso X do art. 649 do CPC/73, com correspondência no inciso X do art. 833 do CPC/2015, **não abrange apenas aquela poupada em caderneta de poupança, mas também em conta corrente**, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE SALÁRIO. ALCANCE. APLICAÇÃO FINANCEIRA. LIMITE DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR CORRESPONDENTE A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. A Segunda Seção pacificou o entendimento de que a remuneração protegida pela regra da impenhorabilidade é a última percebida - a do último mês vencido - e, mesmo assim, sem poder ultrapassar o teto constitucional referente à remuneração de Ministro

do Supremo Tribunal Federal. Após esse período, eventuais sobras perdem tal proteção.

2. É possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda.

3. Admite-se, para alcançar o patamar de quarenta salários mínimos, que o valor incida em mais de uma aplicação financeira, desde que respeitado tal limite.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos."[1]

Nesse sentido, já decidiu este **E. Tribunal de Justiça**:

"DESPESAS CONDOMINIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA. VALORES DEPOSITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, POR SE TRATAR DE VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 833, X, DO CPC. AGRAVO PROVIDO. Segundo a orientação jurisprudencial da 2ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, a norma do artigo 833, X, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de forma extensiva para se reconhecer que a impenhorabilidade no limite de até quarenta salários mínimos compreende "não apenas os valores depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda". Daí a impossibilidade de prevalecer a constrição. A penhora incidiu sobre valor depositado em conta bancária e alcançou montante inferior a esse limite; logo, inadmissível a sua persistência. Daí a impossibilidade de prevalecer a constrição."[2] (sem grifos no original)

Nessa linha também os seguintes Acórdãos: **Agravo de Instrumento nº 2150351-92.2016.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edgard Rosa, j. 01.09.2016; Agravo de Instrumento nº 2174990-77.2016.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 20.09.2016; Agravo de Instrumento nº 2155191-48.2016.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Lacerda, j. 11.10.2016**.

Portanto, verificando-se que a soma dos valores bloqueados não ultrapassa o limite de 40 salários mínimos, de rigor o imediato levantamento das constrições, tanto da conta corrente Banco Santander, agência 0171, conta corrente nº 01-035803-9, no valor de R$ 1.317,95 (fls. 115), como da conta

Acesso ao Sumário

1 EREsp nº 1.330.567/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2014, DJe 19.12.2014.

2 Agravo de Instrumento nº 2197770-11.2016.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antônio Rigolin, 18.10.2016.

poupança Banco Santander, agência 0171, conta poupança nº 000010358039, no valor de R$ 20.003,88 (fls. 116).

III -- Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, com observação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2222759-81.2016.8.26.0000, da Comarca de Paulo de Faria, em que é agravante USINA MOEMA AÇUCAR E ÁLCOOL LTDA., é agravada MARINA DINIZ JUNQUEIRA.

ACORDAM, em 25ª 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 21.153)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), AZUMA NISHI e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: PARCERIA AGRÍCOLA PARA CULTIVO DE CANA DE AÇÚCAR E COMPRA E VENDA DA QUOTA PARTE DA SAFRA PERTENCENTE AO PROPRIETÁRIO - AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELA PROPRIETÁRIA EM FACE DA PARCEIRA - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA CONCEDIDA PARA COMPELIR A RÉ AO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR O PREÇO PRÉ-FIXADO NO CONTRATO - POSSIBILIDADE - *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* CONFIGURADOS - ALTERAÇÃO UNILATERAL DO PREÇO PELA RÉ COM FUNDAMENTO NA REDUÇÃO DA ÁREA CULTIVÁVEL, QUE, EM UM JUÍZO PRELIMINAR E DE PROBABILIDADE, NÃO ENCONTRA AMPARO NO NEGÓCIO

Acesso ao Sumário

CELEBRADO - EVENTUAL REVISÃO DAS CLÁUSULAS ESTIPULADAS LIVREMENTE PELAS PARTES QUE DEPENDE DA PRODUÇÃO DE PROVAS EM JUÍZO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE - RISCOS NA DEMORA DO PROCESSO QUE DEVEM SER SUPORTADOS PELA RÉ - RAZOÁVEL QUE SE MANTENHAM AS PRESTAÇÕES TAL QUAL CONTRATADO ORIGINALMENTE - INEXISTÊNCIA DE PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA, POIS, DADO O TEMPO DE DURAÇÃO DO CONTRATO (COM ERMO FINAL PREVISTO PARA O ANO DE 2023), VERIFICADA A NECESSIDADE DE REDUÇÃO DAS PRESTAÇÕES, É POSSÍVEL QUE SE DÊ A COMPENSAÇÃO ENTRE O QUE FOI PAGO A MAIOR E O QUE SERIA DEVIDO À AGRAVADA - DECISÃO MANTIDA. - *Recurso desprovido*.

VOTO

Trata-se de tempestivo e preparado agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão copiada a fls. 221, declarada a fls. 230, que, nos autos da ação que MARINA DINIZ JUNQUEIRA move em face de USINA MOEMA AÇUCAR E ÁLCOOL LTDA., deferiu a tutela provisória de natureza antecipada, para determinar "*que a requerida proceda o depósito das diferenças entre os valores que pagou e aquele constante do contrato, no prazo de 10 dias, a contar do conhecimento desta decisão, sob pena de incidir em multa diária de R$ 1.000,00, até o valor de R$ 200.000,00*" e deixando claro, em resposta aos embargos de declaração opostos pela autora que, "*a partir da citação, os pagamentos deverão obedecer o valor contratado, até final julgamento desta ação, sob pena de incidir no ônus já estabelecido*".

Inconformada, recorre a ré. Sustenta, em síntese, que, por força dos contratos coligados de parceria agrícola e de compra e venda da quota parte da safra pertencente ao proprietário da gleba, o preço de venda da cana-de-açúcar produzida pela Usina "*é baseado na área cultivável fixada no Contrato de Parceria Agrícola e a redução da área cultivável por conta do aumento de área de Reserva Legal implica na redução da produção de cana e a consequente redução no valor pago à Agravada*". Aduz, ainda, que, tendo havido redução da área cultivável na gleba de terras cedida em parceria, deve haver redução proporcional no preço devido à autora, sob pena de enriquecimento sem causa (fls. 1/26).

Acesso ao Sumário

O recurso foi processado sem efeito suspensivo (fls. 242/244).

Houve resposta (fls. 246/260).

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por MARINA DINIZ JUNQUEIRA em face de USINA MOEMA AÇUCAR E ÁLCOOL LTDA., tendo por objeto compelir a ré ao cumprimento das prestações integrais a que se obrigou por ocasião da celebração dos contratos de parceria agrícola, para cultivo de cana de açúcar e compra e venda da quota-parte do parceiro proprietário.

A r. decisão agravada deferiu a tutela provisória de natureza antecipada para determinar à ré que deposite a diferença entre os valores efetivamente pagos e os previstos nos contratos, sob pena de multa cominatória diária, determinando, ainda, que "*a partir da citação, os pagamentos deverão obedecer o valor contratado, até final julgamento desta ação, sob pena de incidir no ônus já estabelecido*".

Malgrado o inconformismo da ré, a r. decisão agravada merece ser prestigiada.

De acordo com o CPC, a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada tem como requisitos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, do CPC), além da inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º, do CPC).

Diante disso, o magistrado precisa avaliar se há elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado na petição inicial e quais as chances de êxito do demandante. Ou seja, faz-se um juízo de probabilidade e não de certeza, razão pela qual a cognição é sumária. Devem estar presentes: (i) a *verossimilhança fática* - há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor, independentemente da produção de prova; e (ii) a *plausibilidade jurídica* - verificação de que é provável a subsunção dos fatos narrados à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

Além disso, como visto, deve se verificar a ausência do perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Trata-se de um requisito negativo. Essa irreversibilidade é basicamente uma irreversibilidade fática, que seria incompatível com um juízo de cognição sumária.

A respeito, Alexandre Freitas Câmara, discorre que, no regime do atual CPC:

"*Ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (periculum in mora). Este perigo pode ter por alvo a própria existência do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo*

Acesso ao Sumário

(hipótese na qual adequada será a tutela cautela. O periculum in mora, porém, embora essencial, não é requisito suficiente para a concessão de tutela de urgência. Esta, por se fundar em cognição sumária, exige também a probabilidade de existência do direito (conhecida como fumus boni iuris), como se pode verificar pelo texto do art. 300, segundo o qual '[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. Além dos dois requisitos já examinados (probabilidade de existência do direito e perigo de dano iminente), a tutela de urgência satisfativa exige mais um requisito para ser concedida. Trata-se de um requisito negativo: não se admite tutela de urgência satisfativa que seja capaz de produzir efeitos irreversíveis (art. 300, § 32). É que não se revela compatível com uma decisão baseada em cognição sumária (e que, por isso mesmo, é provisória) a produção de resultados definitivos, irreversíveis[1]"

No caso concreto, em um juízo preliminar, de delibação, vislumbra-se a verossimilhança fática das alegações da autora, além da plausibilidade jurídica das teses invocadas na petição inicial, eis que, como salientado por ocasião do indeferimento do efeito suspensivo a este recurso, os contratos coligados de parceria agrícola e de compra e venda de safra de cana-de-açúcar, aparentemente, não condicionam o preço de venda dos produtos à extensão da área cultivável da gleba cedida.

Em uma análise perfunctória, vê-se que o cálculo do valor das prestações devidas mensalmente foi pré-fixado com base no peso da cana-de-açúcar produzida, indicando que a redução da prestação promovida unilateralmente pela agravante, com fundamento no aumento da área de reserva legal e, consequente, na redução da área de plantio, carece de amparo nos negócios jurídicos celebrados.

À evidência, eventual revisão das cláusulas contratuais estipuladas livremente pelas partes depende de análise mais acurada das circunstâncias e ampla produção probatória, o que somente será possível em sede de cognição exauriente. Por isso, os riscos da demora no trâmite processual devem ser suportados pela agravante, sendo razoável que se mantenha, por ora, o pagamento das prestações tal qual previsto no contrato de compra e venda.

Também não há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, tendo em vista que, caso, ao final, fique comprovado que a agravante tem razão na sua pretensão de ver reduzidas as prestações devidas, dado o tempo de duração do contrato, cujos efeitos se protraem até 2023, poderá ser feita a correspondente compensação entre o que foi pago a maior e o que seria devido à agravada.

Por tais razões, presentes, no caso, os requisitos do art. 300 do CPC, a concessão da tutela provisória de natureza antecipada era mesmo de rigor.

Acesso ao Sumário

1 **O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2015, pp. 158/159.**

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2198993-96.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados ANA LUISA CASTRO CUNHA DERENUSSON, ANTONIO CAIO BARBOSA, ANTONIO CASTRO CUNHA DERENUSSON BARBOSA, FERNANDO CASTRO CUNHA DERENUSSON BARBOSA e VALETINA CASTRO CUNHA DERENUSSON BARBOSA.

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 31.701)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SERGIO GOMES (Presidente), JOSÉ TARCISO BERALDO E ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação ordinária de indenização por danos morais e materiais - Depósito judicial - Deferimento do levantamento de depósito judicial outrora realizado em favor dos filhos menores pelos genitores - Insurgência por parte do Ministério Público - Ausência de indícios nos autos de que essa verba teria destinação imprópria ou diversa dos interesses dos menores - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação ordinária de indenização por danos morais e materiais, deferiu expedição de alvará de levantamento do valor depositado para os menores em favor do seu representante legal.

Sustenta o ilustre representante do Ministério Público, em síntese, que, em ação de indenização, após sentença de parcial procedência, a requerida optou

por depositar voluntariamente o valor da condenação, sendo requerido pelos autores o levantamento integral. Afirma que se posicionou contrário à pretensão, uma vez que não havia sido alegada ou comprovada qualquer situação de necessidade que justificasse a utilização do patrimônio dos menores. Nos termos do art. 1.691, do Código Civil c.c. art. 1º, §1º, da Lei nº 6.858/80, o patrimônio pertencente a menores de idade só poderá ser movimentado ou utilizado pelos genitores em caso de comprovação de manifesta necessidade, com posterior prestação de contas. Desse modo, só poderia ser admitida a utilização desses valores em caso de absoluta incapacidade dos genitores de cumprir com sua obrigação. No caso dos autos, contudo, os autores não alegaram (e muito menos comprovaram) qualquer dificuldade financeira. Assim, incontroverso que os genitores têm plenas condições de efetuar o pagamento das mensalidades escolares dos filhos. Destarte, inexistente qualquer situação de necessidade que justificasse a utilização de seu patrimônio, incabível o levantamento do valor da indenização destinado aos coautores menores. Colaciona entendimento jurisprudencial pertinente e pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, com a reforma da r. decisão agravada.

O efeito suspensivo foi concedido (fls.214).

Resposta a fls. 217/230.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 233/235).

É O RELATÓRIO.

Cuida-se de ação ordinária de indenização de danos morais por cancelamento de voo, no qual houve o depósito voluntário por parte da requerida dos valores fixados na r. sentença que julgou parcialmente procedente a demanda (fls. 184/187). A fls. 188/190 consta o depósito judicial do valor de R$ 26.260,00.

Os autores, ora agravados, pleitearam, então, a expedição de guia de levantamento do valor integral (fls. 191). A ilustre representante do Ministério Público, contudo, manifestou-se contrária ao levantamento da quantia cabente aos menores impúberes (fls. 192/193 e fls. 198).

O juízo, na r. decisão vergastada (fls. 202), assim decidiu:

"*Respeito o entendimento do Ministério Público, que manifestou a sua preocupação com os incapazes, fato é que os genitores demonstraram gasto elevado com o pagamento de mensalidade de bom colégio para os filhos (fl. 341) e a preocupação com o bem estar deles, tanto é que os danos ocorrem quando decidiram levá-los para viagem decerto custosa ao exterior.*

Está demonstrado, portanto, que o dinheiro será empregado em favor dos filhos e para suprir necessidades deles de valores elevados, razão pela qual DEFIRO, desde que realizada a regularização acima determinada, o pedido de

Acesso ao Sumário

fls. 337/340, para determinar a expedição do alvará de levantamento do valor depositado para os menores em favor do seu representante legal."

Apesar dos fatos e fundamentos de direito expostos no presente recurso, a r. decisão vergastada merece ser prestigiada.

Com efeito, nos termos do disposto no art.1.691, *caput*, do CC/2002, não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Na hipótese em comento, entretanto, embora louvável a preocupação do Ministério Público com os interesses dos menores impúberes, a prova dos autos permite concluir que os genitores prezam pelo bem estar de seus filhos, tanto é que os danos sofridos e que deram origem ao ajuizamento da ação de indenização decorreram justamente em virtude de viagem que a família realizou ao exterior.

Além disso, não se justifica exigir prova por parte dos pais quanto a necessidade de utilização desses valores, com posterior prestação de contas, eis que ausentes indícios de que teriam destinação imprópria ou diversa dos interesse dos menores.

Ao contrário, denota-se que os ora agravados preocupam-se em fornecer uma educação de qualidade aos filhos (fls. 197), além de plano de saúde e atividades de lazer, como no caso da citada viagem ao exterior. De qualquer forma, não se trata de valor elevado, notadamente no caso concreto, em que os agravados, ao que consta, possuem um bom poder aquisitivo.

Neste sentido: *"Não se pode impor, sem motivo plausível, restrição a que a mãe disponha das verbas, deferidas em favor do menor, oriundas de ação de indenização pelo falecimento do pai. Os valores recebidos por menor de idade podem ser movimentados livremente por quem tem sobre ele o poder familiar." (STJ, 3ª T., REsp 254.101-RJ, rel. Min. Ari Pargendler, v.u., j.28.08.2001, DJU 29.10.2001)*.

Registre-se que a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo favoravelmente ao levantamento do montante pelos genitores, assim lançando em seu parecer:

"*Portanto, os recursos que deram origem à indenização obtida pelos menores provieram dos representantes legais, não existindo indicativos de qualquer proveito seu em detrimento do patrimônio dos filhos, ou o pretexto de se apropriarem da quantia de R$ 4.000,00, que coube a cada um deles.*

Portanto, a situação dos autos é diversa da maioria das que chegam habitualmente nesse Egrégio Tribunal, em que os pais buscam obter a livre movimentação de dinheiros de certo vulto, sem autorização judicial, ferindo o

texto legal (artigo 1.691, CC).

(...)

Na hipótese, o montante não é vultoso, de modo que nada justifica permaneça retido em conta judicial até a maioridade dos autores, quando o propósito inicial foi o de lhes assegurar um benefício, não sendo plausível que deixem de usufruir o resultado favorável obtido na ação, ou que só o façam quando vierem a completar 18 anos de idade."

Vide entendimento sufragado em casos similares por este Tribunal de Justiça, a saber:

"Apelação. Ação de reparação de danos. Prestação de serviços. Homologação de acordo entabulado entre as partes, que previa o depósito de importância destinada a menor em conta indicada por sua representante. Inexistência de elementos de que o exercício da administração dos bens do menor é contrário aos seus interesses. Sentença mantida. Recurso desprovido." (AC nº (1002137-07.2015.8.26.0100 - Relator: Pedro Kodama, Data do julgamento: 20/09/2016).

"AÇÃO INDENIZATÓRIA ENVOLVENDO MENOR-ACORDO - Determinação para depósito judicial do valor da menor que deverá aguardar a maioridade civil. Alegação de que a genitora pode levantar os valores da sua filha menor em decorrência do exercício do poder familiar. ADMISSIBILIDADE: Entendimento jurisprudencial de que diante da ausência de provas nos autos a justificar o cerceamento do poder familiar inerente aos pais responsáveis pela administração dos bens dos filhos menores, deve ser observado o disposto no art. 1.689 do Código Civil. Diante da casuística dos autos a r. sentença deve ser reformada neste ponto. RECURSO PROVIDO." (Apelação nº 0169158-30.2012.8.26.0100, rel. Israel Góes dos Anjos, j. 14/10/14).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de indenização - Depósito judicial - Deferimento do levantamento de depósito judicial outrora realizado em favor dos filhos menores pelos pais - Irresignação do Ministério Público - Casuística dos autos a revelar que o levantamento deferido está inserido nos atos de gestão ordinária dos pais em relação ao patrimônio dos filhos - Inteligência do art. 1.689, I e II, do CC/2002 - Quantias pagas em decorrência de acordo celebrado pelas partes, em ação em que se discutia a reparação de danos pela prática de overbooking - Custos com a viagem suportados pelos próprios pais - Caráter de recomposição do investimento - Patrimônio filial salvaguardado - Manutenção da r. decisão a quo. Recurso improvido." (Agravo de Instrumento nº 0124993-04.2012.8.26.0000, rel. Carlos Eduardo Pachi, j. 11/09/2012).

"(...) Ademais, seria inviável que o valor depositado ficasse mantido em juízo até a maioridade sem possibilidade de atender as necessidades do dia a dia do menor, de tal forma que o valor depositado deve ser levantado pela

Acesso ao Sumário

representante legal do autor, anotando-se que a ela caberá, se necessário, prestar contas dos gastos." (Agravo de Instrumento n° 0303322-72.2011.8.26.0000, rel. MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, j. 13.02.2012).

Destarte, não merece reparo a decisão guerreada, a qual fica mantida tal como lançada.

Por tais fundamentos, negam provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2237203-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FJP INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., são agravados TLTO MODA EIRELI e MARIA HELENA DOS REIS SILVEIRA.

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 26995)**

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

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE LOCAÇÃO - CITAÇÃO - CARTA RECEPCIONADA NO ENDEREÇO DA SEDE DA EMPRESA REQUERIDA - CITAÇÃO VÁLIDA - CARTA DE CITAÇÃO DA FIADORA PESSOA FÍSICA RECEBIDA NA PORTARIA DO SEU PRÉDIO RESIDENCIAL - VALIDADE DA CITAÇÃO - AGRAVO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de execução de título extrajudicial, determinou a expedição de novo mandado de citação em razão de os avisos de recebimento terem sido assinado por terceiros.

A agravante argumenta, em síntese, que os executados foram devidamente citados, não havendo necessidade de providenciar nova citação.

O recurso foi recebido no duplo efeito e encaminhado diretamente à mesa para julgamento.

É o relatório.

Assiste razão à recorrente.

A exequente figurou como locadora em contrato de locação de imóvel urbano e promove a presente execução em face da empresa locatária e da fiadora (pessoa física).

Os avisos de recebimento foram ambos assinados por pessoas estranhas à lide, o que deu ensejo à decisão da magistrada de primeiro grau de determinar a realização de nova citação.

Contudo, nos termos do artigo 248, §2º, do novo CPC, "*Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a* ***funcionário responsável pelo recebimento de correspondências***" (Destaquei).

Na hipótese vertente, a carta de citação foi encaminhada e recebida diretamente no endereço da empresa coexecutada, sendo perfeitamente legítima a presunção, ditada por máximas de experiência e pela observação do que ordinariamente acontece, de que a pessoa que recepciona o carteiro e subscreve o respectivo recibo, é o "responsável pela correspondência", até porque se assim não fosse, a carta não seria recepcionada.

Aliás, desde a inclusão do parágrafo único ao art. 223 do antigo Código de Processo Civil, feita pela Lei nº 8.710/93, vem sendo pacificamente aceita na doutrina e jurisprudência a validade de citação postal de pessoa jurídica mesmo quando não recebida por gerente administrativo ou mesmo por qualquer outro funcionário seu, como ocorre em portarias de prédios comerciais.

Portanto, comprovado ter sido a correspondência entregue e devidamente recebida no endereço onde a executada esta sediada, há que se reputar perfeitamente válida a citação.

Igualmente válida a citação da fiadora pela entrega da correspondência em seu endereço residencial.

Com efeito, nos termos do artigo 248, §4º, do novo CPC, "*os condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente*".

Na hipótese, a carta de citação foi entregue em condomínio residencial, sendo igualmente válida a presunção de que recebida pelo porteiro ou zelador do prédio, com o devido encaminhamento ao destinatário, aplicando-se o novo

Acesso ao Sumário

dispositivo legal.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao agravo de instrumento** para, reputando válida a citação, cassar a decisão que determinou a expedição de novos mandados de citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2241228-78.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é agravante MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, são agravados CONDOMÍNIO EDIFÍCIO TRAMANDAÍ e MARIA AMPARO CARUSO JUSTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.865)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), NESTOR DUARTE e SOARES LEVADA.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Ação de cobrança de despesas condominiais em fase de cumprimento de sentença. O crédito oriundo de despesas condominiais prefere a todos os demais, inclusive aos de natureza tributária, trabalhista e hipotecária. Entendimento consolidado desta E. Câmara. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de cobrança de despesas condominiais em fase de cumprimento de sentença, determinou que o crédito tributário deve ensejar penhora ou arresto no rosto dos autos, para que seja analisada, oportunamente, a preferência pleiteada pelo agravante (fls. 122).

Alega o agravante que não se submete a concurso de credores. Defende a desnecessidade da penhora no rosto dos autos para a garantia da preferência do crédito tributário. Sustenta que, de acordo com o art. 130 do CTN, o crédito tributário sub-roga-se no produto da arrematação, inexistindo previsão legal de penhora no rosto dos autos. Afirma que só a municipalidade possui a prerrogativa

conferida pelo art. 130 do CTN, recebendo os demais credores o saldo remanescente. Acrescenta que se observa a anterioridade da penhora apenas se não houver título legal à preferência, nos termos do art. 908, §2º, do CPC/2015. Assevera que não é facultado ao julgador modificar a ordem de preferência legal já definida por lei. Anota que a cobrança judicial de crédito tributário não se sujeita a concurso de credores. Argumenta que, por meio de um procedimento administrativo, no qual a ampla defesa e o contraditório são assegurados à parte interessada, constitui-se título executivo, sem a necessidade de ajuizamento de ação. Ressalta que é desarrazoada a decisão que condiciona o recebimento do tributo à penhora no rosto dos autos, sendo suficiente mero pedido de habilitação do crédito. Por isso, requer a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso e a reforma da r. decisão agravada.

Recebido o recurso no efeito devolutivo (fl. 136), foram apresentadas contrarrazões pelo condomínio (fls. 138/142).

É o relatório.

A despeito dos argumentos declinados pelo agravante, a decisão agravada deve ser confirmada.

Com efeito, os encargos condominiais são indiscutivelmente obrigações *propter rem*, isto é, obrigações que decorrem do direito de propriedade. A responsabilidade por tais dívidas é garantida direta e integralmente pelo próprio bem que as originou.

Considerando-se a natureza da obrigação e, sobretudo, a circunstância de que as despesas condominiais destinam-se à administração e conservação da coisa comum, o crédito do condomínio exequente prefere a todos os demais, inclusive aos de natureza tributária, trabalhista e hipotecária. Solução em sentido contrário acabaria por impor aos demais condôminos suportar o pagamento de despesas às quais não deram causa.

Dessa maneira, permanece o direito de preferência do condomínio sobre o valor que vier a ser auferido com a arrematação do bem, competindo ao credor fiscal o direito sobre a importância sobressalente ao crédito condominial.

A propósito, esta Col. Câmara assentou o entendimento de que "*o crédito oriundo de despesas condominiais tem preferência sobre os demais, inclusive sobre o tributário*" (Agravo de Instrumento nº 2230289-10.2014.8.26.0000, de minha relatoria, j. 23.02.2015).

Sobre o tema, confiram-se outros julgados desta Col. Câmara:

1. O crédito representado pelas despesas condominiais, "*propter rem*", prefere a todos os demais, fiscais, trabalhistas ou hipotecários. Súmula 478, STJ, no tocante ao crédito hipotecário. Possibilidade de ruína econômica do condomínio a se adotar entendimento diverso.

2. Não há sentido em que a dívida gerada por uma única unidade

Acesso ao Sumário

condominial seja suportada por todos os demais condôminos, pelo mero fato de o Fisco opor seu crédito. Interesse social prevalecente na satisfação do crédito condominial, que engloba salários dos funcionários e tributos diversos. Expedição de ofícios não apreciada em Primeira Instância. Agravo provido em parte. (Agravo de Instrumento nº 2030079-74.2013.8.26.0000, Rel. Des. SOARES LEVADA, j. 24.03.2014).

DESPESAS CONDOMINIAIS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRETENSÃO DE ADJUDICAÇÃO - DECISÃO INDICANDO QUE DEVE SER DEPOSITADA A QUANTIA ATUALIZADA REFERENTE AOS CRÉDITOS TRABALHISTAS, DECORRENTES DE PENHORA EFETUADA NA JUSTIÇA ESPECIALIZADA - INVIABILIDADE - ENTENDIMENTO DE QUE O CRÉDITO CONDOMINIAL, DADA A SUA NATUREZA *PROPTER REM*, PREFERE A TODOS OS DEMAIS CRÉDITOS, SEJAM TRABALHISTAS, FISCAIS OU HIPOTECÁRIOS - DECISÃO REFORMADA. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento nº 0024056-20.2011.8.26.0000, Rel. Des. CRISTINA ZUCCHI, j. 25.07.2011).

Oportuno registrar, por fim, que a satisfação do crédito fiscal condicionada à penhora no rosto dos autos é procedimento em consonância com o preceito do art. 908 do CPC/2015.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2238137-14.2015.8.26.0000, da Comarca de Ilha Solteira, em que é agravante SILVA AGUIAR SERVIÇOS TÉCNICOS DE ELETRECIDADE LTDA., é agravado SOLUZIONA 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27153)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 50 DO CC - EXISTÊNCIA, CONTUDO, DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE - INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em fase de cumprimento de sentença proferida em ação de cobrança, indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

A agravante alega que, pelas pesquisas de patrimônio efetuadas, "*constatou-se que a Executada não possui qualquer bem imóvel ou móvel no Brasil. Constatou-se ainda que a mesma não apresenta sua Declaração de Imposto de Renda desde 2012*", não havendo outro meio de se ver ressarcida de seu crédito, se não pela desconsideração da personalidade jurídica.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, sem contrarrazões.

É o relatório.

A limitação ao princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas se submete à verificação de situação indicativa de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou abuso patrimonial, conforme dispões o artigo 50 do Código Civil, sendo imprescindível que o credor demonstre a ocorrência de situações que caracterizem fraude, violação da lei, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, por parte da pessoa jurídica com o fim esquivar-se do cumprimento de obrigações, justificando, assim, a invasão do patrimônio pessoal dos sócios ou administradores.

A dificuldade na satisfação do crédito, ou mesmo a insuficiência ou ausência de patrimônio social não constituem critérios exclusivos e suficientes para, isoladamente, autorizar a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. Conforme já decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, "... *interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. O encerramento das atividades ou*

Acesso ao Sumário

dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil." (EREsp 1306553/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014).

É fato que, na hipótese dos autos, a credora não trouxe evidências seguras de ter a executada atuado fraudulentamente ou esvaziado seu patrimônio com o fim de esquivar-se da obrigação. Contudo, a somatória das circunstâncias elencadas (ausência de impugnação à execução, inexistência de bens penhoráveis, não apresentação de declaração de renda desde 2012), ainda que não sejam suficientes pra fundar uma decisão final de desconsideração da personalidade jurídica, autorizam a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada, nos termos dos artigos 133 e seguintes do CPC, devendo os sócios serem citados para o exercício do contraditório.

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso** para, havendo indícios relevantes, promover a convocação dos sócios para integrar o polo passivo da lide, instaurando-se, em consequência, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, observados as disposições dos artigos 134, § 1º, e seguintes do NCPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2008522-89.2017.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é agravante ANA SILVIA DUARTE RIBEIRO MARQUES, é agravado CONDOMÍNIO NOVA SÃO PAULO.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38094)**

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

São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DESPESAS CONDOMINIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE

SENTENÇA. MORTE DA EXECUTADA. NOTÍCIA APRESENTADA NOS AUTOS MUITO TEMPO DEPOIS DO FATO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA A IMPOSSIBILITAR A APRECIAÇÃO DA ASSERTIVA DE NULIDADE NA FASE COGNITIVA. CONTINUIDADE DA ATUAÇÃO DO MESMO ADVOGADO, QUE TAMBÉM É O HERDEIRO INVENTARIANTE, PRATICANDO TODOS OS ATOS PROCESSUAIS. FALTA DE PROVIMENTO ESPECÍFICO PARA A ADMISSÃO DA SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE A RECONHECER ANTE A ABSOLUTA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. DESNECESSIDADE DE CIENTIFICAÇÃO DE TODOS OS HERDEIROS, ANTE O COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO ESPÓLIO, O VERDADEIRO LEGITIMADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Durante o curso do processo houve o falecimento da ré, persistindo a atuação de seu advogado, que praticou atos em seu nome até o trânsito em julgado do acórdão. Tratando-se de hipótese de nulidade, o seu reconhecimento não pode mais ocorrer neste âmbito, ante a eficácia preclusiva da coisa julgada material. 2. Durante a fase de cumprimento de sentença foi, enfim, noticiado o falecimento pelo mesmo advogado que atuou desde o início, que é também herdeiro, e que nesse momento já exercia o cargo de inventariante. Em verdade, essa atuação já ocorreu em nome do espólio, diante da presença da capacidade postulatória, apenas não foi formalizada a admissão da sucessão processual. 3. Não encontra razão de ser o pleito de declaração de nulidade dos atos da fase de cumprimento de sentença, considerando que houve efetivamente atuação processual em nome do espólio e nenhum prejuízo se caracterizou. 4. Havendo espólio, a quem cabe atuar em juízo, não se faz necessária a cientificação dos herdeiros, que podem, na verdade, atuar como assistentes litisconsorciais.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

1. Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por ANA SÍLVIA DUARTE RIBEIRO com o objetivo de alcançar a reforma de decisão proferida em ação de cobrança proposta por CONDOMÍNIO NOVA SÃO PAULO, em fase de cumprimento de sentença.

Aduz a agravante que todos os atos processuais proferidos após o falecimento da ré devem ser anulados, pois o processo teve andamento irregular sem a presença do espólio. Além disso, deveria ter sido cientificada da pendência do processo.

Recurso tempestivo e bem processado, devidamente preparado.

É o relatório.

2. Proferida a sentença condenatória, a ré apresentou recurso de apelação, que foi julgado por esta Câmara em 18 de junho de 2013. Consta no *site* deste Tribunal a informação de que houve a interposição de recurso especial, cujo processamento foi negado, tendo ocorrido o trânsito em julgado.

Agora, sabe-se que a demandada faleceu em 7 de janeiro de 2012. Entretanto, esse fato somente foi noticiado nos autos em 30 de março de 2015 (fls. 55/56), quando já se iniciara a fase de cumprimento de sentença.

O patrono da demandada peticionou para informar o ocorrido, destacando-se a particularidade de que é justamente um dos filhos da falecida. Nessa petição houve o requerimento no sentido de ser dado conhecimento do processo à herdeira Ana Silvia Duarte Ribeiro Marques e ao condomínio autor. Também se requereu a alteração do polo passivo para ali passar a constar o Espólio de Conceição Duarte Ribeiro.

Verifica-se que o processo teve prosseguimento e as petições continuaram a ser apresentadas em nome de "*Conceição Duarte Ribeiro*", continuando a atuação do mesmo causídico.

Ana Silvia Duarte Ribeiro Marques ingressou nos autos para, na qualidade de herdeira filha, afirmar que não teve conhecimento da pendência do processo e requerer a declaração de nulidade de todos os atos processuais praticados a partir do falecimento da demandada.

O Juízo de primeiro grau determinou a retificação necessária para constar do polo passivo o espólio e deixou de acolher o pleito de nulidade, sendo esta razão do presente inconformismo.

A morte constitui um fato processual, cuja consequência é a imediata suspensão do processo a partir do exato momento de sua ocorrência (artigo 265, I, do CPC-1973; artigo 313, inciso I, do CPC-2015). Evidentemente, provoca também a extinção do mandato, de modo que não existe mais autorização legal

Acesso ao Sumário

para atuação do advogado nos autos.

A sucessão processual, que propicia o seguimento do processo, deve ser admitida por decisão judicial, naturalmente precedida do requerimento de habilitação formulado pelos sucessores do falecido ou pela parte contrária.

Durante o período de suspensão do processo não podem ser praticados atos processuais, de modo que aqueles eventualmente praticados são nulos.

Como houve o trânsito em julgado do acórdão que julgou a apelação, não existe possibilidade de realizar qualquer apreciação a respeito do pleito de reconhecimento de nulidade, verificada que está a eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC-1973, artigo 474).

Assim sendo, a análise a desenvolver só pode levar em conta a fase de cumprimento de sentença.

Para situar o problema deve-se formular o seguinte resumo dos fatos:

a) a morte ocorreu em 7 de janeiro de 2012;

b) em 18 de outubro de 2012, foi deferido o compromisso de inventariante ao herdeiro Lino Duarte Batista Ribeiro, que atuou desde o início como advogado da demandada falecida;

c) em 18 de junho de 2013 houve o julgamento da apelação, com efetiva atuação do mesmo advogado, que atuou em nome da demandada sem mencionar o falecimento;

d) em 30 de março de 2015 ocorreu a intervenção do inventariante para noticiar a morte e requerer providências;

e) seguiram-se atos praticados em nome da demandada, por meio do mesmo advogado e inventariante, inclusive apresentação de impugnação.

Estando em curso o inventário, cabe ao inventariante a representação do espólio. No caso, sendo ele advogado, a sua atuação direta atende, inclusive, ao requisito da capacidade postulatória.

Embora não adequada a forma, aspecto que se supera pela simples constatação do atendimento da finalidade, o que houve, em verdade, foi o comparecimento do espólio em Juízo, por meio de seu inventariante, que noticiou o ocorrido e requereu as providências necessárias. Embora não houvesse a emissão de um pronunciamento judicial específico para admitir a sucessão processual, em verdade, o que ocorreu foi o desenvolvimento do processo com a efetiva atuação do espólio por meio de seu inventariante.

Não houve prejuízo algum à defesa do espólio, que se viu perfeitamente representado em todos os atos do processo que se seguiram, não se deparando com verdadeira razão para cogitar de nulidade, por absoluta falta de interesse, considerando a incidência do princípio da instrumentalidade das formas.

Não havia necessidade de cientificação da outra herdeira, pois ela não tem

Acesso ao Sumário

a qualidade de sucessora processual, diante da existência do espólio. A ela cabe a possibilidade, tão só, de atuar como assistente litisconsorcial; e o seu recurso pode ser conhecido porque se trata de terceira juridicamente interessada.

Assim sendo, a única providência a adotar pelo Juízo é a regularização formal do processo, com a anotação de que o espólio se encontra presente na relação processual, representado por seu inventariante, e foi exatamente isso o que fez a decisão agravada.

Por oportuno, não é demais lembrar que na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, há claro reconhecimento de superação da nulidade processual por falta de comunicação do falecimento da parte, quando não evidenciada a má-fé. No caso, o princípio da boa-fé objetiva direciona exatamente no sentido da admissão da validade dos fatos praticados, como destacou a decisão agravada.

A esse respeito:

"*O entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça prevê que em observância ao princípio da instrumentalidade das formas os atos judiciais não devem ser anulados, salvo quando comprovado o prejuízo. A eventual falta de observância da regra prevista no art. 265, I, do CPC de 1973 (art. 313, I do NCPC) que determina a suspensão do processo com a morte de qualquer das partes, enseja apenas nulidade relativa, sendo válidos os atos praticados, desde que não haja prejuízo para os interessados. Na presente hipótese, não vislumbro a ocorrência de prejuízo às partes e muito menos o embargante demonstrou a existência de dano.*

Precedentes."[1]

"*Pelo princípio da instrumentalidade das formas, esta Corte vem reiteradamente afirmando que os atos judiciais não devem ser anulados senão comprovado prejuízo, pas de nullité sans grief. Como bem colocado pelo Ministro LUIZ FUX, o sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, de modo que somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada (REsp. 1.051.728/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 2.12.2009).*"[2]

Enfim, não comporta acolhimento o inconformismo, devendo prevalecer a solução adotada pelo Juízo de primeiro grau.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

1 - EDcl no AgRg no AREsp 860920/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07/06/2016.

2 - AgRg no AREsp 462047 / SP, 1ª T. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 04/05/2015.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2187702-02.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado AUTO PEÇAS RIALAN LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.370)**

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

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Agravo interno. Decisão monocrática do Relator que denegou pedido de efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto por credor no âmbito de processo de recuperação judicial, contra decisão que rejeitara impugnação de crédito voltada ao reconhecimento do caráter extraconcursal do crédito. Agravante que diz ser necessário sustar determinação do Juízo de devolução de valores que ele, banco, retivera junto à conta da devedora. Inexistência, entretanto, de determinação em tal sentido por parte do MM. Juiz da causa. Pedido de efeito suspensivo ocioso. Agravo interno desprovido.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interno interposto, nos termos do art. 1.021 do CPC/2015, contra a decisão do Relator que, no âmbito de agravo de instrumento interposto pelo credor Itaú Unibanco S/A, extraído de impugnação de crédito por ele oferecida em processo de recuperação judicial, denegou pedido de efeito suspensivo no sentido de afastar, com a rejeição da impugnação, determinação de devolução à recuperanda de valores retidos.

Acesso ao Sumário

Insurge-se o agravante, ressaltando a inexistência de pedido da devedora voltado à restituição dos valores retidos, de forma que teria ela reconhecido a regularidade e a validade da cessão fiduciária. Destaca, nesse sentido, ter a recuperanda pleiteado apenas a redução do valor do crédito sujeito ao processo recuperacional, pelo que deveria prevalecer o contratado entre as partes. Bate-se, em conclusão, pela reforma da decisão agravada, atribuindo-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento por ele interposto.

A agravada, regularmente intimada, manifestou-se em contrarrazões no prazo legal (fls. 6/13), com preliminar de não conhecimento do agravo interno, por entender irrecorrível a decisão relativa aos efeitos em que recebido o agravo de instrumento; não havendo retratação por parte deste Relator, foi o recurso remetido para julgamento virtual.

É o relatório.

Afasta-se, antes de mais nada, a preliminar de inadmissibilidade do agravo interno, suscitada em contrarrazões.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil ampliou significativamente a base de cabimento do agravo interno, agora passível de extração contra qualquer decisão monocrática proferida pelo Relator, como reza o art. 1.021, *caput*. Sem sentido, em tal linha, a distinção da agravada, a sugerir a irrecorribilidade de decisão acerca de tutela provisória recursal.

A preliminar suscitada pela agravada parece estar escorada no CPC/1973, que previa, em seu art. 527, III e parágrafo único, que as decisões relativas à atribuição de efeito suspensivo ou concessão de antecipação de tutela recursal ao agravo de instrumento somente seriam passíveis de reforma no momento do julgamento do recurso ou por reconsideração do próprio Relator.

Superado esse aspecto, não assiste razão ao agravante.

A decisão de processamento do agravo de instrumento originário está assim lançada no que aqui interessa:

> *"Denego todavia o pedido de efeito suspensivo requerido no tocante à restituição de valores à recuperanda, tendo em vista que o entendimento da r. decisão agravada, quanto a não estar aperfeiçoada a garantia fiduciária nas hipóteses em que os títulos cedidos fiduciariamente não estejam descriminados no instrumento levado a registro perante cartório extrajudicial (como ocorre no presente caso, conforme reconhecido pelo próprio agravante), encontra-se em consonância com o entendimento consolidado pelas C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. Tribunal;"*

E não há razão para modificá-la.

Na verdade, cabe observar que a manifestação do Relator foi inclusive além do necessário, visto que o pedido de efeito suspensivo mostrava-se, na

verdade, carente de qualquer utilidade, como agora se observa a um exame mais detido.

O fato é que a decisão de Primeiro Grau agravada, ao rejeitar impugnação de crédito do banco, pela qual se pretendia o reconhecimento da extraconcursalidade do crédito, dado por garantido fiduciariamente, chegou a se referir à hipótese de devolução de valores que o banco, convicto da não sujeição aos efeitos da recuperação, já retivera; mas nada determinou ainda, senão a apresentação pelo banco de documentos destinados a verificar a quantia que, provavelmente, terá de ser restituída.

Em suma, não há ainda decisão impondo concretamente qualquer depósito ou entrega direta de numerário à recuperanda. O agravo, é bem de ver, foi interposto contra a rejeição em si do incidente de impugnação, e quanto a ele não se discute estar presente o interesse recursal; a devolução todavia não é decorrência automática do julgamento e, insista-se, ainda não foi deliberada, pelo que desnecessário o requerimento de suspensão da eficácia da decisão agravada.

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

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001914-70.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MAGAZINE TORRA TORRA PÁTIO GUARULHOS LTDA., são apelados LUIZ HENRIQUE AGUIAR GOMES (JUSTIÇA GRATUITA) e ANA CAROLINA DE JESUS DA SILVA SOUZA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 2 de março de 2017.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Ação ajuizada por consumidores abordados por prepostos da ré. Alegação de agressões verbais e humilhação perante transeuntes e clientes da loja requerida. Sentença de procedência. Condenação da ré ao pagamento da quantia de R$ 15.000,00 para cada um dos autores a título de indenização por dano moral. Apelo da demandada. Provas coligidas nos autos, entretanto, indicativas de extravasamento da conduta dos prepostos da ré, o que ocasionou danos morais aos autores. Acolhimento parcial do recurso para reduzir o *quantum* indenizatório para R$ 8.000,00 para cada um dos autores. Valores que se afiguram mais compatíveis com o grau de reprovabilidade da conduta da apelante e a sua capacidade econômica, bem com a repercussão do dano na vida dos autores. Juros devidos a partir do evento lesivo, nos termos da Súmula 54 do STJ. Correção monetária devida a partir do acórdão. Súmula 362 do STJ. Verba honorária reduzida, outrossim, para 15% do valor da condenação. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

LUIS HENRIQUE AGUIAR GOMES e **ANA CAROLINA DE JESUS DA SILVA SOUZA** ingressaram com "ação de indenização por danos morais" contra **MAGAZINE TORRA TORRA PÁTIO GUARULHOS LTDA**., havendo sido julgada **procedente** (fls. 129/132). A ré foi condenada a suportar os ônus da sucumbência, restando a verba honorária arbitrada em 20% do valor da causa (R$ 31.520,00 - fls. 13).

Inconformada, a ré interpôs apelação, suscitando, preliminarmente, nulidade da sentença, eis que ela não é a empresa em cujo estabelecimento comercial ocorreram os fatos. No mérito, sustenta, em síntese, que não cometeu qualquer ato ilícito contra os autores. Pleiteia, eventualmente, a redução do 'quantum' indenizatório para o equivalente a 2,5 salários-mínimos para cada um dos apelados e da verba honorária (fls. 135/144).

Efetuado o preparo, o recurso foi processado e contrariado (fls. 152/159).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar de nulidade da sentença por

Acesso ao Sumário

cerceamento defensório, suscitada pela ré em suas razões recursais.

Tal prefacial funda-se na suposta confusão entre o estabelecimento comercial-réu e o estabelecimento comercial onde ocorreram os fatos narrados na peça vestibular.

Não se vislumbra qualquer nulidade, já que os autores ingressaram com a ação em face da empresa que figura nos cupons fiscais fornecida no estabelecimento comercial onde ocorreram os fatos (fls. 13). Assim, o nome da empresa é Magazine Torra Torra Pátio Guarulhos Ltda. e o CNPJ respectivo é 18.588.232/0001-78. Estes foram os dados apontados pelos autores em sua petição inicial.

Embora duas testemunhas arroladas pela ré afirmem que existem duas lojas Magazine Torra Torra na cidade de Guarulhos (fls. 102/103), também é certo que ambas são do mesmo grupo econômico, o que, portanto - ainda que os fatos narrados na inicial houvessem ocorrido em local físico diverso do estabelecimento comercial da ré - não afasta a sua responsabilidade por danos eventualmente ocasionados a consumidores.

Acrescente-se, ademais, que a ré somente trouxe tal questão à baila em suas razões recursais. Em sua contestação nada argumentou a respeito (fls. 41/47).

Bem por isso não se acolhe a prefacial suscitada pela ré em suas razões recursais.

No mérito, **o recurso é parcialmente provido**.

Consigne-se, à partida, que os autores, consoante a r. sentença, fundam seu pleito nos seguintes fatos:

> "*... compareceram ao estabelecimento da ré para trocar calçado adquirido no dia anterior; serem abordados em via pública, por prepostos da ré, e escoltados até a loja da requerida para averiguação; sofrerem agressões verbais e humilhação perante transeuntes da rua e clientes da loja requerida; lavrar BO do ocorrido (fls. 24). Requerem a condenação da ré no pagamento de R$ 31.520,00 ao autor e R$ 15.760,00 à autora, por danos morais...*" (**fls. 129**).

A r. sentença acolheu os pedidos dos autores para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 para cada um deles, além de atribuir à ré os ônus sucumbenciais, arbitrando a verba honorária em 20% do valor da causa.

A r. sentença bem analisou a questão da responsabilidade da ré pelos fatos narrados na petição. Tal fundamentação resta adotada pelo presente voto:

> "*(...) A defesa sustenta inexistir falha de seus prepostos, que agiram dentro dos limites, para proteção do patrimônio, frente às*

Acesso ao Sumário

atitudes suspeitas dos requerentes. A requerida não produziu qualquer prova que pudesse afastar as alegações iniciais. Deixou de apresentar as imagens do ocorrido, embora intimada; sua testemunha trabalha em outro estabelecimento e nada soube esclarecer sobre os fatos (fls. 102).

Por outro lado, as testemunhas dos autores confirmaram a maneira em que os consumidores foram abordados na porta do shopping; com acusação falsa de furto e tentativa de agressão. PAN presenciou a abordagem do casal na porta do mini Shopping Poliete (localizado no centro da cidade e próximo à loja requeria); disse que as pessoas comentavam que talvez fosse subtração (fls. 100). APAFR acompanhou os autores até a loja Torra Torra; disse que trataram com descaso; houve tentativa de agressão (fls. 101).

Possível apreciar o pedido de danos morais em decorrência do ato praticado por prepostos da requerida. O dano é provado pela mera existência do ato que lesou os direitos de personalidade, sendo desnecessária a apuração pormenorizada do montante do dano, mesmo porque o dano imaterial é somente estimado, sem ser possível precisar com exatidão...

(...) As agressões forma praticadas por prepostos da ré. Pelo conjunto de provas dos autos, conclui-se pela veracidade do ocorrido, dele emanando a corresponsabilidade da empregadora, conforme previsão do artigo 932, III, do Código Civil. A ofensiva relatada configura dano moral indenizável..." (**fls. 130**).

No entanto, como já adiantado, a r. sentença comporta reparo no concernente ao 'quantum' fixado a título de indenização por danos morais e relativamente ao valor da verba honorária.

O arbitramento do montante indenizatório deve ter por parâmetro, dentre outros aspectos, as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como os prejuízos morais sofridos pela vítima.

Nesse sentido, vale trazer à colação a lição de **Caio Mário da Silva Pereira**:

"*A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor e o sofrimento, a ser atribuída pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva*" (*in* Responsabilidade Civil, 2.ª ed., Rio, Forense, 1990, pág. 67).

Acesso ao Sumário

Doutrina, no mesmo sentido, **Carlos Alberto Bittar**:

"*... que a tendência manifestada pela jurisprudência pátria é da fixação de valor de desestímulo como o fato de inibição de novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa fazer concretizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade exemplo expressivo de reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, se tem mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.*" (*in* Reparação Civil por Danos Morais: a Fixação ao Valor da Indenização, JTA-CIV SP, vol. 147/09).

Em síntese, nas indenizações por fato ilícito o valor adequado da indenização será aquele capaz de reduzir, na medida do possível, o impacto suportado pelo ofendido em razão da conduta gravosa de outrem, objetivo este que não será alcançado se a indenização for fixada em valores módicos ou inexpressivos.

E diante de tais considerações, imperiosa se afigura a redução das indenizações fixadas para cada um dos autores de **R$ 15.000,00** para **R$ 8.000,00**, valor que se tem por compatível como o grau de reprovabilidade da conduta da apelada e a sua capacidade econômica, bem com a repercussão do dano na vida dos autores. Não se afigura mínimo, a ponto de não atender sua finalidade pedagógica em relação à atitude da ré e nem exagerado a ponto de propiciar um enriquecimento ilícito do apelante.

Ressalte-se que o valor ora fixado não destoa do que usualmente vem sendo arbitrado por esta 3ª Câmara de Direito Privado para casos assemelhados ao dos autos.

Em se tratando, no mais, de indenização por danos morais, a correção monetária deve incidir a partir da data do arbitramento, no caso, a data deste acórdão, consoante orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidada através da **Súmula 362**, utilizando-se como referência a tabela prática deste Tribunal.

Sobre o valor da condenação deverão incidir juros de 1% ao mês, desde o evento danoso, nos termos da **Súmula 54** do Colendo STJ.

Por fim, há se arbitrar a verba honorária em 15% do valor da condenação.

O r. Juízo de origem, ao apreciar a questão sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, arbitrou os honorários advocatícios em 20% do valor da causa. Porém, a norma aplicável (artigo 20, § 3º, do CPC/73) estipula que em hipóteses de condenação - como é o caso dos autos - a verba honorária deverá ser fixada entre o mínimo de 10% e o máximo de vinte por cento do valor da

Acesso ao Sumário

condenação.

Tal norma, aliás, foi repetida pelo artigo 85, § 2º, do CPC/2015.

Desta forma, neste ponto, o inconformismo da ré é acolhido para reduzir a verba honorária de 20% sobre o valor da causa para 15% do valor da condenação.

Concluindo, o apelo é provido em parte para reduzir: a) o valor das indenizações para cada um dos autores para **R$ 8.000,00**, corrigido, a teor da Súmula 362 do STJ, a partir deste julgamento, com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento lesivo, face às disposições da Súmula 54 do STJ; e b) o valor da verba honorária para 15% do valor da condenação.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1037643-78.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EVEN-SP 66/11 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e EVENMOB CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA., são apelados ROSELY CRISTINA MARQUES CRUZ e NATASHA PRYNGLER.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27519)**

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

São Paulo, 2 de março de 2017.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Compromisso de compra e venda - Ação indenizatória - Legalidade da cobrança de comissão de corretagem - Entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento repetitivo - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 196/199 que julgou parcialmente procedente o pedido para "condenar as corrés, solidariamente, a restituírem às autoras a quantia de R$ 21.340,00 (vinte e um mil e trezentos e quarenta reais), corrigidos pela tabela do TJSP desde o desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (relação contratual)".

2. Inconformadas, as rés apelam às fls. 208/233 alegando, preliminarmente, a ilegitimidade para figurar no polo passivo. No mérito, sustentam que a legalidade da cobrança da taxa de corretagem, especialmente em razão de o negócio ter sido concretizado. Sustenta, ainda, que era faculdade do promitente comprador dispor sobre a aquisição do serviço de assessoria técnico imobiliária, e que "é praxe do mercado imobiliário a cobrança de tais 'honorários', cobrados no intuito de garantir às partes contratantes segurança jurídica". Requereu, em decorrência, a reforma da r. sentença.

3. O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 236).

4. Contrarrazões às fls. 239/253.

FUNDAMENTOS.

5. De inicio, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

6. A relação havida entre as partes é regida pelas normas protetivas do direito do consumidor, de maneira que **todos** os agentes que contribuíram de alguma forma para a comercialização do produto fornecido pelas requeridas respondem solidariamente perante os compradores, destinatários finais dos produtos e serviços imobiliários oferecidos pela ré (art. 7, parágrafo único, e 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

7. A este respeito, confiram-se lições da doutrina:

> "Em relação ao aspecto da solidariedade, a legitimidade para a ação, ao lado do fornecedor, é ampliada a todos que participaram de alguma forma para a ocorrência da ofensa ao direito do consumidor, tanto de forma direta quanto de forma indireta, para que assim seja o consumidor integralmente ressarcido, fazendo com que entre os próprios fornecedores haja a vinculação na busca contínua da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo"[1].
>
> "Como se viu, quando dos comentários ao parágrafo único do art. 7º, o sistema de responsabilidade civil objetiva instituído no CDC impõe ampla solidariedade aos partícipes do ciclo de produção. Como a oferta e colocação de produtos e serviços no mercado pressupõe, em larga medida, a participação de mais de um fornecedor, a legislação

1 Figueiredo, Fábio Vieira. Et. al. Minicódigo de defesa do consumidor anotado - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

Acesso ao Sumário

consumerista estipulou que todos os que participarem, direta ou indiretamente, da produção, oferta, distribuição, venda, etc. do produto e do serviço respondem pelos danos causados ao consumidor."[2]

8. Portanto, não colhe a alegação das apelantes de que são partes ilegítimas para figurarem no polo passivo da ação, em relação aos serviços de corretagem prestados ao consumidor, colocados à disposição pela própria vendedora do imóvel, que contribuíram para a venda de seu produto.

9. No mérito, o recurso comporta provimento.

10. Observo, de início, que o imóvel foi adquirido em 30 de abril de 2013, sendo a ação proposta em 23 de abril de 2014, portanto, antes da ocorrência da prescrição trienal, estabelecida em sede de julgamento de recursos repetitivos (REsp n. 1.551.956/SP).

11. No tocante à legalidade da cobrança da comissão de corretagem, o c. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Resp 1.599.511/SP) fixou a seguinte tese: "*1.1 Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem*".

12. Analisando o resumo de escritura (fls. 60/63), tem-se que o valor total da venda foi de R$ 403.520,00, sendo estipulado que o valor de contrato seria de R$ 382.180,00, e a comissão de corretagem seria de R$ 21.340,00.

13. Observo, ainda, que não houve a cobrança de valores referentes à Taxa de Assessoria Técnico-Imobiliária (SATI).

14. Destarte, considerando a tese firmada pelo c. STJ, a r. sentença deverá ser reformada para que a ação seja julgada improcedente, em razão da legalidade da cobrança da comissão de corretagem. Ante a improcedência da ação, condeno as autoras, ora apeladas, ao pagamento de honorários sucumbenciais, que fixo em 10% do valor atualizado da causa.

15. Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao presente recurso, para julgar improcedente a ação, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1123917-45.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JEFERSON

2 Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 421.

PIETROBOM DOS REIS FERNANDES (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36640)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 3 de março de 2017.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: REGISTRO CIVIL - Retificação de assento de nascimento para inclusão de letra no prenome - Recurso contra sentença de improcedência - Cabimento - Adição de uma letra ao prenome inapta a causar prejuízo a terceiros, mormente por se tratar de pessoa com poucos anos de vida - Inexistência de modificação na fonética do vocábulo, cuja pronúncia se mantém a mesma - Alegação de que o menor já se acostumou a se identificar socialmente como tal - Respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação de retificação de nome, sem condenação nos ônus de sucumbência considerados ausentes na espécie.

Recorre o autor sustentando, em síntese, fazer jus a alteração pretendida.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se favoravelmente.

É o relatório.

Devidamente representado pela sua genitora, o autor (Jeferson Pietrobom dos Reis Fernandes) pretende adicionar uma letra "f" ao prenome constante do registro civil, passando de "Je**f**erson" para "Je**ff**erson".

O argumento é o de que a grafia original não espelha a atual vontade do menor, nem a de seus genitores, exarada quando do registro civil de nascimento.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, posicionou-se de modo favorável.

Pois bem.

Via de regra, o prenome, atribuído à pessoa por ocasião do lavramento

Acesso ao Sumário

de seu assento de nascimento, é imutável. Sua modificação só é permitida em hipóteses excepcionais, nos termos da Lei nº 6.015/73.

Mas o pedido, fundamentado em simples erro de grafia quando do registro civil e na vontade do menor, inobstante a inexistência de expressa previsão legal, não encontra óbice em ser analisado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias entende que "*a relevância do nome não mais se reduz, como outrora, a identificar alguém pelo fato de pertencer a uma família. Deixou de ter a função de indicar o tronco ancestral, a continuidade da família pela estirpe masculina, dentro de uma cadeia registral. É mais que um designativo da origem familiar. Significa a própria individualidade da pessoa, frente aos demais. Passou a ser reconhecido como um atributo da personalidade, suporte não só da identidade social, mas também da identidade subjetiva, sede do seu amor próprio. À luz dos valores constitucionais, a regra da imutabilidade do nome encontra limite no respeito à dignidade, garantindo o direito à real adequação individualizada da pessoa humana, suplantando a proibição de alteração.*" (*in* Manual de Direito das Famílias, RT, 4ª ed., 2007, p. 135/136).

"*Jefferson*" é o pseudônimo que o genitor do autor (de nome Jeferson da Silva Fernandes) utiliza no seu mister como escritor.

A alegação de que o menor, prestes a completar nove anos de idade à época deste ajuizamento, já se acostumara a identificar-se com o prenome de letra "f" dobrada em homenagem ao pseudônimo do pai, não foi rebatida pela sentença. E, *data venia* do entendimento em contrário, não se vislumbra qual o prejuízo que a terceiros acarretaria essa simples modificação do prenome do autor, tal como requerido, já que o menor assim se reconhece socialmente e, foneticamente, não há alteração na sua pronúncia.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso para julgar a ação procedente e determinar a retificação do prenome no assento do registro civil do autor, tal como requerido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002491-18.2014.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, é apelada LUCIANA CRISTINA SANGALLI.

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 em parte ao recurso da ré e desprovido o recurso adesivo. Por maioria de votos. Prosseguindo-se nos termos do art. 942 do CPC, foram convocados o 4º e 5º que acompanham o relator, declara voto o 2º Juiz Des Eduardo Sá Pinto Sandeville.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29581)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA E PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA. Atraso na entrega da obra. Taxa de evolução de obra. Legitimidade passiva reconhecida. Desnecessidade de intervenção da CEF ou de remessa dos autos à Justiça Federal. Autores não pretendem discutir a validade da cláusula, mas a responsabilidade pelo seu pagamento durante o atraso da entrega da obra. Comissão de corretagem. Incidência da prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, VI, do CC, conforme tese firmada em Recurso Repetitivo, no julgamento do Resp 1551956/SP, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em 24.08.2016. Atraso na entrega da obra. Inocorrência. Previsão de entrega com cláusula de 18 meses a contar da assinatura do contrato de financiamento do imóvel, mais cláusula de tolerância de 180 dias. Ausência de invalidade a ser reconhecida. Cláusulas redigidas de forma clara. Precedentes. Imóvel entregue no prazo. Inexistência do dever de indenizar. Taxa de evolução de obra. Demora na averbação do habite-se. Culpa da Construtora reconhecida. Restituição da verba mantida. REJEITADA A MATÉRIA PRELIMINAR, RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO E DESPROVIDO O RECURSO ADESIVO.

VOTO

Trata-se de recursos interpostos contra a r. sentença (fls. 228/237), que julgou parcialmente procedente o pedido da ação movida por **LUCIANA CRISTINA SANGALLI** contra **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S.A.**, para declarar a nulidade da cláusula que transfere o pagamento da comissão

Acesso ao Sumário

da corretagem e da taxa de pré-análise à adquirente, determinando a restituição dos valores pagos; e condenar a ré a devolução dos "juros de obra" (de agosto de 2011 até novembro de 2013), tudo com correção monetária e juros de mora.

A MRV sustenta, em preliminar, a necessidade da CEF integrar o polo passivo; a competência da justiça federal; a prescrição da comissão de corretagem e da taxa de pré-análise; e sua ilegitimidade passiva para a restituição das verbas. No mérito, acena com a legalidade das cobranças (fls. 239/272).

Em recurso adesivo, pretende o autor que se reconheça o atraso na entrega da obra, diante da invalidade do prazo de tolerância de 180 dias, aplicado de forma automática, e da nulidade da cláusula 5ª. Ao final, requer a concessão de lucros cessantes, danos morais e a condenação exclusiva da ré no pagamento das custas e honorários advocatícios (fls. 291/304).

Contrarrazões (fls. 272/290 e 310/321).

A seguir, o processo foi suspenso em razão de liminar concedida no Recurso Especial nº 1.551.956-SP (em 08.09.2015), retomando sua marcha processual após o julgamento do Recurso Repetitivo.

A autora peticionou requerendo o julgamento parcial do mérito (fl. 336), o que restou prejudicado em razão da decisão proferida no recurso especial, tendo o processo retomado sua marcha.

É o relatório.

Patente a legitimidade passiva da Construtora para responder aos termos da presente ação, inclusive em relação à restituição da comissão de corretagem, taxa de pré-análise e "taxa de evolução de obra", pois tendo figurado no contrato na qualidade de promitente vendedora, responde indiscutivelmente pela totalidade dos valores pagos pelo comprador em consequência do negócio celebrado.

Assim, a hipótese dos autos comporta aplicação da regra de solidariedade enunciada no artigo 7º, parágrafo único, e no artigo 25, §1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, pela qual, é solidária a responsabilidade dos fornecedores integrantes da cadeia de consumo.

Sobre o tema, leciona Rizatto Nunes que: "*Como se viu, quando dos comentários ao parágrafo único do art. 7º, o sistema de responsabilidade civil objetiva instituído no CDC impõe ampla solidariedade aos partícipes do ciclo de produção. Como a oferta e colocação de produtos e serviços no mercado pressupõe, em larga medida, a participação de mais de um fornecedor, a legislação consumerista estipulou que todos os que participarem, direta ou indiretamente, da produção, oferta, distribuição, venda, etc. do produto e do serviço respondem pelos danos causados ao consumidor.*" (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 421).

No mesmo sentido: Apelação nº 1092261-07.2013.8.26.0100, a 6ª

Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 30 de janeiro de 2015); e Apelação nº 1001112-53.2014.8.26.0565, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 28 de janeiro de 2015.

E não se alegue a necessidade de intervenção da CEF para integrar a lide ou que seria caso de remessa dos autos à Justiça Federal, pois a autora não questiona a legalidade da referida taxa, pretendendo apenas o ressarcimento do que foi pago a maior ao agente financeiro em razão do atraso na entrega da unidade. O pleito parte da afirmação da prática de um ilícito contratual, que não envolve a Caixa Econômica Federal.

Por outro lado, no tocante à comissão de corretagem, consta que o contrato foi firmado entre as partes em 2009, ocasião em que também foi exigida da compradora a comissão de corretagem, sendo que a presente ação somente foi proposta em 2014.

Ora, a discussão acerca da cobrança de valores indevidos por parte do fornecedor se insere no âmbito de aplicação do art. 206, §3º, IV, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Havendo regra específica, não há que se falar na aplicação do prazo geral decenal previsto do art. 205 do CDC.

Observa-se, ainda, que a incidência da regra de prescrição prevista no art. 27 do CDC tem como requisito essencial a formulação de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, o que não ocorreu na espécie.

Desta forma, de rigor, reconhecimento da prescrição.

Observo, ainda, que apesar do financiamento ter se dado a luz do "Programa Minha Casa Minha Vida", ser desnecessária aqui a suspensão do processo em razão da afetação do REsp 1601149/RS - tema 0960, porque o E. Superior Tribunal de Justiça já definiu que a comissão de corretagem está sujeita à prescrição trienal no julgamento do Recurso Repetitivo, Resp 1551956/SP, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em 24.08.2016, o que, obviamente, prejudica as demais teses levantadas:

> "*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO TRIENAL DA PRETENSÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 1. TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1.* ***Incidência da prescrição trienal sobre***

Acesso ao Sumário

a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico- imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC)*. 1.2. Aplicação do precedente da Segunda Seção no julgamento do Recurso Especial n. 1.360.969/ RS, concluído na sessão de 10/08/2016, versando acerca de situação análoga.*" (grifo nosso).

Idêntico raciocínio vale para a taxa de pré-análise, há muito igualmente prescrita.

Desta forma, nada mais é devido em relação a tais verbas.

Superada tal questão, a autora pretende, ainda, de indenização, em razão de atraso na entrega da obra.

Analisando-se o contrato firmado entre as partes, nota-se que o mesmo foi assinado em 05.10.2009, com promessa de entrega das chaves para dezembro de 2010.

Todavia, o contrato firmado entre as partes na cláusula 5ª, previa que referida data era meramente estimativa e que o comprador declarava estar ciente de que a mesma poderia variar de acordo com a data de assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal, prevalecendo como data da entrega de chaves, para quaisquer fins de direito, 18 (dezoito) meses após a assinatura do referido contrato junto ao agente financeiro.

Além disso, estabeleceu-se cláusula de tolerância de 180 dias, cuja validade vem sendo devidamente reconhecida, até porque era de conhecimento dos adquirentes no momento da elaboração do contrato. De mais a mais, as obras dependem de fatores nem sempre controláveis por parte da Construtora, como o atraso na entrega de materiais, problemas com mão de obra, intempéries, etc., que justificam o prazo extra.

No mesmo sentido a Súmula º 164 deste Egrégio Tribunal: "*É válido o prazo de tolerância não superior ao cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido o compromisso de veda e compra, desce que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.*"

No caso, o contrato de financiamento foi assinado pelos autores com a Caixa Econômica Federal em 22.01.2010 (fl. 144).

Considerando-se os 18 meses, mais a dilação de 180 dias, não houve atraso na entrega da obra, pois as chaves foram concedidas aos adquirentes, como a própria petição inicial admite, em agosto de 2011.

Por conseguinte, não é devida nenhuma compensação.

E não se alegue que a cláusula 5ª é abusiva, pois redigida de forma clara, sem abusos, mesmo a luz do CDC. Em caso análogo também assim se decidiu:

"*ILEGITIMIDADE DE PARTE. PASSIVA. INOCORRÊNCIA.*

APELANTE QUE OSTENTA LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO, AINDA QUE DESTINADO O VALOR DESEMBOLSADO A TERCEIROS. PROMITENTE COMPRADORA QUE FIRMOU CONTRATO COM A PROMITENTE VENDEDORA, QUE INDISCUTIVELMENTE RESPONDE POR TODO O NEGÓCIO. PRELIMINAR REJEITADA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NA PLANTA. PLEITO INDENIZATÓRIO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. INADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO À DEVOLUÇÃO DE VALOR A TÍTULO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. INADMISSIBILIDADE. COMISSÃO DEVIDA. VALOR DIRECIONADO PELA ADQUIRENTE A QUEM INTERMEDIOU A NEGOCIAÇÃO. RESULTADO ÚTIL ATINGIDO. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO QUE NÃO SE JUSTIFICA. PRETENSÃO AFASTADA. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DO BEM, NOS TERMOS DO CONTRATO. HIPÓTESE EM QUE NÃO ABUSIVA A FIXAÇÃO DO PRAZO EM 20 MESES APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE CULPA DA RÉ. PREJUÍZO MATERIAL NÃO VERIFICADO. PAGAMENTO DE COTAS CONDOMINIAIS. RESPONSABILIDADE CARREADA À ADQUIRENTE, EM CONTRATO, A PARTIR DA EXPEDIÇÃO DO HABITE-SE. CABIMENTO. DANO MORAL AFASTADO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL PELA RÉ QUE SEQUER SE CONCRETIZOU, E QUE AINDA ASSIM NÃO TRADUZIRIA ABALO MORAL. AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO." (Apel. nº 1005548-50.2014.8.26.0114, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. em 01.06.2015).

Ocorre que após a entrega das chaves, a Construtora demorou para averbar o *habite-se*, de modo que os "juros no pé" ou "taxa de evolução de obra" continuaram a ser pagos pela compradora.

Nessas circunstâncias, inegavelmente a MRV deve ser responsabilizada pelo ocorrido, restituindo os valores indevidamente pagos, conforme entendimento desta Colenda Câmara:

"*O fato é que, o atraso na averbação do 'habite-se' conduz o Agente Financiador,* in casu*, a Caixa Econômica Federal, a considerar a obra inacabada, e, por conseguinte, a emitir cobranças pelos encargos correspondentes à 'fase de obra'. Disso resulta que os autores permanecem sujeitos a cobrança destes encargos (juros da obra), sem que tais valores sejam utilizados para amortizar o saldo devedor. Tal quadro, com certeza, indica o risco de dano irreparável ou difícil reparação se não forem antecipados os efeitos da tutela, para que a agravante se responsabilize, junto à instituição financeira, pelo pagamento dos valores*

Acesso ao Sumário

relativos aos juros de construção." (Agravo de Instrumento nº 2044942-98.2014.8.26.0000 Jundiaí, rel. des. Percival Nogueira, j. 05.02.2015).

"COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Juros de obra - Ressarcimento necessário após a data prevista para entrega das chaves - Inércia das construtoras." (Apelação nº 0016500-56.2013.8.26.0562, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. des. José Roberto Furquim Cabella, j. 11 de agosto de 2016).

No mais, tendo a ré sucumbido em parte mínima do pedido, deverá a autora suportar 2/3 das verbas de sucumbência e honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015.

Ante o exposto, rejeitada a matéria preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo da ré e nega-se provimento ao recurso adesivo da autora.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 23.512)

Ação declaratória c.c. indenizatória julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 228/237, de relatório adotado, para declarar a nulidade da imposição da comissão de corretagem e da taxa de pré-análise, determinar a restituição de seus valores, R$ 2.996,00 e R$ 550,00, respectivamente, bem como condenar a ré a indenizar os valores correspondentes ao juros de obra pagos indevidamente entre agosto de 2011 e novembro de 2013.

Recorre a requerida, forte na alegação de ilegitimidade passiva e legitimidade passiva da Caixa Econômica, bem como de prescrição quanto às verbas de intermediação. No mérito, sustenta regulares todas as cobranças.

Recorre adesivamente a autora, argumentando pela abusividade da cláusula 5ª do quadro resumo e do prazo de tolerância de 180 dias; pelo pagamento de lucros cessantes na quantia mensal de R$ 850,00; pela existência de danos morais indenizáveis; e pela sucumbência da requerida.

Recursos preparados (fls. 273/274 e 305/306) e respondidos (fls. 272/290 e 310/321).

É o relatório.

Entendeu o D. Relator pela legitimidade da requerida quanto às despesas objeto da lide, descabida a intervenção da CEF; pela prescrição da pretensão relativa à comissão de corretagem e à taxa de pré-análise; pela validade do prazo alternativo de entrega da unidade, inexistente atraso, considerado o prazo de tolerância de 180 dias; e pelo ressarcimento dos *juros de obra* conforme determinado em primeiro grau.

Respeitado seu entendimento, que acompanho quanto à legitimidade da

Acesso ao Sumário

requerida, desnecessidade de intervenção da CEF, prescrição trienal e *juros de obra*, ouso divergir em relação ao prazo de entrega alternativo previsto na cláusula 5ª do quadro resumo, que fixa a data de entrega do imóvel no prazo de 18 meses após a assinatura do financiamento bancário (fls. 26).

Isso porque não foi pactuada data para obtenção do financiamento. E a duplicidade de prazos, além de tornar incerto o prazo de conclusão, se revela excessivamente onerosa ao consumidor.

Dessa forma, não havia prazo determinado para conclusão das obras, o que é vedado, nos termos do artigo 39, XII, do CDC.

Em hipótese análoga já se decidiu:

"*Da forma como elaborado o contrato havido entre as partes, dificultada resultou a sua boa compreensão. Isto se afirma, pois enquanto a cláusula 7 do quadro resumo aponta expressamente ser o prazo para a entrega física das unidades autônomas 30 de outubro de 2011 ou em até vinte e um meses da data da assinatura pelo promissário do instrumento de financiamento com a CEF, o que ocorrer primeiro (fls. 14); no contrato de promessa de compra e venda, em seu item XII-1 (fls. 32), reportando-se ao já apontado quadro resumo e cláusula 7, dispõe que haverá prazo de tolerância de 180 dias em favor da promitente, elencando diversas outras causas que poderiam, inclusive, justificar atraso mais expressivo, causas estas tidas como de força maior. Assim, combinadas as disposições em questão, ter-se-ia três opções para a entrega do imóvel aludido na inicial, quais sejam: a) entrega em 30 de outubro de 2011, com acréscimo máximo de 180 dias; b) entrega em 21 meses após a assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa, mais 180 dias e c) qualquer das duas hipóteses, mais o quanto de prazo fosse necessário para superar causas que estivessem a atrasar a entrega das obras e que se classificassem como de força maior. Pois bem. O simples fato de haver opção a favor da recorrente para determinar-se o prazo final de entrega da obra compromete em grande parte as cláusulas analisadas, e isto porque a mesma opção não é dada ao recorrido, violando-se, aqui, o quanto disposto no art. 51, inc. XIII e XV, do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, a mesma lei consumerista orienta que os contratos de consumo devem ser redigidos de modo a facilitar sua imediata e fácil compreensão pelo consumidor, e, estando envolvida, no caso, como sustenta veementemente a apelante, opção que deixa obscura a efetiva data que deveria ser entregue a obra objeto do contrato, igualmente violadas foram as disposições constantes do art. 46, e do § 4º, do art. 54, daquele Diploma legal antes mencionado. Em cláusulas fundamentais, como as abordadas neste recurso, uma vez que tratam justamente da data limite de entrega de imóvel principal objeto do contrato celebrado entre as partes, jamais se poderia adotar*

Acesso ao Sumário

a esquemática neste instrumento verificada, e o seu emprego leva ao reconhecimento de que cláusulas assim constituídas são abusivas e, desta forma, são nulas. Determinada esta consequência, prejudicada fica a argumentação trazida pela recorrente em seu apelo para querer modificar o quanto posto na sentença, no sentido de que a entrega do imóvel estava prevista originalmente para outubro de 2011, mas com tolerância de 180 dias, tal prazo prorrogou-se para abril de 2012, tido este como o marco fatal para aludida entrega." (Ap. 0087640-34.2012 - Rel. JOÃO BATISTA VILHENA - 10ª Câmara de Direito Privado - j. 18/03/2014).

Dito isso, observo que não é abusivo o prazo de tolerância de 180 dias para a entrega do imóvel.

Tal previsão observa o próprio objeto do contrato, que é a construção de empreendimento imobiliário, dependendo de fornecedores e dos próprios obreiros, fatores que podem influir, de forma limitada, nos prazos previamente estabelecidos pelo construtor.

Por tratar-se de grande obra, a ocorrência de atrasos no curso da edificação é fator admitido, embora não desejado.

Assim, a extensão do prazo para finalização, mesmo que imotivada, mostra-se razoável, além de se tratar de cláusula recorrente nos contratos de compromisso de compra e venda, já incorporada nos usos e costumes neste tipo de negócio.

Sobre o tema, há entendimento sumulado deste E. Tribunal:

"Súmula 164 - É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível."

No entanto, embora se admita lícita a tolerância, qualquer atraso que ultrapassá-la deve ser devidamente justificado, pena de resultar em prejuízos presumidos ao consumidor.

No caso dos autos, não há razão plausível que justifique a demora na entrega do imóvel para além de junho de 2011.

Inadimplente a construtora, inafastável a indenização por lucros cessantes, independente da demonstração do uso do bem para locação ou moradia, pois o prejuízo decorre da privação do gozo de seus direitos.

Esse também o entendimento sumulado deste Tribunal de Justiça:

"Súmula 162: Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio."

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, a autora pleiteia, a esse título, indenização mensal no montante de R$ 850,00 durante o período de atraso.

Tal quantia, contudo, é superior ao parâmetro praticado pelo mercado e usualmente adotado em hipóteses análogas por esta C. Câmara, equivalente a 0,5% do valor atualizado do contrato.

Nesse sentido:

"*Compromisso de compra e venda. Imóvel. Pretendida indenização por danos materiais. Atraso na entrega das obras por culpa da demandada bem caracterizado. Argumentos trazidos pela demandada que não se prestam a justificar a demora. Necessidade de indenização do dano material correspondente ao valor locatício mensal pelo período de atraso, a considerar a cláusula de tolerância de 180 dias, válida e que não traduz abusividade. Valor mensal de referência que deve ser mesmo o parâmetro usual de 0,5% sobre o valor de mercado do imóvel. Quantia, no caso, que deve incidir desde a data em que findo o prazo de tolerância estipulado no contrato até a efetiva entrega do bem. [...] Recursos parcialmente providos.*" (Apelação nº 4030696-46.2013.8.26.0114 - Rel. Vito Guglielmi 6ª Câmara de Direito Privado - j. 05/11/2014).

Dessa forma, fixo a indenização pelos danos materiais para 0,5% mensal do valor atualizado do contrato pelo período de atraso, com atualização a partir de cada mês de atraso e juros de mora desde a citação.

Dito isso, o descumprimento contratual pode, em determinadas circunstâncias gerar dano moral. Mas esse dano não é consequência natural e irresistível de todo inadimplemento.

Segundo o professor Carlos Alberto Bittar, danos morais "*são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem; são aqueles que atingem a moralidade e a efetividade da pessoa, causando- lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas*" (*Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo, RT, 1994, 2ª edição, pág. 26).

Embora a entrega do imóvel com atraso configure inegável desconforto, não apresenta o autor elementos que apontem dissabor além daqueles inerentes à vida em sociedade, salientando-se que a compra de imóvel configura negócio jurídico de valor e complexidade consideráveis, que implica percalços e maiores cuidados.

Nesse quadro, não se evidencia abalo psíquico ou social, ofensa a direito da personalidade, que autorizem o deferimento de indenização.

Parcialmente procedente a lide, a sucumbência é recíproca. Devem as partes dividir custas e despesas processuais, compensando-se os honorários, conforme a sistemática do CPC/1973 vigente quando da publicação da r.

Acesso ao Sumário

sentença.

Diante do exposto, meu voto daria provimento ao recurso da ré e parcial provimento ao recurso da autora.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020549-89.2014.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante R.A.T., é apelado D.A.V. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Declara voto o 3º Juiz. Ampliação da turma julgadora, nos termos do art. 942 do NCPC.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16/31316)**

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

São Paulo, 17 de fevereiro de 2017.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Ação de Investigação de Paternidade c.c. Alimentos - Sentença de parcial procedência - Insurgência quanto ao valor dos alimentos - Verba fundada na relação de parentesco - Necessidade presumida - Inteligência do art. 1.694 do CC - Atenção ao binômio necessidade/possibilidade - Impossibilidade não comprovada - Alimentos devidos desde a citação por força da Súmula 277 do STJ - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente Ação de Investigação de Paternidade c.c. Alimentos reconhecendo a filiação de D.A.V. em relação a R.A.T. e arbitrando alimentos em 30% dos rendimentos líquidos do alimentante, ou o equivalente a 25% do salário mínimo em caso de ausência de vínculo empregatício, devidos desde a citação.

Apela o vencido pugnando pela nulidade do julgado, porque atuou a Defensoria Pública na ação defendendo ambos os litigantes. No mérito, requer a reforma da decisão para que os alimentos sejam reduzidos para 20% de seus rendimentos líquidos, devidos apenas a partir da prolação da sentença, aduzindo que constituiu nova família possuindo gastos para a própria manutenção e da mãe idosa que reside em sua companhia, o que o impede de arcar com a obrigação como arbitrada.

O recurso foi recebido e respondido.

Parecer da D. Procuradoria opinando pelo desprovimento do apelo.

É o Relatório.

Inicialmente, consigno que não há irregularidade no feito a ensejar a nulidade da decisão, porque as partes foram representadas por patronos diversos, nomeados em diferentes comarcas, inexistente qualquer prejuízo aos litigantes, vez que respeitados o contraditório e a ampla defesa.

No mérito, não há insurgência recursal com relação ao reconhecimento da paternidade.

Apesar de inicialmente negar a possibilidade de ser o genitor do menor, a perícia realizada pelo IMESC apontou a probabilidade da paternidade do Apelante em 99,99999999% (fls. 73/82).

A insurgência do recorrente refere-se ao *quantum* fixado a título de pensão alimentícia. Aduz que demonstrou nos autos a constituição de nova família, encontrando-se a companheira desempregada, o que o onera em demasia. Ademais, afirma que auxilia financeiramente a genitora idosa que com ele reside, tornando impossível o pagamento dos alimentos como fixados sem prejuízo do próprio sustento.

Observo que são inconsistentes os argumentos trazidos pelo Apelante, não havendo motivos para alterar a sentença no tocante ao arbitramento dos alimentos, corretamente fixados.

Consoante disposição do art.1.694, *caput* e § 1º, do Código Civil:

"*Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."

Neste contexto, para a fixação dos alimentos, é primordial a análise do binômio necessidade/possibilidade, ou seja, se o valor pleiteado pelo alimentado, considerando-se suas reais necessidades, atual faixa etária e ambiente social, é condizente com a capacidade financeira do alimentante.

Yussef Said Cahali esclarece em *Dos Alimentos*, *RT, 5ª Ed., p.518* que:

Acesso ao Sumário

"... Os alimentos devem ser fixados de forma tal que as necessidades do filho sejam atendidas e ele possa desfrutar de um padrão de vida compatível com o do genitor, sujeitando-se sempre ao princípio da razoabilidade, visto que o filho não é sócio do pai, mas seu dependente...".

O Apelante, não obstante as dificuldades apontadas, exerce atividade laborativa remunerada, não possui outros filhos e aufere renda mensal que comporta o pagamento da pensão alimentícia conforme arbitrada na origem.

Apesar de afirmar que não possui condições de arcar com a obrigação, porque constituiu nova família, porque é responsável economicamente pela companheira que está desempregada e/ou porque contribui para a manutenção da genitora idosa observa-se que são pessoas maiores de idade, não demonstrado neste feito que não podem prover à própria sobrevivência.

A genitora do Apelado, por sua vez, também deve contribuir para o sustento do filho comum, haja vista os gastos necessários à mantença do menor, por certo insuficiente apenas a contribuição financeira paterna para tanto.

Analisando o conjunto probatório, verifica-se razoável o *quantum* fixado, mantido o valor da pensão em 30% dos rendimentos líquidos do alimentante nos termos da decisão ora atacada.

Insurge-se, também, o recorrente no tocante ao marco inicial da incidência da verba alimentar, que pretende seja devida somente a contar da prolação da sentença.

Contudo, não há motivos para modificar o julgado, posto que os alimentos são devidos desde a citação, na forma do que dispõe a Súmula 277 do STJ, assim redigida:

"Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação".

Destarte, foi bem decidida a demanda, não comportando as alterações pleiteadas.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Ementa: Alimentos - Pensão fixada em 30% dos rendimentos líquidos do alimentante - Cabimento de redução para 20%, conforme sugerido pelo alimentante, por se tratar de um único filho, cabendo à genitora também fazer a sua parte - Recurso provido.

Voto nº 14/16397

1. Sem embargo do inconfundível conhecimento jurídico do eminente relator, ouso, desta vez, dele discordar.

A apelação seria improvida, mantida a pensão em 30% dos rendimentos líquidos do alimentante, nos seguintes termos:

> ***Ementa - Ação de Investigação de Paternidade cc. Alimentos - Sentença de parcial procedência - Insurgência quanto ao valor dos alimentos - Verba fundada na relação de parentesco - Necessidade presumida - Inteligência do art. 1.694 do CC - Atenção ao binômio necessidade/possibilidade - Impossibilidade não comprovada - Alimentos devidos desde a citação por força da Súmula 277 do STJ - Recurso improvido.***

Não me parece, no entanto, este percentual seja razoável.

O alimentante alega atuar como fiscal de loja, auferindo cerca de R$ 1.180,00, mensais.

Ele ainda auxilia no sustento de sua genitora que possui 62 anos de idade.

A hipótese comporta adequação em prol do equilíbrio, sendo razoável a adoção do percentual de 15% dos rendimentos líquidos do alimentante, por se tratar de um único filho, atualmente com dez anos de idade, cabendo a genitora também fazer a sua parte, já que cuidados são obrigações de ambos os genitores.

Assim, pelo meu voto dou provimento ao recurso para reduzir a pensão alimentícia para 20% dos vencimentos líquidos, conforme sugerido pelo alimentante.

LUÍS MÁRIO GALBETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010217-80.2016.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes OSVALDO DE ABREU (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA HELENA MICHELOTO DE ABREU (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JOEL AUGUSTO DE ANDRADE.

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 36.052)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de março de 2017.
SALLES ROSSI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - ARBITRAMENTO DE ALUGUEL - Improcedência - Direito real de habitação reconhecido ao cônjuge supérstite - Inteligência do art. 1.831 do Código Civil - O viúvo pode permanecer no imóvel sem o ônus de pagar contraprestação aos demais herdeiros - Improcedência mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra r. sentença (fls. 93/95) proferida em ação de Arbitramento de Aluguel, que a julgou improcedente, condenando os autores no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformados, apelam os autores (fls. 98/102), sustentando que na qualidade de genitores da falecida se tornaram proprietários de 2/3 da meação do imóvel descrito na inicial, o qual vem sendo ocupado exclusivamente pelo réu (viúvo), daí porque, diante da indivisibilidade do bem e por não haver possibilidade de convivência com o demandado, possuem o direito de receber aluguel na proporção da propriedade. Aguardam o decreto de procedência da ação, invertidos os ônus da sucumbência.

Contrarrazões às fls. 106/114.

É o breve relatório.

O recurso não comporta provimento.

O réu, cônjuge supérstite da falecida, possui direito real de habitação sobre o imóvel em discussão, o que afasta o direito dos autores de exigir o recebimento de aluguel pela ocupação exclusiva do bem por parte do demandado. Ainda que configure limitação ao direito de propriedade dos autores, condôminos do bem, esta foi a intenção do legislador, de conferir prevalência do direito de habitação do cônjuge supérstite.

O artigo 1.831 do Código Civil, consigna que "*ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar*"

Acesso ao Sumário

A lei não impõe qualquer outra condição senão que o imóvel tenha sido destinado à residência do casal, sendo o único desta natureza a inventariar, justamente a hipótese em debate.

O sistema legal protege o cônjuge supérstite, garantindo-lhe o direito de habitação no imóvel que servia de residência para a família, a fim de evitar que eventual partilha dos bens possa privar o sobrevivente de morar com a mesma dignidade de que desfrutava durante a constância da sociedade conjugal.

Nesse sentido, confira-se:

0017001-23.2013.8.26.0008 - Apelação/Condomínio

Relator(a): Mary Grün

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 06/12/2016

Data de registro: 06/12/2016

Ementa: Ação de indenização por dano material, cobrando alugueres. Imóvel ocupado pela viúva meeira. Sentença de extinção. Inconformismo da parte autora. Não acolhimento. Direito real de habitação. A viúva pode permanecer no imóvel sem o ônus de pagar contraprestação aos demais herdeiros. Sentença mantida. Recurso desprovido.

2083385-50.2016.8.26.0000 - Agravo de Instrumento/Inventário e Partilha

Relator(a): Fernanda Gomes Camacho

Comarca: Itapetininga

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/06/2016

Data de registro: 24/06/2016

Ementa: INVENTÁRIO. ARBITRAMENTO DE ALUGUEIS. Herdeiro que pleiteia o arbitramento de alugueis em face da irmã, que reside no imóvel deixado pelo *de cujus*. Imóvel que servia de residência para a família e é o único desta natureza a inventariar. Direito real de habitação exercido pela viúva. Art. 1.831, CC. Coerdeira que reside no imóvel por liberalidade da viúva, a qual tem o direito de residir com sua família. Descabimento do arbitramento de alugueis. Decisão mantida. Recurso não provido.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000562-20.2012.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, é apelado MARIA REGINA VERDELHO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11054)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 9 de março de 2017.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SFH. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRESCRIÇÃO. CARÊNCIA. COBERTURA. MULTA DECENDIAL. TERMO INICIAL JUROS DE MORA. Insurgência contra sentença de procedência. Manutenção.

1. Competência. Manutenção na Justiça Estadual, como já determinado em decisão saneadora não recorrida. Decisão paradigma proferida pelo C. STJ, em regime de recursos repetitivos, definiu os limites para ingresso da CEF. Ausência de preenchimento dos requisitos. Competência da Justiça Estadual mantida.

2. Prescrição. Alegação de prescrição ânua (artigo 206, §1º, inciso II, do Código Civil). Descabimento. Prazo decenal. Sinistralidade de ocorrência progressiva, sem definição exata da data de conhecimento pela apelada. Interrupção do prazo prescricional na quitação de cada parcela do financiamento, por se tratar de contrato de trato sucessivo. Contrato de financiamento ainda não completamente quitado. Prescrição não reconhecida.

3. Carência da ação. Não caracterização. Irrelevância da comunicação extrajudicial que, ao contrário do alegado, ocorreu. Citação, ademais, que supre a

Acesso ao Sumário

lacuna.

4. Seguro. Vícios construtivos que não seriam excluídos explicitamente. Danos físicos constatados no laudo que deveriam ser cobertos. Manutenção. Relação tipicamente de consumo. Abusividade da cláusula contratual que prevê exclusão dos vícios construtivos da cobertura securitária. Ameaça ao próprio escopo do contrato. Negativa abusiva e desarrazoada. Seguradora responsável pela cobertura dos riscos constados pelo laudo pericial.

5. Multa decendial. Aplicabilidade. Expressa estipulação da penalidade na apólice. Juros de mora a partir da citação. Procedência do pedido indenizatório mantido.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 629/638, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Andradina, que julgou procedente o pedido, para condenar a seguradora ré ao pagamento de indenização securitária, no valor de R$ 18.836,06, com correção monetária desde a entrega do laudo (05/10/2015) e juros de mora, a partir da citação, além da pena convencional de 2% sobre o valor da indenização para cada decêndio ou fração de atraso, contato da citação e limitada a 100% do valor do dano a ser indenizado.

Diante da sucumbência integral, arcará a ré com o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Pleiteia a apelante a reforma do julgado (fls. 643/675), alegando, preliminarmente, (i.) incompetência absoluta da Justiça Estadual e legitimidade passiva da CEF; (ii.) falta de interesse de agir, na medida em que não foi observado o procedimento administrativo obrigatório prévio; e (iii.) prescrição, nos termos do art. 206, §1º, II, do CC.

No mérito, aduz, em síntese, que inexiste cobertura contratual para indenização de vícios contratuais (cláusulas 3ª e 4ª), devendo ser respeitado o art. 757, do CC; que mesmo as hipóteses de desmoronamento ou destelhamento devem decorrer de causas externas e não de vícios intrínsecos; que a multa decendial é devida apenas ao agente financiador, não havendo previsão legal para o mutuário; que não se aplicam as regras do CDC no caso em testilha; e, finalmente, que os juros moratórios devem incidir da apresentação do laudo

Acesso ao Sumário

pericial e não da citação.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 701/710), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização securitária promovida pela mutuária em contrato de financiamento imobiliário do Sistema Financeiro da Habitação, em face da Sul América Companhia Nacional de Seguros, pretendendo a reparação dos danos decorrentes de vícios construtivos em imóvel localizado no Conjunto Habitacional Álvaro Gasparelli, em Andradina.

Inconformada com a procedência dos pedidos, condenando-a ao pagamento de indenização e de multa decendial, insurge-se a Seguradora ré.

O recurso não comporta provimento.

De início, cabe destacar que a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, por conta da legitimidade/interesse da Caixa Econômica Federal já havia sido rechaçada por decisão saneadora proferida em outubro de 2011 (fls. 322/323), contra a qual foi interposto agravo retido, não reiterado nesta oportunidade.

É de ser mantida a competência da Justiça Estadual.

Em decisão definitiva, o C. STJ, nos recursos especiais 1091363/SC e 109393/SC e em regime de recursos repetitivos, definiu os limites para ingresso da Caixa Econômica Federal, nos seguintes termos:

> *"O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira prova documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior".*

Por força dessa decisão paradigma, são - portanto - três critérios cumulativos: (i.) contratos celebrados entre 02/12/1998 a 29/12/2009; (ii.) vinculação do contrato ao FCVS (apólice pública) e (iii.) demonstração do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice (FESA).

A mera existência de apólice pública ou da anotação "Cob. FCVS" no CADMUT não é suficiente para o deslocamento da competência, até porque - pelo que se tem notícia - "**o Fundo de Compensação continua ativo e recebe contribuições, de forma que, individualmente, por conta deste processo, não se pode afirmar que o acolhimento da pretensão dos autores poderá comprometer o fundo**" (TJSP, Agravo de Instrumento 0298646-

Acesso ao Sumário

81.2011.8.26.0000, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 28/06/2016).

Nesses termos, são os dados oficiais do Tribunal de Contas da União citados em voto da eminente ministra Maria Isabel Gallotti, nos autos dos EDCL no REsp 1091393, que dão conta que o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice (FESA) é superavitário, de forma que inexiste, por ora, qualquer ameaça de comprometimento ao FCVS.

Cumpre destacar, a propósito, as anotações transcritas pela ilustre Ministra Nancy Andrighi na decisão supramencionada:

> *Recorde-se que: (i) o potencial interesse da CEF somente existe nos contratos em que houver apólice pública garantida pelo FCVS; e (ii) o FESA é uma subconta do FCVS, de sorte que o FCVS somente será ameaçado no caso de o FESA não ter recursos suficientes para pagamento da respectiva indenização securitária,* hipótese que, pelo que se depreende da própria decisão do TCU (transcrita no voto da i. Min. Relatora relativo aos primeiros embargos de declaração), é remota, na medida em que o FESA é **superavitário**. Acrescente-se, ainda, que mesmo os recursos do FESA somente serão utilizados em situações extraordinárias, após o esgotamento dos recursos derivados dos prêmios recebidos pelas seguradoras, os quais, mais uma vez de acordo com a decisão do TCU, também são **superavitários**. Em suma, o FCVS somente será debitado caso os **prêmios** recebidos pelas seguradoras **e** a **reserva técnica** do FESA sejam insuficientes para pagamento da indenização securitária, hipótese que, dada a sua excepcionalidade, deverá ser devidamente demonstrada pela CEF. *Saliento isso porque a CEF tem requerido indistintamente seu ingresso em todos os processos envolvendo seguro habitacional, sem sequer saber (ou pelo menos demonstrar) se envolve ou não apólice pública e se haverá comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA* (sem grifos no original)

Tampouco assiste razão à seguradora apelante no que tange à falta de interesse de agir.

Ao contrário do alegado, houve comunicação extrajudicial formal acerca do sinistro. Para tanto, basta a consulta aos documentos de fls. 25/27. Como se não bastasse, a ausência de notificação do sinistro não importa em cerceamento de defesa ou em carência de ação. A citação da ré supre essa lacuna.

Não houve, ademais, prescrição.

O artigo 206, §1º, inciso II, do Código Civil não se aplica no caso em testilha porque não faz referência alguma à situação dos autores, terceiros beneficiários, que foram compelidos a participar da relação jurídica estabelecida entre a construtora e a seguradora.

A respeito:

"*A jurisprudência compartilha desse mesmo entendimento e tem*

entendido que, nos casos de seguro contratado conjuntamente com o mútuo habitacional, os mutuários não são partes no contrato de seguro, sendo meros beneficiários, pois o seguro é contratado, na realidade, pela construtora, que é a parte verdadeiramente segurada, embora os mutuários sejam aqueles arquem com o prêmio do seguro. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - CIVIL - SEGURO - AÇÃO PROPOSTA POR BENEFICIÁRIO CONTRA A SEGURADORA - PRESCRIÇÃO ÂNUA - INAPLICABILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1 - **Consoante pacífico entendimento desta Corte, não se aplica o prazo prescricional ânuo, previsto no art. 178, § 6º, II, do CC/16, à ação proposta pelo beneficiário contra a seguradora**. Precedentes. 2 - Assentado nas instâncias ordinárias que os **mutuários são meros beneficiários e não participaram do contrato de seguro, decidir em sentido contrário demandaria o reexame do conjunto probatório, o que é vedado na estreita via do recurso especial**, ex vi da Súmula n° 07/STJ. 3 - Recurso especial não conhecido. (REsp 233438/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 16/05/2006, DJ 05/06/2006) (realces não originais)." (Apelação nº 0002359-50.2008.8.26.0063. TJSP. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ana Lúcia Romanhole Martucci. J. 26/06/2014)

Deve-se aplicar, para tanto, **a prescrição decenal**, de acordo com o artigo 205 do mesmo diploma legal.

Quanto ao **termo inicial**, esta C. Câmara tem entendido que, por se tratar de contrato de curso sucessivo, o prazo prescricional do seguro habitacional se interrompe a cada parcela de financiamento quitada.

Nesse sentido:

Seguro habitacional. Empreendimento financiado com recursos do SFH. Agravos retidos ajuizados pela Caixa Seguradora S/A não reiterado, pois, não interposto recurso. ***Prescrição afastada. Autoras beneficiárias do seguro habitacional. Descabimento da regra do inciso II, do § 6º, do artigo 178 do Código Civil/1916. Contrato de curso sucessivo. Prescrição que se interrompe com a quitação de cada parcela do financiamento, que engloba o prêmio do seguro.*** (…) (TSJP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0001102- 97.2004.8.26.0590, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 10.12.2013, sem destaque no original.)

No caso em testilha, o contrato, firmado em 1999, não se encontra inativo. O prazo de financiamento é de 300 (trezentas) prestações mensais e, portanto, 25 anos, que somente se encerrará em 2024.

Ademais, mesmo se contado o termo inicial da prescrição do momento em que a seguradora, comunicada do sinistro, se recusa a indenizar, não houve prescrição. Isso porque no mesmo mês da comunicação formal por parte dos mutuários, foi ajuizada a presente ação (fls. 25/27).

Acesso ao Sumário

Superadas as preliminares, no mérito, melhor sorte não lhe assiste.

O estudo técnico realizado atestou, de forma pormenorizada, os defeitos apresentados no imóvel, bem como suas origens. Afastou, inclusive, a alegação de causa dos danos em decorrência da suposta má-conservação do bem. Nesse contexto, a negativa de cobertura não pode prevalecer.

A despeito de a apólice securitária excluir expressamente a cobertura para "danos (...) causados por seus próprios componentes" em sua cláusula 3.2, referida disposição é claramente abusiva, não podendo ser invocada para a exclusão da cobertura nos moldes pretendidos, sob pena de tornar inócuo o próprio objeto do contrato.

Nesse sentido, é a jurisprudência abaixo transcrita:

(...) 2. Nos contratos de seguro habitacional obrigatório sob a égide das regras do Sistema Financeiro da Habitação, as seguradoras são responsáveis quando presentes vícios decorrentes da construção, não havendo como se sustentar o entendimento de que haveria negativa de vigência do art. 1.460 do antigo Código Civil. 3. Aplica-se a legislação consumerista às relações regidas pelo SFH, inclusive aos contratos de seguro habitacional, porque delas decorre diretamente. (STJ, 4ªT. - AgRg no AREsp 189388/SC, Relator Min. MARCO BUZZI, j. 09/10/2012)

Nas condições especiais da apólice está prevista a indenização para os danos físicos apresentados nos imóveis. Mas, ainda que não se recorra das cláusulas das condições gerais do seguro, não se pode perder de vista que a apólice de seguro habitacional tornou-se obrigatória para cobertura do saldo devedor em caso de morte e/ou invalidez permanente do mutuário e no caso de prejuízos decorrentes de danos materiais no imóvel. A finalidade deste seguro é, pois, a de garantir a integridade do imóvel e a quitação da dívida, em caso de ocorrer uma das condições previstas na apólice. Tratando-se de uma relação de consumo, com previsão expressa no parágrafo 2°, do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, as disposições contratuais devem ser interpretadas favoravelmente ao consumidor, mesmo porque se trata de típico contrato de adesão, onde o seguro habitacional é simplesmente imposto ao mutuário do Sistema Financeiro de Habitação, sem possibilitar discussão alguma sobre suas cláusulas e condições. (TJSP, Apelação nº 0015431-71.2005.8.26.0302, 3ª Câm. Dir. Privado, Relator Des. Beretta da Silveira, j. em 28.05.13).

Importante, ainda, ressaltar que o contrato de seguro em discussão é de adesão e, portanto, foi elaborado unilateralmente pela apelante, sem permitir ao embargante qualquer ingerência no seu conteúdo. Assim sendo, e porque a relação é de consumo, nulas são as cláusulas abusivas nele inseridas (art. 51, IV, CDC).

Ademais, a cláusula - evidentemente limitativa de direitos do segurado -

Acesso ao Sumário

não foi redigida com destaque necessário e em momento algum se faz menção ao termo "vícios construtivos", o que dificulta a compreensão pelo consumidor (art. 54, §§3º e 4º, CDC), impedindo também que seja utilizada em seu desfavor.

Assim sendo, e porque há no contrato de seguro previsão de cobertura para danos materiais decorrentes de *ameaça de desmoronamento, devidamente comprovada*, não merece qualquer reparo a sentença apelada neste tocante, que bem destacou os principais tópicos do laudo pericial produzido.

Também não merece qualquer reparo a sentença no tocante à multa por atraso.

A cláusula 17.3 das Condições Especiais da Apólice estabelece expressamente penalidade de 2% do valor devido em caso de atraso no pagamento da indenização, não especificando a quem referido pagamento deveria ser feito.

Sendo assim, em razão da regra segundo a qual os contratos de adesão deverão ser interpretados da maneira mais favorável ao aderente (art. 423, CC; art. 47, CDC), correta a sentença ao entender pela obrigatoriedade de pagamento da multa aos autores.

Também adequada a limitação a 100% do valor total do dano a ser indenizado, à luz da norma que estabelece que o valor da penalidade não pode ser maior do que o da obrigação principal (art. 412, CC). Nesse sentido:

> *Indenização securitária. Seguro habitacional. Alegação de vícios construtivos que produziram danos nos imóveis dos Autores. Sentença de improcedência sob o fundamento de que os vícios alegados não se encontram cobertos pela apólice do seguro habitacional. Precedentes jurisprudenciais que enunciam decisões em sentido contrário. Prova trazida pelos Autores e não impugnada pela Ré que indica a ocorrência de danos nos imóveis dos Autores. Indenização devida, com valor a ser apurado em liquidação de sentença, com base no laudo de fls. 227/252.* ***Multa decendial que é devida para cada decêndio ou fração de atraso, contando-se da data da comunicação dos sinistros. Valor, contudo, limitado ao da indenização apurada****. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.* (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0001108-58.2009.8.26.0581, Rel. Des. João Pazine Neto, j. 19.11.2013 - sem destaque no original.)

Finalmente, nada há a ser alterado no que tange ao termo inicial de contagem dos juros, porquanto a seguradora ré foi evidentemente constituída em mora quando da citação.

A propósito:

> *DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÕES. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SEGURO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. (...) Responsabilidade, também, em relação à multa decendial, contada a partir da citação e limitada ao valor da obrigação principal*. (TJSP - 9ª Câmara - Apelação 0053307-

Acesso ao Sumário

88.2009.8.26.0506 - Relator Alexandre Bucci - j. 28/06/2016).

Por todo o exposto, por este voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011546-72.2009.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante VALDIVINO ALVES CAPELA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE TUPA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.901)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 14 de março de 2017.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: USUCAPIÃO. EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. UTILIDADE PÚBLICA. INDENIZAÇÃO PRETENDIDA PELO RÉU.

Ainda que a Prefeitura, ao que tudo indica, tenha praticado esbulho da propriedade particular com fins urbanísticos, notadamente para construção de vias públicas, não se pode afastar que, desde 1940, tem a posse do imóvel, sem qualquer oposição dos proprietários registrais. Diante deste cenário, consolidou-se o domínio público que enseja a procedência do pedido de usucapião. Poderiam os proprietários registrais, com segurança, haver a indenização devida. Entretanto, a reparação dependia de oposição à posse da Prefeitura, o que não ocorreu. Consumada a usucapião, o pedido de reparação não pode ser concedido, como bem considerou o Douto Magistrado na sentença. Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recorreu o réu da sentença, proferida pelo *Doutor Emilio Gimenez Filho*, que julgou procedente o pedido para declarar a usucapião extraordinária de imóvel à Prefeitura Municipal de Tupã. A sentença julgou improcedente o pedido reconvencional atinente à pretendida reparação por apossamento administrativo. Alegou o réu que a posse teria iniciado em 1992 e, por isso, não se completou prazo suficiente ao reconhecimento da usucapião extraordinária - 20 anos, nos termos do art. 550 do Código Civil de 1916. Afirmou, ainda, que a Fazenda Pública Municipal não implementou no imóvel obras de caráter produtivo e, por isso, não teria incidência o prazo reduzido de dez anos no reconhecimento da usucapião, nos termos do art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil. Impugnou a alegação de que a posse seria exercida desde 1940, bem como o interesse processual da Fazenda, considerando-se já ter sido realizado o loteamento da área. No que tange ao pedido reconvencional, afirmou que o apossamento do bem pela Fazenda implica no deferimento do pedido de indenização.

Inicialmente distribuído este recurso à Desembargadora Silvia Sterman, a apelação deixou de ser conhecida, pois envolveria apossamento administrativo.

Redistribuído o recurso à Colenda 11ª Câmara de Direito Público, o D. Desembargador Marcelo L. Theodósio suscitou conflito de competência, que foi dirimido pelo Órgão Especial, pelo voto do Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, que reconheceu a competência desta Câmara para o julgamento da apelação.

É o relatório.

A autora - Prefeitura Municipal de Tupã - alegou, na petição inicial, que desde 1992 deferiu a Comércio de Bebidas Água Doce Cachaçaria Ltda. direito real de uso de imóvel para construção de estabelecimento industrial, com vistas a garantir o desenvolvimento econômico da cidade. Pediu a declaração de usucapião com fundamento no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil.

Contudo, a prova testemunhal (fls. 108/109) esclareceu que a posse do originou-se precedentemente. Desde 1940 o imóvel foi tomado pela Prefeitura com vistas ao prolongamento das ruas Uruguai e Jaú, sendo certo que, em 1992, teria sido concedido uso da área à iniciativa privada.

Ainda que a Prefeitura, ao que tudo indica, tenha praticado esbulho da propriedade particular com fins urbanísticos, notadamente para construção de vias públicas, não se pode afastar que, desde 1940, tem a posse do imóvel, sem qualquer oposição dos proprietários registrais. Diante deste cenário, consolidou-se o domínio público que enseja a procedência do pedido de usucapião.

Sobre o tema, vale a anotação de **Hely Lopes Meireles**: "Toda desapropriação deve ser precedida de declaração expropriatória regular, na qual se indique o bem a ser desapropriado e se especifique a sua destinação

Acesso ao Sumário

pública ou de interesse social. Não há, nem pode haver, desapropriação de fato, ou indireta. A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente [...]" (Direito de Construir, Ed. RT, 5ª ed., p. 138).

Não se acolhe tampouco a alegação de que não se completou o prazo prescricional de vinte anos, nos termos do art. 550, do Código Civil.

Confirmado que a posse se originou no ano de 1940, não há dúvida do cumprimento do requisito temporal.

Poderiam os proprietários registrais, com segurança, haver a indenização devida. Entretanto, a reparação dependia de oposição à posse da Prefeitura, o que não ocorreu. Consumada a usucapião, o pedido de reparação não pode ser concedido, como bem considerou o Douto Magistrado na sentença.

Os fatos foram bem examinados na sentença, da qual se reproduz o seguinte excerto:

> "Disseram estas testemunhas que trabalham na prefeitura de Tupã e sobre o imóvel em questão sabem que até por volta do ano de 1992 se tratava de área pública conservada pelo município, sendo que a partir de então, por força de lei municipal, foi disponibilizada para a empresa 'Água Doce', acrescentando que desde 1940 o referido imóvel já era reservado para a construção de ruas.
>
> E os documentos atrelados aos autos não desmentem tal fato, muito pelo contrário, o reafirmam, vale dizer, reforçam a convicção de que o município exerce posse sobre o imóvel objeto da lide há mais de 50 anos, desde quando loteados os imóveis existente no local nas décadas de 1940 e 1950.
>
> Durante todo esse tempo, até o ano de 1992, o município exerceu posse direta, passando, desde então, a possuidor indireto, já que concedeu o uso da área a terceiro" (fls. 136).

A sentença, portanto, deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004897-60.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado

Acesso ao Sumário

LAPA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA., são apelados/apelantes HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO, INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE S/A e MARRIETI CRISTINA DE GODOY (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento ao recurso dos réus, V.U. Sustentaram oralmente o Doutor Ricardo Leandro Monteiro de Carvalho e o Defensor Público Doutor Filovalter Moreira dos Santos Junior.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20890)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), JAMES SIANO e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 22 de março de 2017.

J.L. Mônaco da Silva, RELATOR

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Rejeição - Prova produzida no processo que é suficiente para possibilitar a entrega da prestação jurisdicional - Prova oral que não é apta a contrariar os elementos presentes nos autos - Prova pericial realizada por profissional habilitado, descabendo falar em nova perícia - Preliminar afastada.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Autora que sofreu danos em decorrência da má prestação de serviços médico-hospitalares oferecidos pelos réus - Procedência do pedido - Inconformismo dos corréus - Acolhimento parcial - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Relação de consumo - Aplicação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Provas presentes nos autos que demonstram a existência das condutas imputadas aos réus - Hospitais-corréus que não ofereceram à paciente atendimento médico adequado, deixando de realizar o correto diagnóstico e tratamento dos sintomas apresentados pela autora - Operadora de plano de saúde-corré responde pela prestação dos serviços oferecidos aos beneficiários - Prova pericial que é veemente ao afirmar que ambos os hospitais-corréus deixaram de prestar os serviços

Acesso ao Sumário

adequadamente - Aplicação da "Teoria da Perda de uma Chance" - Perspectiva de inexistência ou, pelo menos, existência de danos em menor extensão, tolhida pelas condutas dos prepostos dos réus - Danos materiais e morais configurados - Condenação solidária bem aplicada - Pensão mensal vitalícia de um salário mínimo corretamente fixada - Possibilidade de cumulação com benefício previdenciário - Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Indenização por danos morais reduzida para R$ 100.000,00, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Sentença reformada em parte - Recursos parcialmente providos.

Preliminar afastada e recursos parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Marrieti Cristina de Godoy em face de Hospital Albert Saibin (Lapa Assistência Médica Ltda.), Hospital e Maternidade Nossa Senhora do Rosário e Intermédica Sistema de Saúde S/A, tendo a r. sentença de fls. 2542/2558, de relatório adotado, julgado procedente o pedido.

Inconformado, apela o corréu Hospital Albert Saibin (Lapa Assistência Médica Ltda.) suscitando, preliminarmente, o cerceamento de defesa pela não realização da prova oral pleiteada e pela necessidade de realização de perícia por médico da área específica. No mérito, sustenta, em síntese: a) a ausência de nexo causal entre os danos sofridos pela autora e os 4 dias de internação na sede do apelante; b) a complexidade de diagnóstico da doença da autora, só efetivado 1 ano e sete meses após a internação nas dependências do apelante; c) a impossibilidade de impedir as lesões cutâneas sofridas pela recorrida, ainda que o diagnóstico tivesse sido feito nos 4 dias de internação no corréu; d) a ausência de ato ilícito, pois na segunda internação da autora foram tomadas todas as medidas necessárias para o diagnóstico e solicitada a transferência da paciente para unidade hospitalar com especialidade em hematologia; e) a necessidade de delimitação das responsabilidades de cada réu quanto à indenização, à pensão vitalícia e ao custeio do tratamento médico; f) o excesso da indenização concedida; g) a incidência da correção monetária a partir da data do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de relação contratual. Requer, pois, o provimento do recurso (v. fls. 2572/2603).

Apela a operadora de plano de saúde Notredame Intermédica Saúde S/A

Acesso ao Sumário

alegando, em suma: I) a responsabilidade subjetiva, respondendo a apelante tão somente em caso de conduta ilícita dos profissionais que prestaram atendimento à autora; II) a inexistência de nexo de causalidade entre as lesões corporais apresentadas pela apelada e a conduta médica adotada no caso; III) a necessidade de redução drástica da indenização fixada; IV) a exclusão da pensão vitalícia, uma vez que a apelada recebe benefício previdenciário, ou a determinação de pagamento após o trânsito em julgado da condenação, por se tratar de prestação de natureza alimentícia com efeito *ex nunc*; V) o custeio do tratamento da apelada deve prevalecer apenas durante o vínculo jurídico existente entre as partes, cessando tal obrigação caso ela deixe de ser beneficiária da apelante. Por fim, requer o provimento do recurso (v. fls. 2608/2632).

Recursos recebidos, processados e respondidos (v. fls. 2644/2690).

É o relatório.

Os recursos merecem provimento.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa. Com efeito, os elementos necessários para o desfecho da demanda encontram-se presentes, tornando-se desnecessária a produção de outras provas.

Aliás, sobre a matéria vale conferir o seguinte julgado: "*A necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado*" (RTJ. vol. 115/789).

Lembre-se que a prova é dirigida ao juiz, a quem cabe decidir pela sua realização ou não. Ademais, a prova oral pleiteada não é suficiente para contrariar as provas presentes nos autos. E a realização de nova perícia é desnecessária, já que a prova foi realizada por profissional devidamente habilitado (especialização em Medicina Legal pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - fls. 2529).

Quanto ao mérito, é caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar os fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"*MARRIETI CRISTINA DE GODOY ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais em face de HOSPITAL ALBERT SABIN, HOSPITAL E MATERNIDADE NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO e INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE S.A., alegando, em síntese, que no dia 20 de janeiro de 2011 a autora realizou parto cesariana secção transversa no Hospital Nossa Senhora do Rosário, credenciado à Intermédica, administradora do plano de saúde da requerente. Semanas após a cirurgia, a autora sentiu incômodos, apresentando inclusive diarreia, dirigindo-se em 8 de abril de 2011 ao Hospital Albert Sabin para fazer exame de sangue, cuja necessidade foi negada pelo médico do pronto socorro. Dois dias após o fato, a autora notou manchas roxas*

Acesso ao Sumário

em sua pele, bem como marca de sangue em seu olho esquerdo, sendo internada no dia 11 de abril de 2011 no Hospital Albert Sabin. Dias após sua internação, com o agravamento do quadro, a autora foi transferida para o Hospital Santa Cecília, que lhe informou que deveria retornar ao Hospital Nossa Senhora do Rosário, pois os problemas seriam decorrentes da cesárea. (...)

Em 15 de abril, a requerente foi encaminhada ao Hospital Nossa Senhora do Rosário, sendo diagnosticada com vasculite e recebendo tratamento com corticoides e antibióticos. As condições de saúde da autora pioraram, sendo submetida à colectomia total e ao debridamento. Posteriormente, foram feitas novas cirurgias para correção no estoma, separação de bridas e correção da região do períneo. Entende que houve imperícia do Hospital Albert Sabin e erro médico na cesárea realizada junto ao Hospital Nossa Senhora do Rosário, que acarretaram um quadro de coagulação intravascular disseminada, enterorragia e septicemia.

Requer concessão dos benefícios da justiça gratuita, condenação das rés ao pagamento de todas as despesas médicas atuais e futuras para o tratamento médico até o fim da convalescença, condenação por danos morais no importe de R$ 1.000.000,00 e condenação ao pagamento de pensão vitalícia a ser fixada em valor proporcional ao que a autora ganharia se houvesse total capacidade de trabalho. (...)

Trata-se de ação indenizatória, na qual a autora pleiteia o pagamento de todas as despesas médicas atuais e futuras para o seu tratamento até o fim da convalescença, reparação por danos morais e pagamento de pensão vitalícia a ser fixada em valor proporcional ao que a autora ganharia se houvesse total capacidade de trabalho.

Aplicam-se ao caso em apreço as disposições do Código de Defesa do Consumidor, havendo prestação do serviço de saúde por sociedades empresárias (hospitais e convênio médico). Não há, portanto, qualquer objeção às normas protetoras do consumidor para disciplinar a relação, jurídica, restando evidente o preenchimento dos requisitos que justificam a sua aplicação, isto é, a finalidade lucrativa no exercício da atividade por parte do fornecedor, o seu domínio sobre os fatores de produção e de técnica, além da hipossuficiência e vulnerabilidade do paciente consumidor.

Destarte, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade civil objetiva, considerada regra geral do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe em seu caput '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'. (...)

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como

Acesso ao Sumário

tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração da atividade, quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 10ª edição, Atlas, p. 421).

Ainda, considera-se fornecedor responsável não somente aquele que efetivamente prestou diretamente os serviços, mas também aquele que contribuiu para a execução da prestação final. Assim, o plano de saúde Intermédica insere-se na cadeia de consumo, sendo igualmente responsável pelos danos causados à autora, pois fomenta a sua própria atividade valendo-se da atividade dos demais corréus. Ademais, trata-se de hospitais credenciados, devendo a administradora do convênio responder pelo risco da escolha do hospital selecionado para prestar o serviço disponibilizado ao consumidor-paciente.

Ao fim, ressalta-se que existe responsabilidade solidária entre todos os integrantes da cadeia de fornecedores, conforme disposição do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, sendo pacífica a jurisprudência:

'I A prestadora de serviços de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva. II Recurso conhecido e provido, para reconhecendo a legitimidade passiva da ré, determinar o prosseguimento do feito'. (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., REsp 164.084-SP).

A caracterização da responsabilidade civil, incluídos nessa noção tanto o dano material, quanto o moral, exige, para que se reconheça a existência do dever de indenizar, a conjugação de três fatores: ilicitude, nexo causal e dano.

Sobre a ilicitude, é precisa a lição de Humberto Theodoro Junior: 'o direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o Estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A ilicitude ocorre quando in concreto a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (fatos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma ideia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter' (Comentários ao novo Código Civil. Forense,

Acesso ao Sumário

t. 2, v. III, p. 18).

Quanto o nexo causal, este é o liame que une a conduta do agente ao dano, examina-se, portanto, a existência de relação causal entre o ato e/ou omissão imputados ao sujeito e o dano experimentado pela vítima. São excludentes de responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior, ou seja, havendo qualquer um desses, não há concretização do nexo de causalidade. No caso em análise, já se adianta que não existe nenhuma excludente de responsabilidade.

Por fim, chega-se ao dano, considerado como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, seja patrimonial, moral ou estético. Sem a existência de dano, não há que se falar em dever de indenizar. Parece evidente o dano experimentado pela autora, sendo juntados diversos documentos (fotos), havendo ainda a informação de que a requerente 'faz uso de duas medicações para controle da doença, mas mantém evacuações líquidas e, apesar do controle esfincteriano anal funcionante, necessita evacuar até dez vezes ao dia, com comprometimento de sua qualidade de vida. As lesões de pele submetidas à enxertia e cicatrização também comprometem sua qualidade de vida pela grave deformidade estética permanente do contorno corporal' (fls. 2398).

Assim, presente o dano, passa-se à análise da existência de ilicitude e de nexo de causalidade entre as condutas dos corréus e o sofrimento experimentado pela autora.

Narra a requerente que realizou parto cesárea em 20 de janeiro de 2011 no Hospital Nossa Senhora do Rosário, transcorrendo sem complicações. Contudo, semanas após a cirurgia, sentiu incômodo e apresentou diarreia, motivo pelo qual se dirigiu ao Hospital Albert Sabin para que pudesse realizar exame de sangue no dia 8 de abril de 2011. O médico que lhe atendeu informou da desnecessidade da realização do exame, liberando-a para sua casa. Todavia, persistindo o problema e ainda por conta da aparição de manchas roxas pela pele e sangue no olho, foi novamente ao Hospital Albert Sabin, onde foi internada no dia 11 de abril de 2011.

Em relação a este réu, a autora entende que houve negligência em seu tratamento, havendo, assim, dever de indenizá-la pelos danos sofridos. Assim, os pontos controversos residem no fato de saber se feito o exame de sangue no dia 08 de abril de 2011, o quadro apresentado pela autora seria diverso, em outras palavras, se a realização do exame três dias antes de sua internação teria o condão de diminuir os danos experimentados pela requerente e, ainda, se houve negligência, imprudência ou imperícia no tratamento da requerente durante sua estadia no Hospital Albert Sabin no período de 11 a 15 de abril.

De acordo com o laudo apresentado pelo perito, este chegou à conclusão de que na consulta do dia 08 de abril de 2011, os sintomas apresentados ainda

Acesso ao Sumário

eram inespecíficos, isto é, 'não existiam sinais de alarme que indicassem internação ou mesmo realização de exames laboratoriais. Havia indicação de seguimento ambulatorial, naquelas condições clínicas, pois tratava-se de quadro arrastado de diarreia, ainda sem elementos complicadores. Ocorre que houve evolução repentina para um quadro de lesões cutâneas múltiplas e piora da diarreia, com apresentação de sangue nas fezes e febre. Na consulta de 11/04/2011, foi acertada a decisão de internar a autora para investigação etiológica. Ressalte-se que foi iniciada essa investigação com a solicitação de sorologias virais e pesquisa de alguns marcadores de doenças autoimunes' (fls. 2393).

Dando sequência ao tratamento da requerente, no dia 14 de abril de 2011 a autora foi transferida à unidade de terapia intensiva (UTI) do hospital, sendo tal conduta considerada adequada e oportuna pelo perito, diante da piora do quadro clínico. Por fim, chama a atenção do expert a ausência de avaliação por dermatologista ou cirurgião, uma vez que existiam sinais e sintomas evidenciando a gravidade do quadro, sendo de rigor a realização de pesquisa por etiologia da doença mais abrangente (fls. 2395).

No dia 15 de abril de 2011, a autora foi transferida para o Hospital Nossa Senhora do Rosário. Assim, passa-se à análise da existência de responsabilidade civil do Hospital Albert Sabin nos atendimentos do dia 08 de abril e do período dos dias 11 a 15 de abril de 2011.

Conforme conclusão apresentada pelo perito, o Hospital Albert Sabin agiu corretamente quanto ao primeiro atendimento, não sendo possível aferir que o exame de sangue teria o condão de isentar os danos experimentados pela requerente. Contudo, em relação ao segundo atendimento, em que pese a realização de vários exames, o nosocômio não disponibilizou consulta com dermatologistas e cirurgiões, que seriam imprescindíveis para o caso tendo em vista os sintomas e sinais apresentados pela requerente.

Para o perito, 'no período de piora do quadro clínico em 14 de abril de 2011, além de internação em unidade de terapia intensiva, impunha-se atendimento multidisciplinar mais abrangente e busca ativa pela etiologia do quadro; uma vez que seu diagnóstico e tratamento precoces melhoram o prognóstico das doenças inflamatórias intestinais' (fls. 2411).

Dessa forma, compreende-se que houve falha na prestação do serviço pelo Hospital Albert Sabin, que agiu de maneira negligente em relação ao grave quadro de saúde da autora. Assim, comprovados o dano, o nexo de causalidade e a violação de um dever, de rigor a imposição ao Hospital Albert Sabin o dever de indenizar a autora.

Já no Hospital Nossa Senhora do Rosário, a autora foi internada em UTI no dia 15 de abril de 2011, foram feitos diversos procedimentos, como

Acesso ao Sumário

a ressecção de cólon e parte do intestino delgado, confecção de ileostomia, lavagem, drenagem e fechamento da cavidade abdominal. A autora desenvolveu quadro inflamatório insidioso e inespecífico, que evoluiu com manifestações cutâneas, havendo progressão para septicemia, perfuração intestinal e necrose intestinal. Recebeu alta em 1º de julho de 2011, todavia, no dia seguinte, retornou ao hospital, sendo então transferida no dia 25 do mesmo mês para o Hospital Santa Cecília. A requerente aponta que o seu quadro clínico foi decorrente da ausência de acompanhamento após o parto, realizado no dia 20 de janeiro de 2011, pelo Hospital Nossa Senhora do Rosário, que deixou de prestar os devidos cuidados. Narrou ainda falha na prestação do serviço durante o período em que permaneceu internada (abril a julho/2011).

Novamente, imprescindível o laudo pericial para se chegar à conclusão sobre a narrativa dos fatos alegados pela autora. O perito considerou que os sintomas e sinais apresentaram-se em março de 2011, quando a autora ainda estava em estado puerperal. Classificou o quadro da requerente como 'raro e grave de início insidioso de processo inflamatório intestinal (retocolite ulcerativa) com manifestação cutânea através de trombose em diversas áreas de pele, principalmente em membros inferiores e região genitoperineal. Houve progressão fulminante desse quadro, causando trombose mesentérica e necessidade de íleo-colectomia, controle da doença com corticoides, curativos seriados e cobertura cutânea com enxertia de pele entre outros tratamentos. Importante frisar que a inespecificidade do quadro clínico inicialmente e a rápida progressão para lesões de pele não permitiriam que as lesões cutâneas fossem evidenciadas, uma vez que foi a apresentação clínica inicial da patologia inflamatória intestinal com manifestação extra-intestinal' (fls. 2398/2399).

O expert afirmou que é possível a ocorrência de uma septicemia em virtude da cesárea, todavia é pouco provável. Informou ainda que a septicemia decorre de vários fatores, além do patógeno causador, como as condições clínicas e imunológicas do paciente, assim como o tipo de procedimento realizado (fls. 2402/2403).

Entretanto, independentemente do quadro apresentado ser decorrente ou não do parto, o perito considerou que a cirurgia de laparotomia exploradora realizada pelo Hospital Nossa Senhora do Rosário foi tardiamente feita, 'uma vez que o próprio quadro clínico indicava inicialmente tratar-se de quadro abdominal. Apesar da evidente piora clínica, de alterações laboratoriais indicando a gravidade do quadro e de exame tomográfico datado de 15/04/2011, a indicação de laparotomia exploradora somente foi realizada seis dias depois' (fls. 2411). Ainda, concluiu que 'o retardo no diagnóstico etiológico e tratamento específico foram determinantes em afastar a possibilidade de melhor prognóstico do grave quadro' (fls. 2412).

Assim, evidente a responsabilidade do Hospital Nossa Senhora do

Acesso ao Sumário

Rosário no agravamento do estado clínico da autora.

Por fim, conclui o perito:

'Considerando os achados periciais e a discussão prévia conclui-se que a Autora apresentou quadro abdominal inicialmente inespecífico, mas persistente às medicações sintomáticas prescritas. Até o atendimento feito no Hospital Albert Sabin em 08/04/2011, inclusive, o quadro era pouco específico e sem sinais de gravidade que indicassem necessidade de condutas de pronto-atendimento diferentes daquelas realizadas.

A partir da piora do quadro clínico em 11/08/2011, com surgimento de lesões cutâneas trombóticas e de presença de sangue nas fezes, acompanhadas de anemia persistente e que progrediu para pancitopenia, houve evidente dificuldade do corpo clínico tanto do Hospital Albert Sabin quanto do Hospital e Maternidade Nossa Senhora do Rosário em seguir as condutas preconizadas em literatura especializada na busca pelo diagnóstico etiológico, eminentemente em relação à evolução do quadro abdominal com necessidade, após dez dias, de ressecção total do cólon e parte do íleo terminal. Assim, há relação nexo causal entre a evolução desfavorável intestinal e suas sequelas com a conduta médica adotada, naqueles dois hospitais, com base em literatura especializada' (fls. 2401).

Assim, torna-se indiscutível o dever de indenizar a autora pelos corréus, razão pela qual os pedidos são procedentes.

Faz jus a autora à pensão vitalícia mensal no valor de um salário mínimo, desde o dia em que foi afastada do trabalho (11 de abril de 2011), reajustando-se tal valor segundo a Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal. Os juros moratórios de 1% ao mês contam-se desde o vencimento de cada prestação.

A conclusão do laudo pericial deve prevalecer no caso: 'O quadro da autora, ainda durante a internação no Hospital Albert Sabin, apresentou abrupta piora com necessidade de ampliação da investigação na busca pelo diagnóstico etiológico, e que não ocorreu. Naquele cenário, o diagnóstico não ocorreu'. Ainda: 'Reitere-se que elementos disponíveis inclusive no histórico apresentado e anotado em prontuário médico, como a presença de diarreia, sangue nas fezes; presentes já na internação no Hospital Albert Sabin, não suscitaram investigação direcionada ou avaliação por gastroenterologista ou cirurgião geral, o que poderia desencadear outros exames como anuscopia, retoscopia ou colonoscopia com possibilidade de obter biopsias do tecido intestinal e, assim, o diagnóstico etiológico, numa fase prévia à posterior necrose intestinal'. (fls. 2526/2527).

É o quanto basta, portanto, para definir que o direito da autora ao recebimento de pensão mensal ficou devidamente demonstrado nos autos, sendo certo não se falar em compensação da pensão mensal fixada nesta ação

Acesso ao Sumário

com eventual verba previdenciária, sendo possível a sua cumulação, conforme entendimento do STJ ('o pensionamento por ilícito civil não se confunde com o pago pela Previdência Social, por ter origem diversa, de sorte que possível a concomitância entre ambos, não ficando eximido o causador do sinistro se, porventura, a vítima ou seus beneficiários percebem pensão paga pelo INSS' Resp 575.839, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 18/11/2004). (...)

Ainda, inegável o severo padecimento moral.

(...)

Entende-se por dano moral aquele que afeta não o patrimônio da pessoa, mas o que está relacionado aos chamados direitos da personalidade (honra, dignidade, intimidade etc), podendo e devendo ser indenizado sempre que violados.

E, na esteira da jurisprudência do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil: 'salvo aqueles fatos que acarretem sofrimento intenso e presumido à generalidade dos seres humanos como a perda de um dos pais, de filho, ou as deformidades, os prejuízos com o dano moral por sofrimento devem ser provados' (Ap. c/ Rev. 650.204-00/1 - 2ª Câmara - Rel. Juiz NORIVAL OLIVA - J. 14.4.2003).

Trata-se, portanto, de dano in re ipsa, por força do simples fato da violação do direito, sem necessidade de específica comprovação de prejuízo. (...)

Em razão do evento, a autora possui regiões com enxertia de pele parcial (trocânteres femorais, joelhos e pé esquerdo), regiões com cicatrizes por segunda intenção (dorso dos pés, pernas, faces posteriores e laterais dos joelhos, marginais às áreas enxertadas em trocânteres, região interglútea, região perianal e perigenital, face dorsal do antebraço esquerdo), regiões doadoras de enxerto de pele (coxas direita e esquerda) e região abdominal anterior comprometida por cicatrizes dos procedimentos realizados (laparotomia, ileostomia e drenagens). Ainda, houve o acometimento do tecido subcutâneo (fls. 2379).

Bem por isso devem ser reconhecidos os danos morais.

No tocante ao quantum indenizatório, é cediço que a fixação do valor do dano moral deve levar em consideração as funções ressarcitória, preventiva e punitiva da indenização. Outrossim, o valor indenizatório deve assegurar a justa reparação do prejuízo, sem proporcionar enriquecimento sem causa, além de levar em conta a capacidade econômica das partes, grau de culpa e repercussão do dano. (...)

Assim, levando-se em conta os critérios normalmente aceitos pela jurisprudência e pela doutrina repercussão do dano, intensidade da culpa e condição socioeconômica das partes envolvidas fixa-se a indenização por dano

Acesso ao Sumário

moral na quantia de R$ 1.000.000,00, a qual será corrigida da presente data, com incidência de juros legais de 1% ao mês, desde o evento danoso (15 de abril de 2011), nos termos do artigo 398 e 405 do Código Civil e Súmula 362 do STJ.

Por fim, quanto ao pedido de custeamento do tratamento da autora, entendo que os corréus devem arcar com todos os cuidados necessários para a sobrevivência e reabilitação da requerente até sua convalescença, eis que caracterizada a obrigação em reparar o dano suportado pela autora. (...)

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos para os fins de (i) determinar que os réus arquem solidariamente com todo o tratamento necessário pela autora para sua sobrevivência e reabilitação até a alta médica por profissional qualificado, o que deve incluir o custeio de honorários médicos, medicamentos e insumos hospitalares e de uso diário, a serem fornecidos mensalmente à requerente e entregues em seu domicílio pelos réus; (ii) condenar solidariamente os réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 1.000.000,00, corrigido desde essa data e com juros de mora de 1% ao mês a partir de 15 de abril de 2011; (iii) condenar solidariamente os réus ao pagamento de pensão mensal vitalícia, desde 11 de abril de 2011, no importe de um salário mínimo vigente, corrigido e com juros de mora de 1% ao mês, a contar do vencimento de cada prestação.

Sucumbentes, arcarão os réus, solidariamente, com o pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC" (v. fls. 2542/2558).

E mais. A responsabilidade de todos os réus é patente e foi acertadamente reconhecida pelo MM. Juízo de origem.

Da mesma forma, os atos ilícitos praticados, os danos sofridos e o nexo da causalidade restaram perfeitamente descritos na sentença. Aliás, é oportuno salientar que, de fato, a perícia judicial é imprescindível para o deslinde da causa, inexistindo elemento apto a desconstituir as conclusões do perito.

Acesso ao Sumário

Quanto às teses recursais, razão assiste em parte aos recorrentes tão somente no tocante ao valor da indenização por danos morais.

Não prospera o pedido de delimitação das responsabilidades de cada réu formulado pelo Hospital Albert Sabin-coapelante. É incontroverso que tal hospital realizou o primeiro atendimento em 8/4/2011 e a primeira internação em 11/4/2011 a 15/4/2011.

Ora, nada obstante ter o Hospital Albert Sabin preferido transferir a paciente para o Hospital e Maternidade Nossa Senhora do Rosário-corréu após curto espaço de tempo de internação, é certo que o estado de saúde da autora, quando internada no Hospital Albert Sabin, era grave e demandava rápida e

eficiente atuação médica, consoante ressaltado pelo perito: "*cabe aqui ressaltar aquilo que foi descrito de maneira fundamentada no laudo pericial. O quadro da autora, ainda durante a internação no Hospital Albert Sabin, apresentou abrupta piora com necessidade de ampliação da investigação na busca pelo diagnóstico etiológico, e que não ocorreu. Naquele cenário, o diagnóstico etiológico não ocorreu*" (fls. 2526).

Também não prospera a tese de que a doença da autora só foi diagnosticada 1 ano e sete meses após a primeira internação. Na realidade, conforme exaustivamente abordado na prova pericial, o que ocorreu foi "*que o quadro da autora evoluiu de um quadro inflamatório intestinal inicial até a sepse e perfuração intestinal, essas consequentes à trombose desencadeada pelos fatores iniciais*" (fls. 2486).

Diante disso, embora não seja possível concluir com certeza que os danos sofridos pela autora seriam evitados se o correto diagnóstico e tratamento fossem feitos no primeiro atendimento prestado pelo Hospital Albert Sabin ou na internação realizada no Hospital Nossa Senhora do Rosário, também não há nenhuma prova suscetível de afirmar que tais danos ocorreriam de qualquer maneira. É caso de aplicar-se, pois, a teoria da perda de uma chance.

Discorrendo sobre o assunto, Miguel Kfouri Neto, na obra Responsabilidade Civil do Médico, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 67/68, ao descrever a adoção pela jurisprudência francesa da teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, descreve:

> "*Quando não é possível afirmar que determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, a Corte de Cassação francesa supõe que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura, e, em consequência, condena à indenização por esta perda. Desaparece, desse modo, a dificuldade em se estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente, que tanto podem dever-se à culpa do profissional quanto às condições patológicas do paciente. Afirma-se que a atuação do médico diminui a possibilidade de cura desejável*".

Aliás, acerca de tal teoria, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "*DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade*

Acesso ao Sumário

civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada" (REsp 1254141/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe 20/2/2013).

A responsabilidade dos réus, pois, é patente pela perda de uma chance -- a possibilidade de a paciente não sofrer os danos mencionados na inicial e fartamente demonstrados pelas fotografias acostadas aos autos, ou, pelo menos, ter os danos minimizados, sendo mesmo de rigor a procedência do pedido.

Os recursos também não merecem acolhimento quanto à pensão mensal vitalícia e ao custeio do tratamento médico.

Primeiro porque, comprovada a incapacidade laborativa total e permanente (fls. 2525), o dever de pagamento de pensão mensal vitalícia desde a primeira internação é de rigor, descabendo falar em pagamento tão somente após o trânsito em julgado da decisão nem em não cumulatividade com o benefício previdenciário, consoante já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1295001/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 1/7/2013).

Segundo porque o custeio do tratamento médico é decorrente dos atos

Acesso ao Sumário

ilícitos perpetrados pelos réus e deve ser garantido independentemente da existência ou não de contrato de plano de saúde entre a autora e a operadora-corré.

Por outro lado, a r. sentença comporta reparo no que diz respeito ao *quantum* indenizatório.

O valor dos danos morais deve ser fixado com moderação, atento o magistrado para as condições financeiras da vítima e do ofensor. Não cabe ao Poder Judiciário, por um lado, fixá-lo em valor exageradamente elevado, permitindo o enriquecimento ilícito da vítima. Não pode, por outro lado, arbitrá-lo em valor insignificante que estimule o agressor a reiterar a prática ilícita. Na correta advertência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório*" (RT 814/167).

Portanto, embora não se negue a gravidade dos danos permanentes sofridos pela autora, nota-se que o valor fixado de R$ 1.000.000,00 é de fato excessivo, destoando dos julgados desta Colenda 5ª Câmara de Direito Privado, razão pela qual comporta redução para R$ 100.000,00, em efetiva observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em suma, impõe-se a redução da indenização por danos morais para o valor de R$ 100.000,00, com correção monetária a partir da data do acórdão e acréscimos de juros contados da data da citação.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1126989-40.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSE CIAPPA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado IGREJA EVANGÉLICA ASSEMBLEIA DE DEUS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, é que negaram provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.995)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente), FÁBIO QUADROS e NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 23 de março de 2017.

Acesso ao Sumário

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Danos morais. Doações em dinheiro à igreja. Imputação de má-fé. Participação nos cultos que é livre e espontânea. Prova insuficiente das doações e do intuito doloso por parte da ré. Improcedência acertada. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação de indenização por dano material e moral, sustentado o autor apelante que efetuou o pagamento em doze parcelas até o término da campanha, valor este que foi pago mediante esforços com o propósito de alcançar promessa feita pela requerida. Afirma que, em razão da presença de várias pessoas no culto, a testemunha não conseguiu presenciar a entrega dos valores e que a requerida não emite recibos de pagamento. Alega, por fim, que a requerida e seu representante são alvos de investigação na operação "Lava Jato", fato que por demonstra ausência de boa-fé, sendo cabível a indenização pelo dano moral e material decorrente.

Nas contrarrazões a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

Este é o relatório.

O recurso não merece provimento.

Alega o apelante que a requerida prometeu-lhe falsamente que ficaria próspero desde que ofertasse valores à igreja. Afirma que por não dispor dos valores exigidos, tomou empréstimo de amigos na soma de R$ 8.500,00. Conduzido à má-fé da requerida, alega estar acometido por depressão, o que lhe ocasionou danos moral e material.

A r. sentença, da lavra da eminente Magistrada **Dra. Maria Cristina de Almeida Bacarim**, bem analisou e decidiu as questões controvertidas principais, devendo os seus fundamentos ser adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso. Agiu com acerto e baseada corretamente na prova ao não acatar o pedido indenizatório do autor.

A adoção dos fundamentos expendidos na r. sentença encontra respaldo no art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo ("*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.*"), o que se faz quando são absolutamente suficientes os fundamentos da r. sentença, evitando-se a inútil e fastiosa repetição, com outras palavras.

O permissivo regimental, aliás, está sacramentado pelo Colendo Superior

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça ao decidir que "*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. de 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

De toda sorte, vale realçar que não há prova segura nos autos das doações realizadas pelo autor, sendo que a única testemunha, descompromissada, não presenciou a efetiva entrega dos valores à requerida, não restando comprovado o ato ilícito.

No mais, como bem salientado pela digna Magistrada, a participação nos cultos é realizada de forma livre e espontânea. Os rituais empregados pelas instituições por si só não constituem ilícito civil, porquanto os frequentadores são livres para aceitá-los ou não. E, além de não comprovadas as efetivas doações pelo autor, não restou demonstrado o abuso na conduta da requerida.

Neste sentido, confira-se desta Câmara:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Instituição religiosa - Doação de quantias em dinheiro a igreja mediante empréstimos contraídos pelo autor - Conduta dolosa e indução a erro - Acusações contra bispos e pastores de prática de coação moral para obtenção de empréstimos e posterior doação à igreja - Ação de indenização por danos materiais e morais - Sentença de improcedência - Atos ilícitos não comprovados - Prova insuficiente - Sentença mantida - Apelação desprovida.*" (Apelação 0128663-12.2010.8.26.0100, Relator Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 23.05.2014).

Daí porque de rigor a manutenção da r. sentença apelada, inclusive pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Mantida a sucumbência do apelante, majoro os honorários fixando-os em 20% do valor da causa, nos termos do art. 85, §11, do NCPC.

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001656-46.2013.8.26.0257, da Comarca de Ipuã, em que são apelantes VICENTE COBIANCHI (JUSTIÇA GRATUITA) e SANDRA CRISTINA STEPHANELLI COBIANCHI, são apelados SONIA APARECIDA DE OLIVEIRA, FLAVIO

Acesso ao Sumário

DE OLIVEIRA, GILBERTO DE OLIVEIRA, DUERCIO DE OLIVEIRA, ADRIANA DE OLIVEIRA e FABIANO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo retido e negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34436)**

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

São Paulo, 20 de março de 2017.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Agravo retido - Ausência de requerimento de apreciação do recurso de agravo nas contrarrazões de apelação - Artigo 523, §1º, do revogado Código de Processo Civil - Recurso não conhecido.

Apelação - Ação de imissão de posse - Ausência de nulidade do julgado - Não obstante o MM. Juízo da Comarca de Ipuã, nos autos da ação de usucapião ajuizada posteriormente pela parte requerida, tenha reconhecido a existência de conexão entre o citado feito e a presente ação de imissão de posse, cumpre esclarecer que, observada a abalizada opinião manifestada, inexiste conexão entre os feitos - Ações de imissão de posse e de usucapião - Não obstante o bem da vida almejado pelas partes seja alvo de disputa em ambas as ações, não prospera a pretensa conexão dos feitos, em virtude da ausência de identidade de causa de pedir - Pretensão petitória decorrente da transmissão sucessória da propriedade aos filhos da autora da herança - Direito real de habitação - Ainda que não se olvide que o direito real de habitação, descrito no artigo 1831, do vigente Código Civil, configure um direito garantido ao cônjuge supérstite, independentemente do regime de bens, de remanescer no imóvel destinado à residência familiar, tal direito não socorre o requerido litisconsorte Vicente - Contração de novas núpcias - Respeitadas as abalizadas opiniões em contrário, deve-se entender que tal direito deve subsistir apenas enquanto o cônjuge sobrevivente viver ou não constituir nova união ou casamento - Posse

Acesso ao Sumário

precária exercida pelo requerido - Descabimento da exceção de usucapião invocada - Ausência de "animus domini" - Impertinência da pretensão indenizatória por benfeitorias, que sequer restaram especificadas - Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por Sônia Aparecida de Oliveira, Flávio de Oliveira, Gilberto de Oliveira, Duércio de Oliveira, Adriana de Oliveira e Fabiano de Oliveira em face de Vicente Cobianchi e Sandra Cristina Stephaneli Cobianchi, em que restou formulada a reivindicação da coisa litigiosa, vez que, embora o requerido litisconsorte Vicente fosse casado com Maria Filócomo Cobianchi, genitora dos autores e autora da herança que lhes transmitiu o domínio do imóvel, desde seu falecimento passou a ocupar o bem de maneira injusta. Aduziram, ainda, pedido de reparação de danos.

Indeferida a tutela de urgência requerida (fl. 42).

Regularmente citados, os requeridos apresentaram contestação, onde foi alegado que o ingresso na posse da coisa foi decorrente da vontade da autora da herança, e que referida posse é exercida de forma mansa e pacífica há mais de quatorze anos. Pleitearam, ainda, a indenização pelas benfeitorias realizadas.

Indeferida a produção da prova técnica requerida, a parte autora interpôs recurso de agravo na forma retida (fl. 90/93).

Dispensada a dilação probatória, restou proferida a r. sentença de fl. 97/100, que julgou procedentes os pedidos formulados para: a) imitir os autores na posse da coisa litigiosa; b) condenar os requeridos ao pagamento de indenização em razão da ocupação indevida, desde a citação até efetiva desocupação, em montante a ser apurado em incidente de liquidação; c) conceder a tutela de urgência para determinar a desocupação do imóvel, no prazo de trinta dias, sob pena de desocupação coercitiva. Condenados os requeridos, outrossim, ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados na quantia equivalente a 10% do valor atribuído à causa.

Em suas razões recursais, aduzem os requeridos, preliminarmente, a nulidade do julgado, posto que, uma vez reconhecida a conexão existente entre o presente feito e o de usucapião, deveriam as ações serem julgadas conjuntamente. No mérito, sustentam que se encontram na posse mansa e pacífica da coisa há mais de quatorze anos, fato que obstaculiza a pretensão formulada. Pugnam, ainda, pela indenização das benfeitorias realizadas na coisa.

Recebido, processado e respondido, subiram os autos.

Dispensado o preparo recursal ante a gratuidade da assistência judiciária.

É a suma do necessário.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, cumpre tecer breves comentários acerca do novo Código de Processo Civil.

A Lei nº 13.105/2015, promulgada em 16.03.2015, estabeleceu, em seu artigo 1.045, o diferimento de sua vigência em um ano, a contar da data de sua publicação (17.03.2015).

Ainda que não se olvide a imediata aplicabilidade da norma de caráter procedimental, com o fito de proteger o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, é vedada sua incidência a fatos pretéritos ao tempo de sua vigência (artigo 14, do Novo Código de Processo Civil).

Esta é justamente a hipótese dos autos.

Considerando-se que o presente recurso foi interposto ainda na vigência do antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), aplicam-se, à espécie, suas regras.

Não se conhece do recurso de agravo retido interposto.

O §1º do artigo 523, do revogado Código de Processo Civil, é claro ao exigir o expresso requerimento de apreciação do recurso de agravo nas razões ou na resposta da apelação, sob pena de não conhecimento do recurso.

Inexistindo, nas contrarrazões de apelação, pedido expresso para a apreciação do recurso de agravo, é de rigor seu não conhecimento.

Quanto ao recurso de apelação, não assiste razão aos recorrentes.

De início, cumpre salientar que, muito embora a parte autora tenha atribuído à demanda a nomenclatura de "ação reivindicatória", tem-se que, em verdade, a pretensão petitória invocada tem por objeto sua imissão de posse na coisa litigiosa, já que, não obstante seja a titular de seu domínio, nunca exerceu sua posse.

Não obstante o MM. Juízo da Comarca de Ipuã, nos autos da ação de usucapião ajuizada posteriormente pela parte requerida tenha reconhecido a existência de conexão entre o citado feito e a presente ação de imissão de posse (fl. 125/128), cumpre esclarecer que, observada a abalizada opinião manifestada, inexiste conexão entre os feitos.

Como é sabido, a ação de imissão de posse ostenta natureza petitória, porquanto lastreada no domínio da coisa litigiosa; já ação de usucapião apresenta natureza declaratória, vez que tem por intuito reconhecer a aquisição originária da propriedade, em virtude do exercício de posse qualificada ("animus domini") por certo lapso de tempo.

Embora se reconheça que o bem da vida almejado pelas partes seja alvo de disputa em ambas as ações, falece razão para a reunião dos feitos, seja por ausência de identidade de pedidos, seja por diversidade de causa de pedir.

Consoante preclara lição do mestre Cândido Rangel Dinamarco, "todo

direito a um determinado bem da vida nasce necessariamente de dois elementos: um preceito que a lei preestabelece e um fato previsto na lei como antecedente lógico da imposição do preceito (*ex facto oritur jus*). Em toda norma jurídica existe uma previsão genérica e abstrata de fatos tipificados com maior ou menor precisão (*fattispecie*), seguida do preceito a aplicar cada vez que na vida concreta das pessoas ou grupos venha a acontecer um fato absorvido nessa previsão (sanctio juris). Por isso, para coerência lógica com o sistema jurídico com um todo, o sujeito que postula em juízo deve obrigatoriamente explicitar quais os fatos que lhe teriam dado direito a obter o bem e qual é o preceito pelo qual esses fatos geram o direito afirmado. Isso explica a composição mista da *causa petendi*, indicada no Código de Processo Civil como *fatos e fundamentos jurídicos do pedido* (art. 282, inc. III)"[1].

Destarte, tratando-se de demandas (imissão de posse e usucapião) que ostentam fatos e fundamentos distintos, não há que falar em conexão.

Nesse sentido, assim, já decidiu a C. Câmara Especial desta E. Corte:

"Conflito negativo de competência. Ação de Imissão de posse e Ação de Usucapião. Inexistência de conexão, ainda que as demandas versem sobre o mesmo imóvel. Natureza diversa das ações que impede o julgamento conjunto. Inexistência de risco de decisões conflitantes. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado".

(Conflito de Competência nº 0032467-47.2014.8.26.0000, Rel. Des. Pinheiro Franco, Dj. 13/11/2014).

Ademais, há que ressaltar que os ora recorrentes - autores da ação de usucapião - manifestaram, por ocasião da contestação ofertada na ação de imissão de posse, exceção de usucapião como matéria de defesa, de sorte que não há que falar em nulidade decorrente do julgamento da ação petitória.

Consoante se vislumbra dos autos, a presente ação de imissão de posse tem por objeto o imóvel descrito na Matrícula de nº 1626, do Registro Imobiliário da Comarca de Ipuã, que era pertencente a Maria Filócomo Cobianchi, genitora dos autores, que, muito embora fosse casada com o requerido litisconsorte Vicente Cobianchi, em razão do regime da separação de bens vigente entre os cônjuges - determinado pelo disposto no artigo 258, parágrafo único, inciso II, do revogado Código Civil de 1916 (fl. 41) - acarretou a transmissão da propriedade somente a seus filhos (fl. 22/27).

Ainda que não se olvide que o direito real de habitação, descrito no artigo 1831, do vigente Código Civil, configure um direito garantido ao cônjuge supérstite, independentemente do regime de bens, de remanescer no imóvel destinado à residência familiar, desde "que seja o único daquela natureza a inventariar", cumpre salientar que, no presente caso, tal direito não socorre o

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, Malheiros Editores, pág. 71 e 126.

Acesso ao Sumário

requerido Vicente.

Isto porque, consoante se vislumbra da certidão de fl. 28, o requerido Vicente contraiu novas núpcias com a litisconsorte Sandra (fl. 28).

Como é sabido, o objetivo do direito real de habitação, tal como previsto no artigo 1.831, do Código Civil, é proteger o cônjuge sobrevivente, permitindo a utilização gratuita, com a finalidade de moradia, do imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Trata-se, portanto, de direito sucessório e personalíssimo.

Respeitadas as abalizadas opiniões em contrário, deve-se entender que tal direito deve subsistir apenas enquanto o cônjuge sobrevivente viver ou não constituir nova união ou casamento.

Nesse sentido, assim já decidiu esta C. Corte Paulista, por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes de nº 0000038-40.2012.8.26.0471/50001, da lavra do I. Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, que, com a devida vênia, transcreve-se trecho:

> "O centro da questão se encontra na interpretação do artigo 1.831 do novo Código Civil, que reza: 'Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar'
>
> Houve significativa alteração no direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, em relação ao que dispunha o Código Civil de 1.916. Tipifica-se o instituto como um verdadeiro legado "ex lege". Ao ser introduzido no direito italiano, pela reforma de 1975, tal conceito ficou devidamente sedimentado na doutrina peninsular. Na lição de Giovanni Gabrielli, 'o novo instituto, que tem aplicação generalizada, pode qualificar-se como legado ex lege, no momento em que tem por objeto a atribuição sobre bens determinados' (Giovanni Gabrielli, in 'Commentario alla reforma dei diritto di famiglia' - varios autores, Cedam, Padova, 1977, tomo I, parte II, pág. 833). É legado, porque recai sobre bem determinado. É 'ex lege' porque independe do negócio jurídico do testamento, integrando a capítulo da sucessão legítima.
>
> Tem a norma o escopo de permitir ao cônjuge supérstite continuar a viver no lugar e entre as coisas nas quais se desenvolveu a vida familiar, ou ao menos a sua última parte (Luigi Carraro, La Vocazione Leggitima Alla Successioni. Padova: CEDAM, 1.979, p. 116).
>
> Embora louvável e com apoio nas legislações contemporâneas, o artigo 1.831 do Código Civil, com o escopo de garantir a dignidade do viúvo, se excedeu em sua função, e merece interpretação sistemática, e não apenas gramatical.
>
> A primeira observação é a de que tem o cônjuge viúvo direito real de

Acesso ao Sumário

habitação qualquer que seja o regime de bens do casamento. Pode, portanto, não herdar quota de propriedade plena, em razão do regime de bens do casamento, mas lhe é assegurada, em qualquer hipótese, a permanência na habitação, bastando apenas que seja o único imóvel daquela natureza a inventariar. Não mais vigora, por conseqüência, a regra do sistema anterior, onde o direito ao instituto estava circunscrito aos casados pelo regime da comunhão universal, que não recebiam o usufruto vidual.

Prossegue o artigo 1.831 do novo Código Civil afirmando que o direito real de habitação é atribuído sem prejuízo da participação que caiba ao cônjuge supérstite na herança, subordinado, somente, à existência de um único imóvel de natureza residencial no espólio. O novo Código Civil, ao atribuir ao viúvo, em determinadas situações, quota de propriedade plena e mais o direito real de habitação, criou um dilema que não existia no sistema de 1.916. Basta imaginar a hipótese, nada acadêmica, de cônjuge supérstite que, em razão do regime de bens, concorre somente com um descendente. Caso o único bem do espólio seja um imóvel residencial, o viúvo receberia metade do imóvel como herança e mais o direito real de habitação vitalício sobre ele. Ao descendente restaria apenas a nua propriedade sobre a outra metade da herança, o que, à toda evidência, agrediria sua legítima.

Além disso, o artigo 1.831 do novo Código Civil, caso interpretado de modo literal, não mais subordina, tal como ocorria no Código de 1.916, a eficácia do direito real de habitação à persistência da viuvez. Logo, passou o viúvo a dispor de direito real vitalício sobre a residência do casal, podendo, inclusive, nela habitar com o novo cônjuge, o que em alguns casos gerará situações curiosas, especialmente quando os filhos do primeiro leito não mais morarem com o genitor sobrevivente, fazendo nascer conflito entre os interesses da família e do supérstite (Luigi Carraro, Lá Vocazione Legitima Alla Succesione, citado., p.118). É certo que o projeto de lei 6.960, de 2002 sana a omissão, fazendo retornar ao direito positivo a condição resolutiva do artigo 1.611 parágrafo 2º, vale dizer, o direito real de habitação somente existe enquanto perdurar a viuvez.

(...)

O direito real de habitação deve ter interpretação funcional e sistemática, jamais literal (ou gramatical), pois constitui direito fundamental de moradia do cônjuge sobrevivente.

A partir do momento que o beneficiário contrai novas núpcias, a proteção se desfaz, perdendo sua função protetiva.

Não faz o menor sentido o viúvo, ao casar novamente e inaugurar uma nova entidade familiar, distinta e desligada da que mantinha com o autor da herança, preserve o direito real de habitação, em detrimento dos descendentes, herdeiros de primeira classe.

Acesso ao Sumário

(...)

Uma interpretação literal e exegética do artigo 1.831 do Código Civil, tão ao gosto oitocentista, levaria à apressada conclusão de que o legislador excluiu a natureza vidual do direito real de habitação. Segundo essa vertente, se encara o silêncio da lei, quanto à extinção do direito real em razão de novo casamento, como a persistência da habitação em caráter vitalício.

Essa conclusão, porém, não pode prevalecer, porque criaria situação de profunda injustiça. O viúvo constituiria nova família na casa do autor da herança, com a possibilidade de criar um direito real de habitação de segundo grau. Basta imaginar a hipótese de o cônjuge supérstite vir a falecer. O seu segundo casal, em tese, também teria direito real de habitação, já totalmente desligado e sem qualquer vínculo com os herdeiros do proprietário original do imóvel".

(TJSP, Embargos Infringentes nº 0000038-40.2012.8.26.0471/50001, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, Dj. em 14.08.2014).

Destarte, tendo o cônjuge supérstite contraído novas núpcias em fevereiro de 2009, a posse, então exercida, tornou-se precária, o que viabiliza a pretensão almejada pela parte autora.

Tampouco pertine a alegação de usucapião.

Em que pese a usucapião extraordinária não exigir a posse justa do bem, ainda assim é necessário que o possuidor tenha a coisa com ânimo de dono ("animus domini"), incompatível com a precariedade da posse exercida pelos ora recorrentes.

No que se refere à posse precária, "é ela imprestável para usucapião não por ser injusta, mas por faltar ao possuidor animus domini, já que reconhece a supremacia do direito do terceiro sobre a coisa"[2].

De mesmo turno, falece razão à pretensão de indenização por benfeitorias, porquanto sequer restaram especificadas.

Por fim, outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral do que foi deduzido na r. sentença, aqui expressamente adotados pra evitar desnecessária repetição, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Posto isto:

a) não se conhece do agravo interposto na forma retida;

b) nega-se provimento ao apelo interposto.

Acesso ao Sumário

2 LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência, 6ª ed. Ed. Manoele, Barueri, 2012, p. 1220.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008558-71.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelado THIAGO CAMPOS FELIX (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

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 do autor e deram provimento em parte ao recurso da requerida. Por maioria de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.515)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, vencedor, PAULO ALCIDES, vencido, VITO GUGLIELMI (Presidente), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 27 de março de 2017.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator Designado

Ementa: Compromisso de compra e venda - Relação de consumo - Legitimidade passiva - Comissão de corretagem - Prescrição - Disposição contratual que estabelece dois prazos para entrega do imóvel, um certo e determinado e outro vinculado à obtenção do financiamento bancário, para o qual não havia data estipulada no contrato - Nulidade - Violação do disposto no artigo 39, XII, do CDC - Atraso injustificado - Lucros cessantes presumidos - Súmula 162 TJSP - Indenização por danos materiais que não ultrapassa 0,5% do valor atualizado do contrato - Impossibilidade de aplicar de modo inverso a favor do comprador penalidades previstas no contrato - Súmula TJSP nº 159 - Cumulação de multa moratória e indenização por danos materiais descabida, sob pena de dupla indenização pelo mesmo fato gerador - Danos morais - Não ocorrência - Inexistência de grave sofrimento ou ofensa a direito de personalidade - Dissabores inerentes à vida em sociedade - Taxa de evolução de obra - Sentença "extra petita" - Recurso do autor improvido, recurso da requerida provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação indenizatória julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 187/195, de relatório adotado, para condenar a ré a ressarcir os valores pagos pelo autor a título de aluguel de outro imóvel, no valor de R$ 500,00 por mês, no período de 01/07/2012 a 04/04/2014, e a reembolsar os encargos bancários decorrentes da demora na entrega do imóvel.

Recorre o autor, forte na alegação de inversão do ônus da prova, devolução da comissão de corretagem e dos juros de obra, aplicação da multa moratória e, por fim, pagamento de indenização por danos morais.

Recorre também a ré, sustentando ser a decisão *extra petita* quanto à taxa de evolução de obra, que ademais é de responsabilidade do consumidor ante à CEF. No mérito, argumenta pela inexistência de atraso, aplicando-se prazo de construção de 24 meses após a assinatura do contrato de financiamento.

Recurso do autor isento de custas (fls. 89), recurso da ré preparado (fls. 248/249), respondidos às fls. 250/276 e 279/292).

É o relatório.

Entendeu o D. Relator sorteado pela prescrição da pretensão relativa à comissão de corretagem e pela validade do prazo alternativo de entrega do imóvel, inexistente atraso.

Respeitado seu entendimento, que acompanho quanto à comissão de corretagem, ouso divergir em relação ao prazo de entrega alternativo.

Primeiro, observo que trata a lide de evidente relação de consumo, em que a requerida atua como fornecedora de imóveis ao público em geral, no caso, o autor, valendo-se de contrato previamente elaborado.

Incidem desse modo as disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

A questão referente à inversão do ônus da prova, contudo, é irrelevante no caso em exame, pois os fatos objeto da lide estão devidamente documentados, sendo a prova dos autos suficiente para sua resolução.

Acesso ao Sumário

Dito isso, deve ser afastado o prazo previsto na cláusula 5 do quadro resumo, que fixa a data de entrega do imóvel no prazo de 24 meses após a assinatura do financiamento bancário (fls. 37).

Isso porque não foi pactuada data para obtenção do financiamento. E a duplicidade de prazos, além de tornar incerto o prazo de conclusão, se revela excessivamente onerosa ao consumidor.

Dessa forma, não havia prazo determinado para conclusão das obras, o que é vedado, nos termos do artigo 39, XII, do CDC.

Em hipótese análoga já se decidiu:

"*Da forma como elaborado o contrato havido entre as partes, dificultada*

resultou a sua boa compreensão. Isto se afirma, pois enquanto a cláusula 7 do quadro resumo aponta expressamente ser o prazo para a entrega física das unidades autônomas 30 de outubro de 2011 ou em até vinte e um meses da data da assinatura pelo promissário do instrumento de financiamento com a CEF, o que ocorrer primeiro (fls. 14); no contrato de promessa de compra e venda, em seu item XII-1 (fls. 32), reportando-se ao já apontado quadro resumo e cláusula 7, dispõe que haverá prazo de tolerância de 180 dias em favor da promitente, elencando diversas outras causas que poderiam, inclusive, justificar atraso mais expressivo, causas estas tidas como de força maior. Assim, combinadas as disposições em questão, ter-se-ia três opções para a entrega do imóvel aludido na inicial, quais sejam: a) entrega em 30 de outubro de 2011, com acréscimo máximo de 180 dias; b) entrega em 21 meses após a assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa, mais 180 dias e c) qualquer das duas hipóteses, mais o quanto de prazo fosse necessário para superar causas que estivessem a atrasar a entrega das obras e que se classificassem como de força maior. Pois bem. O simples fato de haver opção a favor da recorrente para determinar-se o prazo final de entrega da obra compromete em grande parte as cláusulas analisadas, e isto porque a mesma opção não é dada ao recorrido, violando-se, aqui, o quanto disposto no art. 51, inc. XIII e XV, do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, a mesma lei consumerista orienta que os contratos de consumo devem ser redigidos de modo a facilitar sua imediata e fácil compreensão pelo consumidor, e, estando envolvida, no caso, como sustenta veementemente a apelante, opção que deixa obscura a efetiva data que deveria ser entregue a obra objeto do contrato, igualmente violadas foram as disposições constantes do art. 46, e do § 4º, do art. 54, daquele Diploma legal antes mencionado. Em cláusulas fundamentais, como as abordadas neste recurso, uma vez que tratam justamente da data limite de entrega de imóvel principal objeto do contrato celebrado entre as partes, jamais se poderia adotar a esquemática neste instrumento verificada, e o seu emprego leva ao reconhecimento de que cláusulas assim constituídas são abusivas e, desta forma, são nulas. Determinada esta consequência, prejudicada fica a argumentação trazida pela recorrente em seu apelo para querer modificar o quanto posto na sentença, no sentido de que a entrega do imóvel estava prevista originalmente para outubro de 2011, mas com tolerância de 180 dias, tal prazo prorrogou-se para abril de 2012, tido este como o marco fatal para aludida entrega." (Ap. 0087640-34.2012 - Rel. JOÃO BATISTA VILHENA - 10ª Câmara de Direito Privado - j. 18/03/2014)

Considera-se, assim, como prazo para entrega do imóvel o mês de junho de 2012, já considerada a tolerância de 180 dias, cuja regularidade não foi objeto

Acesso ao Sumário

de recurso.

Recebido o imóvel somente em 04/04/2014 (fls. 86/87), bem demonstrado o inadimplemento da requerida.

Dessa forma, é devida a indenização por lucros cessantes, que são presumidos e decorrem da privação do uso do bem adquirido.

Esse o entendimento sumulado deste Tribunal de Justiça:

"*Súmula 162: Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.*"

No caso dos autos, o autor pleiteia o ressarcimento de aluguel mensal de R$ 500,00 relativo a imóvel que ocupou durante o período de atraso, conforme recibos de fls. 77/84.

Tal montante não ultrapassa o parâmetro praticado pelo mercado e usualmente adotado em hipóteses análogas por esta C. Câmara, equivalente a 0,5% do valor atualizado do contrato, de forma que mantida a condenação no ponto.

Quanto ao pedido de aplicação de multa por atraso, não cabe ao juízo adicionar cláusulas novas aos instrumentos contratuais. Se há desequilíbrio na relação mantida entre as partes, pode-se pleitear a declaração de nulidade das obrigações abusivas. Mas não é possível impor sanção não pactuada previamente.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara:

"*Inviável o pedido de extensão da cláusula penal - ajustada entre as partes para a hipótese de atraso do pagamento do preço - para o atraso na entrega do apartamento. Eventual assimetria das obrigações das partes em contrato de consumo pode levar à nulidade das cláusulas abusivas. Isso não significa, porém, possa o juiz intervir no contrato e criar nova cláusula penal, não ajustada entre as partes, para sancionar o comportamento do fornecedor. Sabido que a cláusula penal, como diz o próprio nome, tem origem convencional, de modo que não pode o juiz simplesmente substituir a vontade das partes e estender multas a novas situações jurídicas. Conheço perfeitamente recente precedente do Superior Tribunal de Justiça que contém a seguinte passagem: 'Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do*

Acesso ao Sumário

consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento' (REsp nº 955.134 - SC, Min Luis Felipe Salomão). Como é elementar, 'entende-se por cláusula penal a regra de natureza negocial que conecta uma pena ao inadimplemento de uma obrigação" (Jorge Cesa Ferreira da Silva, Inadimplemento das obrigações, Biblioteca de Direito Civil, coordenada por Miguel Reale e Judith Martins Costa, Editora RT, p. 233). Não vejo como possa o juiz integrar o contrato para criar uma cláusula penal, também chamada de multa contratual, ou de pena convencional de prefixação de perdas e danos não prevista pelas partes. Porém, isso não significa que o inadimplemento do fornecedor fique indene, mas tão somente que as perdas e danos não foram previamente ajustadas e nem prefixadas entre as partes, de modo que o prejuízo efetivo deve ser demonstrado pelo credor." (Ap. 0202968-93.2012 Rel. Francisco Loureiro j. 16/05/2014).

No mesmo sentido é a súmula 159 deste Tribunal:

"*Súmula 159 - É incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra. Incidência do disposto no artigo 411, do Código Civil.*"

Ademais, não seria cabível a pretensão de cumular a aplicação de multa moratória com a condenação por danos materiais, pois se trata de *bis in idem* e enriquecimento sem causa do comprador, o que não se admite.

O tema já foi assim decidido por esta C. 6ª Câmara de Direito Privado, em julgamento do qual participei:

"*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Atraso inequívoco na entrega do imóvel adquirido pelos autores - Inexistência de justificativas razoáveis para o atraso havido - Falta de material e mão de obra especializada constituem fatos imputáveis ao empreendedor, previsíveis e evitáveis - Fortuito interno - Chuvas excessivas que, além de não comprovadas, não caracterizam força maior - Dever das rés de indenizar bem reconhecido - Cláusula penal moratória que tem exatamente a função de prefixar as perdas e danos, razão pela qual não pode ser cumulada com eventual prejuízo dos adquirentes com origem no mesmo fato - Dano Moral - Inocorrência, diante de qualquer fato concreto relatado na inicial e demonstrado nos autos que revele sofrimento de estatura suficiente a gerar indenização - Ação parcialmente procedente - Recursos improvidos.*" (TJSP - Ap. 4006855-80.2013.8.26.0224 - Rel. Francisco Loureiro - 6ª Câmara de Direito Privado - j. em 23.01.2014).

Dito isso, o descumprimento contratual pode, em determinadas

Acesso ao Sumário

circunstâncias gerar dano moral. Mas esse dano não é consequência natural e irresistível de todo inadimplemento.

Segundo o professor Carlos Alberto Bittar, danos morais "*são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem; são aqueles que atingem a moralidade e a efetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas*" (*Reparação Civil por Danos Morais, São Paulo, RT, 1994, 2ª edição, pág. 26*).

Embora a entrega do imóvel com atraso configure inegável desconforto, não apresenta o autor elementos que apontem dissabor além daqueles inerentes à vida em sociedade, salientando-se que a compra de imóvel configura negócio jurídico de valor e complexidade consideráveis, que implica percalços e maiores cuidados.

Nesse quadro, não se evidencia abalo psíquico ou social, ofensa a direito da personalidade, que autorizem o deferimento de indenização.

Por fim, com relação aos juros de obra ou à taxa de evolução, de fato, não há na inicial nenhum pedido.

Nesse quadro, é mesmo *extra petita* a r. sentença e deve ser anulada no ponto.

Parcialmente procedente a lide, a sucumbência é recíproca. Devem as partes dividir custas e despesas processuais, compensando-se os honorários, conforme a sistemática do CPC/1973 vigente quando da publicação da r. sentença.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso do autor e dou parcial provimento ao recurso da ré.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010869-29.2015.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante/apelado GRUPO SOBAM HOSPITAL PITANGUEIRAS LTDA., é apelado/apelante CARLOS ALBERTO DE LIMA (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: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso da ré e parcial provimento ao recurso do autor. Vencido o 2º Juiz, que declara, acompanhado da 3ª Juíza.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16/22730)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente), LUIS MARIO GALBETTI, MARY GRÜN, RÔMOLO RUSSO e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 4 de abril de 2017.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Sentença de parcial procedência que determinou a reintegração do autor, ex-empregado aposentado demitido, e de seus dependentes ao plano de saúde coletivo que lhes atendia enquanto em vigor o contrato de trabalho e que condenou a requerida a lhes indenizar as despesas médicas realizadas após a demissão daquele - Insurgência das partes -*Recurso da requerida* - Incontroverso que a ex-empregadora do autor custeava o plano de saúde sem qualquer participação daquele - Benefício que não pode ser considerado como salário indireto e, portanto, como contribuição para o seu custeio - Ausência de requisito essencial, previsto no art. 31 da Lei nº 9.656/98, para manutenção do ex-empregado como beneficiário do plano de saúde - Novo entendimento consolidado no STJ - Reforma integral da sentença que se impõe - *Recurso do autor* - Benefícios da justiça gratuita que lhe foram concedidos por decisão não revogada nos autos - Apelo que merece acolhimento apenas para declarar suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais fixados na sentença e neste acórdão, observado art. 99, §§ 2º e 3º, do CPC - RECURSO DA REQUERIDA PROVIDO E RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 299/304, que julgou a ação de obrigação de fazer c.c indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Carlos Alberto de Lima, conforme dispositivo abaixo transcrito:

"**I)** Com relação à Empresa Continental Automotive do Brasil Ltda., julgo extinto o feito, sem análise de mérito, com fulcro no artigo 485, VI, do Novo Código de Processo Civil.

Sucumbente, deverá o autor arcar com as despesas processuais, além de honorários advocatícios, que, forte no artigo 85, §8º, do Novo Código de Processo Civil, fixo em R$ 1.000,00.

II) Com fundamento no artigo 487, I, do Novo Código de Processo Civil, resolvo o mérito da questão e julgo parcialmente procedente o pedido deduzido em juízo por Carlos Alberto de Lima em face de Sobam Centro Médico Hospitalar Ltda. e, em consequência:

I. ratificando a decisão concessiva de antecipação dos efeitos da tutela, determino que o réu reintegre/mantenha o autor e seus dependentes ao plano de saúde coletivo que lhes atendia enquanto em vigor o contrato de trabalho, nas mesmas condições, mediante o pagamento integral das respectivas mensalidades;

II. condeno o réu ao pagamento ao autor de indenização por danos materiais no importe de R$ 13.926,74, sendo certo que o montante deverá ser corrigido por meio da Tabela Prática do TJSP desde o ajuizamento da ação, bem como acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Improcedente o pedido relativo ao dano moral suscitado.

Tendo o autor sucumbido de parte dos pedidos, arcará com o pagamento correspondente a 30% das custas e despesas processuais, ficando o réu condenado ao pagamento dos 70% restantes.

O autor pagará ao patrono do réu honorários no valor de R$ 1.000,00. O réu, por sua vez, pagará honorários ao patrono do autor no valor correspondente a 20% sobre o montante da condenação.".

Inconformada apela a correquerida Sobam Centro Médico Hospitalar Ltda. (fls. 310/323), arguindo que o autor não fez opção por continuar como beneficiário do plano de saúde coletivo empresarial, contratado pelo ex-empregador, no tempo devido, vindo a requerê-lo somente por meio desta ação, ajuizada muito após o prazo de 30 dias contados da dispensa, previsto no art. 10 da Resolução Normativa nº 279/2011 da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Afirma, de outro lado, que o autor não preenche os requisitos do art. 31 da Lei nº 9.656/98, para se manter no plano de saúde, porquanto nunca contribuiu para este benefício, o qual, por sua vez, não pode ser considerado salário indireto, conforme preceitua o art. 458, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Subsidiariamente, requer que o autor seja mantido no plano de saúde exclusivo para funcionários inativos, contratado pelo ex-empregador, nos termos em que autorizado pelos arts. 13 e 17 da Resolução Normativa nº 279/2011 da ANS, observando-se a respectiva mensalidade estipulada, sob o argumento de que, diante destas disposições normativas, não pode ser compelida a mantê-lo no plano destinado aos funcionários ativos.

Impugna, ainda, a condenação de indenizar o autor pelos gastos médicos

Acesso ao Sumário

havidos após o período de desligamento do ex-empregador. Argui que, na data dos "supostos danos (a partir de 23 de maio de 2015 - fls. 35)" (sic), o autor não era mais beneficiário do plano de saúde por não ter feito a opção de nele permanecer, inexistindo negativa de cobertura ou impedimento à sua continuidade como beneficiário, a ensejar a imputação da reparação material pretendida, requerendo a reforma da sentença neste tocante. Por fim, requer a redução dos honorários advocatícios de sucumbência, para que sejam fixados em 10% sobre o valor da causa, suscitando o tempo de duração do processo, o trabalho demandado e a complexidade da causa.

O autor, por sua vez, apela (fls. 327/334) requerendo que lhe sejam reconhecidos os benefícios da justiça gratuita, para exonerá-lo da condenação ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência que lhe foi atribuído na sentença.

Contrarrazões apresentadas às fls. 337/341 e fls. 342/354, nos termos do art. 1.010, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

Este processo chegou ao TJ em 26/10/2016, sendo a mim distribuído em 01/11/2016, com conclusão em 03/11/2016 (fls. 356).

É o Relatório.

O recurso da requerida comporta provimento.

Relata o autor que, em razão de vínculo empregatício mantido com a empresa Continental Automotive do Brasil Ltda., desde 17/01/1989, passou a ser beneficiário, juntamente com os dependentes de sua família, do plano de saúde coletivo empresarial da requerida assim permanecendo após sua aposentadoria, em maio de 2010 (fls. 32), e até a sua demissão sem justa causa dos quadros da ex-empregadora, em junho de 2014 (fls. 258/261).

Afirma que, no entanto, não lhe foi dada a opção de permanecer como beneficiário do referido plano de saúde, nos termos do artigo 31, da Lei nº 9.656/98, quando de seu desligamento da empresa, vindo a requerer este direito por meio desta ação, comprometendo-se a assumir o pagamento do valor integral da respectiva mensalidade.

Analisado os autos, verifico ser incontroverso que o autor não contribuía diretamente com parte de seu salário para o custeio do plano de saúde coletivo empresarial contratado pela ex-empregadora, do qual ele e seus dependentes eram beneficiários.

Embora, em casos como este, já tenha decidido pela continuidade do empregado demitido-aposentado no plano de saúde coletivo empresarial, rendo-me à posição contrária agora firmada pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, Corte que tem como uma de suas principais funções a uniformização da interpretação das leis federais do país visando a conferir maior segurança jurídica às relações sociais e comerciais.

Acesso ao Sumário

Alinho-me, assim, ao entendimento unânime exarado pela Terceira e Quarta Turmas dessa Corte Superior, em recentes julgados, de que, se a empresa suportou com exclusividade a contribuição devida ao plano de saúde coletivo contratado para os funcionários enquanto vigente o vínculo empregatício, o ex-empregado não faz jus à manutenção da condição de beneficiário, após o seu desligamento. Veja-se a ementa das decisões referidas:

> "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO. MANUTENÇÃO DA ASSISTÊNCIA MÉDICA. ART. 31 DA LEI Nº 9.656/1998. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA. FATOR DE MODERAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO.
>
> 1. Cinge-se a controvérsia a saber se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora.
>
> 2. É assegurado ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998).
>
> 3. Nos termos dos arts. 30, § 6º, e 31, § 2º, da Lei nº 9.656/1998, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.
>
> 4. Contribuir para o plano de saúde significa, nos termos da lei, pagar uma mensalidade, independentemente de se estar usufruindo dos serviços de assistência médica. A coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, previsto em alguns contratos, que consiste no valor cobrado do consumidor apenas quando utilizar o plano de saúde, possuindo, por isso mesmo, valor variável, a depender do evento sucedido. Sua função, portanto, é a de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar.
>
> 5. O plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador não pode ser enquadrado como salário indireto, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora (art. 458, § 2º, IV, da CLT). Com efeito, o plano de saúde fornecido pela empresa empregadora, mesmo a título gratuito, não possui natureza retributiva, não constituindo salário-utilidade (salário in natura), sobretudo por não ser contraprestação ao trabalho. Ao contrário, referida vantagem apenas possui natureza preventiva e assistencial, sendo uma alternativa às graves deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS),

Acesso ao Sumário

obrigação do Estado.

6. Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a tão só existência de coparticipação, pois esta não se confundo com contribuição.

7. recurso especial provido." (REsp nº 1.594.346/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgamento em 09/08/2016, DJe 16/08/2016) (grifos não originais); e

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MANUTENÇÃO DO EX-EMPREGADO DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA (E SEUS DEPENDENTES) NA CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIOS DO PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. HIPÓTESE EM QUE A CONTRIBUIÇÃO FORA CUSTEADA INTEGRALMENTE PELO EMPREGADOR/ESTIPULANTE.

1. O ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa que contribuiu para plano privado de assistência à saúde - em decorrência de vínculo empregatício -, tem direito a ser mantido na condição de beneficiário, nas mesmas condições da cobertura assistencial que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição (mensalidade/prêmio) devida à operadora (artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98).

2. O conceito de contribuição abrange apenas as quantias destinadas ao custeio, parcial ou integral, da própria mensalidade ou do prêmio cobrado pela operadora de plano de saúde, independentemente da efetiva utilização de serviços médicos ou odontológicos. Tal definição alcança ainda o pagamento fixo mensal realizado pelo ex-empregado com o intuito de upgrade , isto é, acesso a rede assistencial superior em substituição ao plano originalmente disponibilizado pelo empregador, para o qual não havia participação financeira do usuário. Inteligência dos artigos 2º e 6º da Resolução Normativa ANS 279/2011 e da Súmula Normativa ANS 8/2005.

3. De outro lado, em se tratando de plano privado de assistência à saúde integralmente custeado pelo empregador/estipulante, as quantias despendidas pelo ex-empregado, única e exclusivamente, a título de coparticipação (percentual incidente sobre as despesas médicas/odontológicas efetivamente realizadas pelo usuário), como fator de moderação na utilização dos serviços, não caracterizam contribuição a ensejar a incidência da benesse legal. Exegese defluente do § 6º do artigo 30 da Lei 9.656/98.

4. Ademais, o custeio do plano de saúde coletivo empresarial pelo empregador/estipulante não se subsume ao conceito de salário-utilidade (salário in natura), por não ostentar a característica da

Acesso ao Sumário

comutatividade, ou seja, não configura retribuição ao trabalho prestado pelo empregado. Cuida-se de incentivo de caráter assistencial concedido por alguns empregadores com o objetivo de garantir a assiduidade, a eficiência e a produtividade dos empregados, não podendo, portanto, ser considerado salário indireto.

5. Nesse contexto, os ex-empregados não contributários - aqueles que não realizam pagamento sequer parcial de prêmio ou mensalidade do plano de saúde coletivo empresarial, limitando-se ao pagamento de coparticipação - não fazem jus ao direito de continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício. Precedente da Terceira Turma: REsp 1.594.346/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, DJe 16.08.2016.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial." (REsp nº 1.608.346/SP, Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgamento em 18/10/2016, DJe 30/11/2016) (grifos não originais).

Neste contexto, o plano de saúde possui apenas natureza preventiva e assistencial, não podendo ser considerado como salário indireto (art. 458, §2º, da CLT) e, portanto, como contribuição do empregado para este benefício. E, faltando este requisito essencial ("contribuição" do beneficiário) previsto no art. 31 da Lei nº 9.656/98, impossível se reconhecer o direito do ex-empregado à sua manutenção no quadro de beneficiários do plano de saúde coletivo empresarial, após sua demissão ou aposentadoria.

A exceção aceita é a existência de disposição contrária expressa no contrato de emprego ou do plano de saúde, ou em convenção coletiva de trabalho. Contudo, prova alguma foi produzida sobre estas hipóteses, pelo autor, o que lhe competia e era possível fazer, à luz do art. 333, I, do CPC/1973, vigente à época da instrução processual.

Indiferente, neste contexto, a controvérsia sobre o momento em que o pedido de manutenção no plano de saúde foi feito pelo autor.

Impõe-se, em decorrência, a reforma integral da sentença, quanto à determinação de reintegração do autor e de seus dependentes no plano de saúde de que gozavam, quando aquele estava na ativa; e à condenação da requerida a indenizá-los pelos danos materiais decorrentes de gastos médicos.

Em razão do resultado final do julgamento desta ação, o autor deverá arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios de sucumbência que fixo em R$ 1.000,00, por equidade.

O recurso do demandante, por sua vez, comporta parcial provimento.

Os benefícios da justiça gratuita, ao contrário do afirmado na apelação,

Acesso ao Sumário

foram-lhe deferidos pelo juízo de origem por meio da decisão de fls. 46 e não foram revogados pela sentença. Assim, nada há a apreciar sobre a sua concessão, nesta instância, cumprindo analisar apenas os seus efeitos, uma vez que revolvidos no recurso.

A gratuidade judiciária não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. Estas obrigações apenas têm sua exigibilidade suspensa, enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos do beneficiário, e passam a ser executadas caso o credor comprove a modificação da condição financeira daquele. A extinção dessas obrigações se dá apenas em razão do decurso do prazo de cinco anos, após transito em julgado da decisão que as certificou, caso mantida a condição de beneficiário da justiça gratuita do sucumbente neste período. Este é o novo regramento sobre a matéria expresso no Código de Processo Civil, em seu artigo 99, parágrafos 2º e 3º.

Desta forma, impossível se acolher o pedido de exoneração dos ônus sucumbenciais que foram impostos ao autor na sentença, cumprindo dar parcial provimento ao seu recurso apenas para sanar a omissão do julgado *a quo*, ressalvando a suspensão da exigibilidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, que lhe foram impostos, em razão da gratuidade judiciária que lhe foi reconhecida pela decisão de fls. 46, observado o quanto disposto no art. 99, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

Diante dessas considerações, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso da requerida, para reformar integralmente a sentença, e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor, apenas para declarar suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais fixados na sentença e neste acórdão, observado art. 99, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 14/17097)

Ementa: Plano de saúde - A coparticipação é considerada pela jurisprudência deste Tribunal como forma de contribuição do beneficiário, assim como também se entende desnecessário o pagamento pelo empregado de parcela descontada diretamente de seu salário como forma de contribuição, tendo em vista que o benefício a ele concedido é pago ainda que de forma indireta. Recurso da ré não provido.

Acesso ao Sumário

1. Sem embargo do inconfundível conhecimento jurídico do eminente relator, ouso, desta vez, dele discordar.

A apelação, pelo voto do desembargador relator, seria parcialmente provida nos seguintes termos:

> PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Sentença de parcial procedência que determinou a reintegração do autor, ex-empregado aposentado demitido, e de seus dependentes ao plano de saúde coletivo que lhes atendia enquanto em vigor o contrato de trabalho e que condenou a requerida a lhes indenizar as despesas médicas realizadas após a demissão daquele - Insurgência das partes - Recurso da requerida - Incontroverso que a ex-empregadora do autor custeava o plano de saúde sem qualquer participação daquele - Benefício que não pode ser considerado como salário indireto e, portanto, como contribuição para o seu custeio - Ausência de requisito essencial, previsto no art. 31 da Lei nº 9.656/98, para manutenção do ex-empregado como beneficiário do plano de saúde - Novo entendimento consolidado no STJ - Reforma integral da sentença que se impõe - Recurso do autor - Benefícios da justiça gratuita que lhe foram concedidos por decisão não revogada nos autos - Apelo que merece acolhimento apenas para declarar suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais fixados na sentença e neste acórdão, observado art. 99, §§ 2º e 3º, do CPC - Recurso da requerida provido e recurso do autor parcialmente provido.

2. Dispõe o artigo 30 da Lei nº 9.656/98: "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, 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 pagamento integral".

A coparticipação é considerada pela jurisprudência deste Tribunal como forma de contribuição do beneficiário, assim como também se entende desnecessário o pagamento pelo empregado de parcela descontada diretamente de seu salário como forma de contribuição, tendo em vista que o benefício a ele concedido é pago ainda que de forma indireta. Nesse sentido, já decidiu essa Câmara:

> A contribuição variável é forma de se compartilhar os custos do seguro de saúde, sendo considerada até mais cara para o segurado que efetivamente faz uso dos procedimentos a que se submete. Mas mesmo que assim não fosse a recorrida expõe que a empregadora custeava integralmente o seguro de saúde, sem a participação direta do apelado no prêmio. Ainda assim a conclusão é a de que o empregado contribuía com o custeio do seguro. É que nesse sentido o contrato celebrado

Acesso ao Sumário

entre a apelada e a estipulante constitui um benefício ao empregado. E é entendido pacificamente como sendo uma contraprestação ***in natura***. Para efeitos legais é considerada parcela integrante do salário do trabalhador, portanto, forma de contribuição indireta do empregado para o pagamento do seguro de saúde. (Apelação Cível nº 0010248-95.2012.8.26.0554, j. 20.2.2013. rel. Mendes Pereira).

Considerando a contribuição do autor, bem como o período de permanência como beneficiário do plano, a hipótese é de julgamento de procedência do pedido de manutenção no plano.

3. Ressalvando, portanto, o respeito à douta convicção do relator, ouso, desta vez, dela discordar, pois segundo o meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da ré.

LUÍS MÁRIO GALBETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010548-49.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes CLAUDIO ROGERIO DOS SANTOS PACHECO (JUSTIÇA GRATUITA) e VANESSA SANTANA PACHECO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada DIRCE DELFINO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.824)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente), CHRISTINE SANTINI e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: VICIO REDIBITÓRIO. Aquisição de imóvel mediante contrato verbal de permuta com torna em dinheiro. Ação estimatória ou 'quanti minoris', dada a finalidade de abater parte do preço pago na aquisição. Retenção de percentual ainda devido pelos compradores para abatimento no preço. Vícios ocultos apontados pela autora foram rejeitados pela sentença, ao argumento de que eram de conhecimento da adquirente a existência de

Acesso ao Sumário

problemas na tubulação. Prova testemunhal a indicar a dificuldade de apuração dos vícios quando da celebração do contrato. Fotografias que evidenciam a troca da tubulação do imóvel. Recurso que comporta provimento, para determinar o abatimento em razão da existência de vícios ocultos e consequente quebra do sinalagma contratual. Percentual devido a ser apurado em fase de liquidação de sentença. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 247/250, que julgou improcedente a ação redibitória c/c danos morais ajuizada por CLAUDIO ROGERIO DOS SANTOS PACHECO e OUTRO em face de DIRCE DELFINO DA SILVA.

Fê-lo a r. sentença, sob o fundamento de que os danos relatados poderiam ter sido facilmente identificados pela adquirente por ocasião da compra, de modo que não se qualificam como ocultos.

Os autores apelantes alegam, em síntese, que os vícios consistem de problemas nos encanamentos situados no subsolo do imóvel, de modo que inviável o seu conhecimento prévio. A existência dos vícios restou comprovada por fotos e prova testemunhal às fls. 20/36 e 226.

Em razão do exposto e pelo que mais argumentam às fls. 247/254, pedem o provimento de seu recurso.

O apelo foi contrariado (fls. 256/258).

É o relatório.

1. O recurso comporta provimento, respeitada a convicção do MM Juiz de Direito.

Conforme consta dos autos cuida-se de contrato verbal de permuta com torna em dinheiro celebrado em 09 de setembro de 2014, tendo por objeto o imóvel localizado na Rua Dirceu de Moraes, 237, bairro Planalto em Araçatuba-SP.

Como parte do preço do imóvel permutado foi estipulada a torna de R$ 100.000,00 pelos promitentes compradores, dividida em duas parcelas de R$ 50.000,00 cada uma, a primeira no momento da celebração do acordo e a segunda após a imissão na posse do comprador, conforme relatado por prova testemunhal inconteste às fls. 224.

Referem os autores que decorridos três meses da imissão na posse do imóvel, em dezembro de 2014, foram constatados problemas de vazamentos e

Acesso ao Sumário

rachaduras em vários cômodos. Contrataram profissional técnico para verificar a origem dos problemas, oportunidade em que se constatou o comprometimento da tubulação de água do imóvel (fls.218/220).

Explicam que diante do exposto, foi retido o pagamento referente à última parcela de R$ 50.000,00 para o abatimento dos valores a serem gastos com os reparos.

Referem que embora em um primeiro momento a requerida teria permitido a contratação dos serviços de restauração da tubulação, voltou atrás ao tomar conhecimento do custo dos reparos, superiores ao inicialmente previsto.

As alegações foram contrariadas e a divergência cinge- se, basicamente, quanto à existência dos vícios ocultos indenizáveis no imóvel.

2. Deferida a prova testemunhal, foram ouvidas cinco testemunhas.

FAUSTO EDUARDO BIMBI, antigo locatário do imóvel, relata que no último período em que ali residiu as contas de consumo de água elevaram-se consideravelmente, bem como um dos banheiros passou a exalar forte cheiro. Explica que alertou o fato à pessoa responsável pela locação do imóvel (fls. 218).

A testemunha FLÁVIO AFONSO DE QUEIROZ, encanador, relata ter examinado o imóvel, a pedido dos autores, apurou a necessidade de substituição das tubulações de esgoto e canalização de águas pluviais (fls. 220).

LEANDRO CAETANO DA SILVA, também encanador, aduz ter vistoriado a residência e constatado os vazamentos que exigiram a troca do encanamento da residência (fls. 222).

Por fim, TANIA MARIA GOBI refere ter conhecido o imóvel no período em que se encontrava disponível para venda, sem ter detectado quaisquer defeitos visíveis, como vazamentos e rachaduras (fls. 226).

São os fatos postos a julgamento.

2. Embora se trade de contrato verbal de permuta com torna, de valor superior a trinta salários mínimos, em possível violação ao disposto no artigo 108 do Código Civil, as partes desejam a manutenção da avença.

Diante da ausência de alegação da invalidade do contrato pelos interessados, passo ao exame da questão de fundo.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, amolda-se com perfeição aos fatos relatados nos autos o conceito de vício redibitório.

Na lição de **Caio Mário da Silva Pereira**, cuida-se de "*defeito oculto, de que portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor*" (***Instituições*, 11ª Edição Forense, vol III, p. 123**)

O vicio redibitório quebra a comutatividade das prestações, de forma tal

Acesso ao Sumário

que se o adquirente conhecesse o vício, teria lhe oferecido uma contraprestação menor (**G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA, M. C. BODIN DE MORAES, *Código Civil Interpretado*, v. II, São Paulo, Renovar, 2006, p. 62**).

Como se sabe a principal característica dos vícios redibitórios é o fato de serem ocultos. Isso significa que "*no momento da conclusão do negócio eles devem ser irreconhecíveis mediante o exame comum que é normalmente feito por pessoa tenta à administração dos seus negócios. Se o defeito for ostensivo, aparente, facilmente reconhecível por uma pessoa normalmente diligente, entende-se que, ou houve negligência ou o adquirente desejou receber a coisa assim mesmo, renunciando à garantia. Sendo, ademais, necessário que o defeito seja efetivamente desconhecido do adquirente no momento da conclusão do contrato*" (**G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA, M. C. BODIN DE MORAES, *Código Civil Interpretado*, v. II, São Paulo, Renovar, 2006, p. 63**).

No caso em exame, a prova testemunhal foi uníssona no sentido da existência de vícios na tubulação de águas do imóvel.

A questão central se funda na reconhecibilidade do vício, ou seja, se poderia ser facilmente detectado pelos adquirentes, mediante simples exame de pessoa diligente.

A resposta é negativa. Não existiam rachaduras ou vazamentos aparentes. A testemunha TANIA, que visitou previamente o imóvel estão disponível à venda, relatou o caráter oculto dos problemas mais tarde constatados.

A substituição da tubulação foi efetivada, o que restou comprovado em imagem fotográfica, que destaca a dimensão das obras realizadas pelos adquirentes (fls.20/36).

Incontroverso, portanto, a existência de infiltrações e consequente necessidade de troca das tubulações do imóvel.

Fácil concluir tratar de vício pré-existente à transmissão do imóvel. Primeiro porque a manutenção e custos de conservação do imóvel são ônus comuns aos proprietários e o imóvel já possuía mais de vinte anos. Segundo, por se tratar de problemas no encanamento localizado no subsolo do imóvel, não são visíveis a olho nu.

3. Caracterizado o vício redibitório abre-se a favor do adquirente obrigação alternativa, que deve optar entre redibir o contrato ou obter o abatimento do preço do bem mediante ação estimatória, ou *quanti minoris* (art. 442 CC/02).

Requerem os autores o abatimento de parte do preço devido na aquisição, caracterizando verdadeira ação estimatória ou '*quanti minoris*'.

Assinala **Nelson Rosenvald** que "*a ação estimatória, ou quanti minoris, implica a conservação do negócio jurídico à custa da redução do preço de aquisição, com devolução de parte de valores pelo alienante. Apesar do silêncio do legislador, acreditamos que a melhor maneira de calcular a restituição é*

pela obtenção de uma proporcionalidade entre o que foi pago e a perda de valor da coisa em decorrência do vício, alcançando-se assim a quantia a ser restituída. Nada impede a nomeação de um perito para a execução de tal atividade". (***Código Civil Comentado, Coordenador Min. Cezar Peluso*, Ed. Manole, págs. 335/336**).

Os autores não negam a retenção de parte do preço ainda devido à ré. Fazem jus ao abatimento do preço pela quebra da comutatividade contratual em função de vícios redibitórios.

Os documentos dos autos não permitem calcular com segurança o valor do dano. Vários documentos, e notas, de resto, são impugnados pelo réu.

Indispensável que o valor dos danos seja apurado em liquidação de sentença mediante arbitramento.

A modificação do resultado leva à inversão do ônus da sucumbência, que passa a recair integralmente sobre a ré. Deverá esta arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o montante da condenação, correspondente ao valor dos vícios apuráveis em liquidação.

Dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0208564-05.2005.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SAINT LOUIS PARTICIPAÇÕES LTDA. (LOPES CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA.), são apelados MARISA MOGADOURO CHAMMAS e NELSON CHAMMAS FILHO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido da ré e não conheceram do agravo retido dos autores, V.U. e, em razão de divergência, a turma julgadora foi ampliada, Artigo 942 do CPC; por maioria de votos, negaram provimento à apelação. O Relator sorteado, que declarará voto, e o 3º Juiz davam provimento a este recurso. O 2º Juiz ficou designado como relator do acórdão. O 4º Juiz declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES, vencedor, A.C.MATHIAS COLTRO, vencido, MOREIRA VIEGAS (Presidente), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 28 de setembro de 2016.
ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator designado

Ementa: AGRAVO RETIDO - PROVA PERICIAL - PRECLUSÃO INEXISTENTE - OMISSÃO POSTERIORMENTE SUPRIDA PELO JUÍZO - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - RECURSO NÃO PROVIDO.

AGRAVO RETIDO - REVELIA DA CORRÉ DECLARADA EM DESPACHO SANEADOR - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO - RECURSO NÃO CONHECIDO.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - INDENIZATÓRIA - ATRASO INJUSTIFICADO PARA A ENTREGA DE IMÓVEL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CARACTERIZADA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ASSESSORA INTERMEDIÁRIA - CONCORRÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO - DEVER DE REPARAÇÃO RECONHECIDO - LUCROS CESSANTES EQUIVALENTES AO VALOR QUE OS REQUERENTES PODERIAM AUFERIR COM A FRUIÇÃO DO IMÓVEL - FALÊNCIA DA CONSTRUTORA CORRÉ QUE NÃO OCASIONA MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA EXPERIMENTADA PELO CONSUMIDOR - SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA - APELO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por Marisa Mogadouro Chammas e Nelson Chammas Filho contra Construtora Cosenza Ltda. e Saint Louis Participações Ltda., que a respeitável sentença de fls. 1356/1361, cujo relatório adoto, julgou procedentes os pedidos para condenar as rés ao pagamento de lucros cessantes, custas e despesas processuais.

Inconformada, apela a ré Saint Louis sustentando, em sede preliminar, sua ilegitimidade passiva. No mérito, pede a redução da condenação de acordo com o grau de sua responsabilidade de intermediadora, devendo arcar com parte

consideravelmente menor que a construtora corré. Pleiteia reajuste no tocante ao cálculo para a apuração do valor indenizatório, devendo ser limitado à data de falência da construtora, bem como que o valor de imóvel para a apuração dos lucros cessantes não leva em conta a real cotação de mercado. Pontua, por fim, que a correção monetária antes de fevereiro de 2011 é indevida uma vez que o valor base do imóvel já está apurado com base nesse período. Requer, por fim, a redução da verba honorária e a apreciação do agravo retido. Pugna pela improcedência da ação ou pela redução do valor da condenação.

O recurso foi recebido (fl. 1398), preparado (1367/1368) e respondido (1406/1425).

É o relatório. Passo a decidir.

Adota-se o entendimento do douto relator sorteado no tocante à decisão dos agravos retidos.

Oportuno consignar que as relações que envolvem compra e venda de imóveis, adquiridos por consumidores finais, regem-se pelo Código de Defesa do Consumidor, que consagrou, em seus artigos 7º, parágrafo único e 25, §1º, a solidariedade da cadeia, devendo todos os fornecedores ou prestadores de serviço responder objetivamente pelos danos causados aos consumidores.

Na hipótese destes autos, é incontroversa a participação da recorrente no negócio jurídico consubstanciado na compra e venda do imóvel em debate, ocasionando a sua responsabilização e consequente solidariedade na obrigação de reparar eventuais danos suportados pelos autores, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva.

No mais, entendo que a responsabilidade para fins de assessoria não deve ser minorada uma vez que sua finalidade é justamente auxiliar o consumidor em sua decisão de compra, não havendo sentido outro para tal prestação de serviço. Nesse diapasão, é evidente a falha da intermediadora enquanto não se atentou para a situação do imóvel antes de assessorar sua venda.

Insta salientar que o pedido inicial se ateve ao estabelecimento e condenação em lucros cessantes e que, caso a ré se considere prejudicada pela efetivação de negócio precário, deverá se socorrer dos instrumentos de regresso para tal finalidade, restando reconhecida, neste momento, a procedência da totalidade dos pedidos da autora.

Assim, nada há que se considerar acerca da falência consolidada da construtora no deslinde processual enquanto, reitere- se, não se alcançou o provimento demandado, destacando que o grau de ciência da apelante acerca das condições econômicas de sua outrora parceira em nada afeta a relação direta de consumo, objeto do presente feito.

Em suma, a sentença ora recorrida deve ser mantida em todos os seus termos, por estes e por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo retido da ré, NÃO CONHEÇO do agravo retido dos autores e NEGO PROVIMENTO ao apelo, nos termos supra.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30771)

Ação: indenizatória.

Imóvel: apartamento n° 81, do Edifício Saint Croix, localizado na Alameda Jauaperi nº 77 e 83 e Rua Aracuitas nº 53, em Indianópolis, nesta Capital.

Argumentos dos autores: em apertada síntese, alegam ter firmado compromisso de venda e compra do imóvel supra, com previsão de entrega para fevereiro de 2004, considerando-se, aí, o prazo de tolerância de 180 dias. Todavia, o imóvel nunca foi entregue. Assim, postularam indenização pelos lucros cessantes.

A demandada Construtora Cosenza Ltda. compareceu espontaneamente nos autos (fls. 569/581), mas não contestou, tendo sido declarada sua revelia (fls. 693/694).

Defesa da corré Lopes (atual Saint Louis Participações Ltda.): preliminarmente, alegou a ilegitimidade passiva e, no mérito, bateu-se pela improcedência do pedido, ressaltando não ter qualquer responsabilidade pelo atraso nas obras (fls. 342/363).

Foi deferida a realização de prova pericial (fls. 709/709verso), vindo o respectivo laudo em fls. 758/921 e esclarecimentos em fls. 975/1007.

Em audiência, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelos autores (fls. 1263/1267).

Houve manifestação do i. representante do Ministério Público, em primeiro grau (fls. 1349/1353).

Sentença (fls. 1356/1361): julgou procedentes os pedidos para condenar as rés ao pagamento de indenização por lucros cessantes no equivalente a 0,5% sobre o valor do imóvel, no período de 1º de fevereiro de 2004 até 31 de janeiro de 2011 e, a partir de então, no valor de R$ 11.130,00, corrigidos monetariamente desde a data em que deveria ter sido paga cada mensalidade e com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, limitada à quantia de R$ 1.571.200,00, corrigidos monetariamente, desde fevereiro de 2004.

Em razão da sucumbência, foram as rés condenadas, ainda, ao pagamento das respectivas verbas, fixada a honorária em 20% sobre o valor da condenação.

Recurso da corré Saint Louis (fls. 1365/1388): preliminarmente, requer

Acesso ao Sumário

a apreciação do agravo retido de fls. 717/720 e, no mais, em síntese, repisa o quanto afirmado na contestação, inclusive, no tocante à preambular de ilegitimidade passiva. Subsidiariamente, requer seja a condenação reduzida, proporcionalmente, à sua participação no negócio, já que apenas intermediou a venda do imóvel e que o termo final da indenização seja a data da quebra da corré Cosenza, limitando-se ao valor do imóvel apurado para fevereiro de 2011 (R$ 1.184.400,00), que também deverá servir de parâmetro para os lucros cessantes. Postula, por fim, a redução da verba honorária.

Regularmente processado, foram apresentadas as contrarrazões (fls. 1406/1425).

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça declinou de se manifestar, aduzindo que a demanda versa sobre tema não afeto ao processo falimentar (fls. 1429).

É o relatório, ao qual se acresce o da sentença.

Por primeiro, cumpre analisar o agravo retido interposto pela apelante, em fls. 717/720.

No caso, não se há falar em nulidade processual, tendo em vista que, desde a inicial, os autores vinham postulando a realização de prova pericial e, por equívoco, tal pedido não foi apreciado por ocasião do saneador.

Posteriormente, os autores reiteraram o pedido de prova pericial (fls. 696/697) e, no petitório de fls. 706/707 afirmaram a existência de tal omissão, no saneador, que foi suprida pelo egrégio juízo, na decisão de fls. 709/verso.

O que se verifica, portanto, é a simples ausência de manifestação oportuna, do egrégio juízo, acerca do pedido formulado, a tempo, pelos demandantes, que não podem ser prejudicados pela omissão judicial.

Efetivamente, o saneador foi completado em fls. 709/verso e não trouxe prejuízo nenhum para a ora apelante.

Destarte, fica desprovido agravo retido.

Consta, nos autos, ainda, a interposição de agravo retido pelos autores (fls. 590/594), que, em verdade, perdeu seu objeto em razão do reconhecimento da revelia da Construtora Cosenza, no saneador (fls. 693).

Assim, não se conhece do agravo retido manejado pelos demandantes.

No tocante à preliminar de ilegitimidade passiva repisada, nas razões recursais, tem-se que, em verdade, diz com o próprio mérito da demanda e será com ele analisada a seguir.

Nesse lanço, passa-se à apreciação do mérito recursal e, pese o considerado pelo egrégio juízo, tem-se que o inconformismo comporta acolhida.

Conquanto não se possa olvidar da incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese vertente, é preciso divisar a conduta de cada

Acesso ao Sumário

uma das rés, não se podendo conceber a solidariedade entre elas, como forma de reparar os danos aos autores, respeitado o entendimento externado em primeiro grau.

A comissão de corretagem foi solvida pelos demandantes em agosto de 2000 (fls. 61) e a quebra da construtora somente se deu em 2007.

Ora, não se pode exigir da apelante que pudesse prever a falência da construtora (evento futuro e incerto) sete anos depois de ter levado a cabo, com êxito, a intermediação.

Portanto, a participação da apelante Saint Louis (atual denominação de Lopes Empreendimentos Imobiliários S/A) é reduzida e pontual, no encadeamento dos fatos, como bem frisou o i. representante do Ministério Público, em primeiro grau (fls. 1352).

Curial salientar, ainda, que a questão ora debatida não é inédita nesta E. Corte, uma vez que a e. 2ª Câmara de Direito Privado, nos autos da apelação 0208563-20.2005.8.26.0100, que diz com o mesmo empreendimento imobiliário, também afirmou a impossibilidade de reconhecimento de solidariedade entre a corretora e a construtora.

Na oportunidade, vale trazer a lume excerto do voto proferido pelo eminente Des. Guilherme Santini Teodoro, que bem elucida o tema:

> "A massa falida e a autora não têm razão quanto à responsabilidade da corretora.
>
> Esta última não atuou como incorporadora (art. 31 da Lei 4.591/64), mas sim como intermediadora na forma do contrato a fls. 473/482, em que prevista propaganda sob a contratação exclusiva da vendedora (cláusula 5.1), bem como prestação de assistência técnico-imobiliária a consulentes e adquirentes com os limites inerentes à corretagem (...).
>
> A respeitável sentença bem demonstrou que a corretora executou sua tarefa com diligência, obtendo as informações que devia exigir sobre a segurança e ressico do negócio e cuidado de aproximar as partes para celebração do contrato sem falhas na prestação do seu serviço.
>
> Não se verificam nos autos, com efeito, falta de cuidado inerente à corretagem imobiliária ou circunstâncias seguramente indicativas de que a corretora sabia ou podia saber que estava a intermediar negócio representativo de risco anormal para terceiros, especialmente por conta de gestão e idoneidade da sociedade vendedora, cuja falência ocorreu muito tempo depois da venda intermediada.
>
> [...]
>
> [...] e, apenas do fato de a corretora gozar de boa reputação ou prestar serviços qualificados de intermediação imobiliária (...) não resulta responsabilidade por violação de contrato em que não é parte, como se fosse garantidora do empreendimento ou assumisse seus riscos como

Acesso ao Sumário

coligada em sua incorporação, publicidade, venda e construção. Aliás, o material publicitário (...) não revela que a corretora tenha garantido o empreendimento com o seu renome e tradição no mercado imobiliário."

Desse modo e mais uma vez consignando-se o respeito aos argumentos externados na sentença, não se há falar em solidariedade entre a apelante, mera intermediadora, e a construtora, falida sete anos depois da conclusão do negócio.

Não há nenhuma falha nos serviços desenvolvidos pela apelante, que nenhuma ingerência teve na construção/administração do empreendimento.

De conseguinte, o pedido formulado em relação à apelante é improcedente.

Em razão do ora decidido, invertem-se os ônus sucumbenciais, cabendo aos demandantes o pagamento das respectivas verbas, em relação à apelante, sendo certo que a honorária será fixada consoante o previsto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável à espécie, até e porque a sentença foi disponibilizada no DJe de 02 de setembro de 2015 (fls. 1363).

Cumpre salientar não existir, quanto à apelante em razão do ora decidido, condenação estrito senso, já que só no tocante à sucumbência é possível ter-se o decisum como sendo de natureza condenatória, devendo, por isto, incidir o disposto no art. 20, § 4º do Cód. de Processo Civil, fixando-se a honorária "consoante apreciação eqüitativa", observadas as normas das alíneas "a", "b" e "c", do § 3º do mesmo dispositivo legal.

Conforme Yussef Said Cahali,

"O valor da causa, como é curial, embora presuntiva expressão do benefício econômico da pretensão desatendida, representa simples elemento formativo de que se serve o julgador para o arbitramento eqüitativo dos honorários, não se prestando para o embasamento de regra absoluta na fixação da verba, sendo outros os princípios a serem observados: mesmo não havendo condenação, liberto assim o juiz das balizas representadas pelo mínimo de 10% e o máximo de 20% indicados no § 3º do art. 20 do Código, isso não afasta a regra básica segundo a qual os honorários devem guardar correspondência com o benefício trazido pelo processo à parte, mediante trabalho prestado a esta pelo profissional e o tempo exigido para o serviço, fixando-se os honorários, portanto, em atenção às alíneas a, b e c do art. 20, § 3º"[1].

Nesse sentido precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

REsp 653720/DF; RECURSO ESPECIAL 2004/0077106-1, Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), T3 - TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2004, publicado em DJ 10.10.2005 p. 361

Civil e processo civil. Dois recursos especiais. Nulidade de registro público. Indenização por perdas e danos. Cabimento. Privação do uso e gozo do imóvel. Prequestionamento. Honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

1 Honorários Advocatícios Ed. Revista dos Tribunais 3ª ed. P. 484.

- A privação do uso e gozo da propriedade pode gerar direito à indenização por perdas e danos.

- Inviável o recurso especial em relação à matéria não debatida pelo Tribunal de origem.

- Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma eqüitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do artigo 20, CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º. Precedentes.

Recursos especiais não conhecidos.

REsp 226030/SP; RECURSO ESPECIAL 1999/0070657-9, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088), T4 – QUARTA TURMA, julgado em 07/10/1999, publicado em DJ 16.11.1999 p. 216

PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, CPC. APRECIAÇÃO EQÜITATIVA. CRITÉRIOS. ART. 20, § 3º, CPC. RECURSO DO AUTOR NÃO CONHECIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Na lição de Chiovenda, "o nome de sentenças declaratórias (jugements déclaratoires, Festsllungsurteils, declaratory judgements) compreende lato sensu todos os casos em que à sentença do juiz não se pode seguir execução. Neste largo significado, inclui-se todo o acervo das sentenças que rejeitam a demanda do autor" (Instituições..., v. I, 3ª ed., trad. por J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1969, nº 59, pp. 210-211).

II - Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma eqüitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do artigo 20, CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos.

III - No âmbito do recurso especial, não se examina eventual violação de dispositivo constitucional, matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, à vista da dicotomia dos recursos excepcionais adotada pela Constituição de 1988.

IV - Dessemelhantes as situações de fato descritas nos arestos paradigmas e no acórdão impugnado, não se configura a divergência jurisprudencial hábil a ensejar a via do recurso especial.

V - Ausente o prequestionamento, torna-se inviável o acesso à instância especial, a teor do enunciado nº 282 da súmula/STF.

Do referido pode-se concluir não estar o juiz adstrito a observar os limites de 10% a 20%, sobre o valor da causa, cumprindo- lhe efetuar análise segundo o preconizado pelas alíneas a, b e c, do § 3º, do art. 20 do CPC e de acordo, com:

a) o grau de zelo do profissional;

I. o lugar da prestação do serviço;

II. a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Acesso ao Sumário

A respeito, mencione-se, ainda, outro julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> RESP 740946/RS; RECURSO ESPECIAL 2005/0058580-9
>
> Relator - Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)
>
> Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA
>
> Data do julgamento - 24/05/2005
>
> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL IMPROCEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC.
>
> 1. Nos casos previstos no art. 20, § 4º, do CPC, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> 2. Nessas hipóteses, 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.
>
> Precedentes da Corte Especial, da 1ª Seção e das Turmas.
>
> 3. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias previstas nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos atraindo a incidência da Súmula 7/STJ e, por analogia, da Súmula 389/STF.
>
> 2. Recurso especial não conhecido.

Portanto e uma vez que não há a obrigação de fixar os honorários advocatícios em percentual situado entre 10 e 20% do valor da causa, tem-se como adequado o valor de R$ 10.000,00.

Essas as razões pelas quais se entende ser possível acolher o recurso da ré, 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, e por este voto, nega-se provimento ao agravo retido da ré, não se conhece do agravo retido dos autores e dá-se provimento ao apelo, nos termos enunciados.

A.C.Mathias Coltro, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 25526)

Não obstante o respeitável entendimento do i. Relator, *data vênia*, ouso divergir de seu voto, por entender ser caso de negar provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta contra sentença de f. 1356/1361 que julgou procedente a ação indenizatória proposta por Marisa Mogadouro Chammas e outro em face de Lopes Consultoria de Imóveis Ltda. e outro, para condenar as rés ao pagamento de indenização por lucros cessantes no equivalente a 0,5% sobre o valor do imóvel, no período de 1º de fevereiro de 2004 até 31 de janeiro de 2011 e, a partir de então, no valor de R$ 11.130,00, corrigidos monetariamente desde a data em que deveria ter sido paga cada mensalidade e com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, limitada à quantia de R$ 1.571.200,00, corrigidos monetariamente, desde fevereiro de 2004.

Apela a corré Lopes alegando ilegitimidade passiva e requerendo que a sua condenação seja limitada à participação no negócio, visto que apenas intermediou a venda.

É o relatório.

É caso de negar provimento ao recurso, para se reconhecer o direito aos lucros cessantes, **único pedido formulado à inicial** (f. 32) e confirmado pela sentença.

Incidente o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Nos termos do disposto no art. 2º[02] do CDC, toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço é consumidor.

O art. 3º do referido código preleciona: "fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.". Nos termos parágrafo 1°: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial"; e o parágrafo 2º dispõe que "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.".

A atividade empresária de oferecer ao público em geral a venda de imóveis em construção constitui a conduta de prestação de serviços vinculados.

A própria Lopes admite ter intermediado a compra e venda do imóvel objeto da lide. Fato comprovado pelos documentos de f. 61/70.

A intermediadora é responsável solidária pelo adimplemento da obrigação,

Acesso ao Sumário

2 Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

nos termos do parágrafo único do artigo 7º do CDC:

> *Art. 7° Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.*
>
> *Parágrafo único.* ***Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo****.*

Ao permitir e participar da venda de imóvel não entregue, cuja construtora veio a sofrer a falência, a ré falhou na prestação de serviços. A Lopes, empresa de grande porte e credibilidade, se não sabia, ao menos deveria imaginar a situação econômica da construtora, e como tal não poderia colocar à venda ou concorrer para venda do imóvel, diante da remota hipótese de a construtora não cumprir com sua obrigação.

Houve a patente violação ao direito à informação e ao cumprimento das obrigações contratuais. Se os consumidores estivessem cientes da situação da construtora possivelmente nem teriam realizado o negócio.

Considerando o prazo de tolerância de 180 dias, o imóvel deveria ter sido entregue em 31.01.2004 (f. 42/59). Diante do descumprimento contratual, mostra-se razoável manter a fixação dos lucros cessantes conforme estabelecido em sentença, a saber: em 0,5% do valor do imóvel (valor da venda - f. 1359) de 01.02.2004 até 31.01.2011. E partir da perícia (f. 891), em R$ 11.130,00 mensais, conforme esclarecido pelo *expert*.

Os apelados, na qualidade de credores, voltaram-se contra a Lopes, reconhecidamente devedora solidária. Os prejuízos experimentos pela corré poderão ser questionados contra a massa falida da construtora Darpan, em ação própria, por via de regresso.

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

JAMES SIANO, Desembargador, 4º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008251-57.2012.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FERNANDO AFFONSO COLLOR DE MELLO, são apelados ABRIL COMUNICAÇÕES S/A e AUGUSTO NUNES.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em razão de divergência, a turma julgadora foi ampliada, Artigo 942 do CPC e, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. O Relator sorteado, que declarará voto, e o 2º Juiz davam provimento ao recurso. O 3º Juiz ficou designado como relator do acórdão. Sustentaram oralmente o Doutor José Domingos Teixeira Neto e o Doutor Alexandre Fidalgo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.954)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS, vencedor, J.L. MÔNACO DA SILVA, vencido, JAMES SIANO, FÁBIO PODESTÁ e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 8 de março de 2017.

MOREIRA VIEGAS, Relator Designado

Ementa: LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 350/360, que julgou improcedente ação de indenização por danos morais proposta por Fenando Affonso Collor de Mello em face de Editora Abril S/A e Augusto Nunes, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado.

Alega o autor, em síntese, ter sido atingido em sua honra em razão de matéria publicada no "blog" do apelado Augusto, que é editado na *internet* na página da Revista Veja, propriedade da Editora Abril. Sustenta referido artigo o trata de forma injuriosa e caluniosa, rebaixando sua vida pública, de modo a constituir ato ilícito passível de indenização por danos morais, pois foram ultrapassados os limites impostos pela boa-fé e bons costumes (fls. 369/384).

Recurso processado, com resposta (fls. 390/416).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Nada há a indenizar. Embora ácida e contundente a matéria jornalística objeto dessa ação não transborda os limites constitucionais do direito a crítica e a informação.

Confira-se o que foi publicado:

"*O farsante escorraçado da Presidência acha que o bandido vai prender o xerife.*

Vinte anos depois de escorraçado do cargo que desonrou, o primeiro presidente brasileiro que escapou do impeachment pelo porão da renúncia reafirmou, nesta segunda-feira, a disposição de engrossar o prontuário com outra façanha sem precedentes. Primeiro chefe de governo a confiscar a poupança dos brasileiros, o agora senador Fernando Collor, destaque do PTB na bancada do cangaço, quer confiscar a lógica, expropriar os fatos, transformar a CPMI do Cachoeira em órgão de repressão à imprensa independente e, no fim do filme, tornar-se também o primeiro bandido a prender o xerife.

Forçado a abandonar a Casa Branca em 1974, tangido pelas patifarias reveladas pelo Caso Watergate, o presidente Richard Nixon passou os anos seguintes murmurando, em vão, que não era um escroque. Perto do que faria a versão alagoana, o que fizera o original americano não garantiria a Nixon mais que a patente de trombadinha. Como isto é o Brasil, Collor não só se negou a pedir desculpas como deu de exigir que o país lhe peça perdão por ter expulso do Planalto um chefe de bando. Foi o que fez no discurso de estreia que colocou de joelhos os demais pensionistas da Casa do Espanto (leia o post reproduzido na seção Vale Reprise).

Neste outono, excitado com a instauração da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar bandalheiras praticadas por Carlos Cachoeira e seus asseclas, o farsante sem remédio decidiu enxergar na CPMI as iniciais de um Comitê de Pilantras Magoados com a Imprensa. Caso aparecesse no Capitólio em busca de vingança contra o jornal The Washington Post ou a revista Time, Nixon seria, na mais branda das hipóteses, transferido sem escalas para uma clínica psiquiátrica. Nestes trêfegos trópicos, um serial killer da verdade articula manobras liberticidas com a pose de pai da pátria em perigo - e com o apoio militante de inimigos do século passado.

José Dirceu, por exemplo, embarcou imediatamente no navio corsário condenado ao naufrágio - ansioso por incluir entre os alvos da ofensiva a Procuradoria Geral da República. E Lula, claro, estendeu a mão solidária para reiterar que os dois ex-presidentes nasceram um para

Acesso ao Sumário

o outro. Em 1993, como se ouve no áudio reprisado pela seção História em Imagens, a metamorfose ambulante endossou, sempre em português de botequim, a opinião nacional sobre a farsa desmontada pouco antes: 'Lamentavelmente a ganância, a vontade de roubar, a vontade de praticar corrupção, fez com que o Collor jogasse o sonho de milhões e milhões por terra', disse Lula, caprichando na pose de doutor em ética. 'Deve haver qualquer sintoma de debilidade no funcionamento do cérebro do Collor'.

O parecer foi revogado por Lula, mas segue em vigor no país que presta. Entre os brasileiros decentes, a cotação do ex-presidente é mesma estabelecida em 1992: zero. Há quase 20 anos, Collor não vale nada".

Lido o texto por inteiro e, não trechos isolados, força concluir que as críticas lançadas por Augusto Nunes, longe de evidenciar pratica ilícita contra a honra subjetiva do Senador Fernando Collor de Mello, traduzem o exercício concreto da liberdade de expressão, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição Federal, que assegura a qualquer jornalista, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e mesmo em tom contundente contra quaisquer pessoas ou autoridades.

Tenho enfatizado, nessa Corte, em inúmeros julgamentos, que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica - por mais dura que seja - revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima, como sucedeu na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, 5º IV e 220).

Veja-se que o artigo desencadeador da demanda versa sobre a chamada CPMI do Cachoeira e a postura do autor, Senador da República pelo Estado das Alagoas, nessa CPMI; faz referência a seu passado político, comparando-o com outras figuras públicas notoriamente conhecidas.

A crítica é feita usando o paradoxo das histórias, em que há a figura do bandido e do mocinho. Certo que, ao chamar o autor de bandido, o jornalista réu o está posicionando como o antagonista da história, não imputando-lhe a prática de crime.

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE

Acesso ao Sumário

CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO "ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI" - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOUTRINA - JORNALISTA QUE FOI CONDENADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS - INSUBSISTÊNCIA, NO CASO, DESSA CONDENAÇÃO CIVIL - IMPROCEDÊNCIA DA "AÇÃO INDENIZATÓRIA" - VERBA HONORÁRIA FIXADA EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE, UNICAMENTE NO QUE SE REFERE AOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou

Acesso ao Sumário

não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. - Mostra-se incompatível com o pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado - inclusive seus Juízes e Tribunais - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol) (AI 705630 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/03/2011, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-02 PP-00400 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 435-446)

Não há dúvida de que o político, em geral, tem seu espaço à intimidade mais reduzido, bem como é maior a sua resistência a críticas e conceitos desfavoráveis. Há diversos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que "*os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas, sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma*" (RJTJESP 169/86, Rel. Des. Marco César).

No caso dos autos, as matérias veiculadas no blog do apelado não podem ser tidas como fonte de abusos ante a existência de nítido interesse social, permeado pelo interesse público, sem interferir na esfera de direitos de terceiros.

É possível afirmar que a privacidade, a intimidade, a honra e imagem não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas e que, além disso, são do interesse público.

Assim, não se pode inferir o caráter difamatório atribuído na inicial, principalmente porque não se pode extrair das matérias características ofensivas em detrimento dos direitos de personalidade do autor. Tem-se que foi observado o exercício regular do direito de informação, não havendo distorções ou fatos

Acesso ao Sumário

deturpados, pelo contrário, são relatadas informações fundadas em evidências que vão ao encontro do anseio da população em perquirir sobre assuntos da comunidade, não ficando caracterizada conduta intencionalmente ofensiva apta a ensejar a reparação moral buscada.

O interesse público antecede à elaboração da notícia jornalística. E a verdade é que o povo tem o direito de reclamar informes sobre tudo que ocorre no meio em que vive. Quer saber dos bons acontecimentos, das boas ações, porque, assim, está se educando e instruindo. Quer saber das más ações, dos escândalos, dos crimes, porque, assim, está se defendendo, prevenindo-se contra o risco de contaminação" (JUTACRIM 69/198).

A partir daí, aliás, o pressuposto de que o jornalismo pode também ser crítico e não meramente informativo; certa dose de tolerância tem sido admitida no comentar dos fatos. Procedimento dessa ordem, por parte da entidade jornalística, se inseria dentro da liberdade conferida à Imprensa de noticiar, como a sentença com propriedade colocou.

Em matéria jornalística, como assinalado pelo eminente magistrado Ribeiro Machado na "Revista de Julgados e Doutrina" do TACrim 7/80, "em termos de notícia, certa dose de malícia - que é própria do espírito narrativo da imprensa -, não se integra na intenção dolosa necessária para tipificar o *animus caluniandi, diffamandi* ou *injuriandi*".

Ou, como ponderado pelo desembargador Fortes Barbosa em JUTACRIM 94/187: "é certo que a contundência, a ironia descabida, são perfeitamente evitáveis, mas tais excessos são decorrentes da própria função jornalística e nada tem em haver com os elementos subjetivos do injusto característico dos delitos contra a honra".

Certa "dose de malícia", insista-se, de "ironia" ainda quando um tanto "descabida" (arestos citados), haverão que se incluir dentro dos justos limites do direito a noticiar. Noticiar para o povo num jargão até rude, pois, lembre-se, não para intelectualidade suscetível de ser tratada "com luvas de pelica".

Vai-se até mais além. Ainda quando se possa cogitar de precipitação e açodamento o que também se coloca em tese, aqui nada disso ocorreu em precedente da lavra do ministro Edson Vidigal teve o STJ ensejo de decidir pela não responsabilização. Isto é, "a imputação de fato criminoso a alguém, embora feita precipitadamente, não configura o crime de calúnia, se fundada em razoável suspeita".

Nesse caso, "o ânimo que move o agente não é o propósito deliberado de enxovalhar a honra de ninguém, mas apenas a vontade de encontrar a verdade" (Revista do Superior Tribunal de Justiça, 41/313).

Tem-se, nessa linha, tolerado a impolidez e a linguagem desabrida (RT 533/366, rel. Roberto Martins), assim como expressões rudes (RT 569/328, rel.

Acesso ao Sumário

Godofredo Mauro), uma vez haja exteriorização de opinião crítica (RT 554/376, rel. Weiss de Andrade, tolerando os epítetos de "egoísta" e "aproveitador" lançados a político), assim como o só "animus narrandi" (RT 527/380, rel. Octávio Roggiero) ou "defendendi" (arestos antes elencados).

É que, como colocado em RT 492/355 (rel. Goulart Sobrinho), "à crítica, que é inerente ao sistema democrático, está inegavelmente sujeito todo homem público, inclusive a feita com "animus jocandi", na qual se desintegra o elemento subjetivo do crime".

Não se condena no Crime, não se manda indenizar no Cível, em tendo havido simples exercício regular de direito. Daí se entender a improcedência, aqui, como bem prolatada".

Neste sentido, agiu corretamente ilustre Juíza da Comarca, Doutora Andrea Ferraz Musa, na apreciação e valoração dos elementos de convicção coligidos nos autos, razão pela qual sua sentença deve ser confirmada.

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso interposto pelo Senador Fernando Collor de Mello. É o meu voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 20407)

Ousei divergir da douta maioria por entender que o recurso merecia provimento.

A ação foi proposta objetivando, precipuamente, o pagamento de indenização por danos morais, sob a alegação de publicação, pelo primeiro réu, de texto difamatório, calunioso e injurioso em seu *blog* nas páginas da Revista Veja, de propriedade da segunda ré (v. fls. 2/10).

Eis o teor da matéria:

"*O farsante escorraçado da presidência acha que o bandido vai prender o xerife (...) ... o agora senador Fernando Collor, destaque do PTB na bancada do cangaço, quer confiscar a lógica, expropriar os fatos, transformar a CPMI do Cachoeira em órgão de repressão à imprensa independe e, no fim do filme, tornar-se também o primeiro bandido a prender o xerife*".

O recorrente destaca que lhe foram imputados, de forma jocosa e humilhante, adjetivos pejorativos de *farsante, cangaceiro* e *bandido*, além de atribuir-lhe a acusação de "*chefe de bando*".

Pois bem, são direitos fundamentais a liberdade de manifestação de pensamento e a inviolabilidade da honra e imagem das pessoas (art. 5º, incs. IV e X, da Constituição Federal).

Confira-se o teor do dispositivo:

Acesso ao Sumário

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação da mesma Carta dispõe serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Já o art. 220 da Constituição Federal dispõe:

Art. 20. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal protege a conduta do jornalista de expor suas opiniões pessoais, mas, ao mesmo tempo, protege a honra e a imagem do autor, quando violadas. Sobre o tema, aliás, já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "[...] Um dos danos colaterais da 'modernidade líquida' tem sido a progressiva eliminação da 'divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana', de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os 'riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira' (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.
>
> 5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na

Acesso ao Sumário

imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seleto grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das 'coisas humanas' [...]." (REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/5/2013, DJe 10/9/2013)

Logo, a liberdade de imprensa, a liberdade de informação e a livre manifestação do pensamento, apesar de protegidas constitucionalmente, não podem conferir à mídia uma carta branca para ofender, difamar, caluniar, injuriar, menosprezar uma pessoa. É dizer, a liberdade de imprensa não é absoluta e tampouco constitui um passaporte para a impunidade, já que tal liberdade deve

Acesso ao Sumário

respeitar a honra e a imagem das pessoas, sobretudo quando não há prova das acusações irrogadas ao ofendido.

No caso dos autos, o jornalista réu preferiu trilhar o caminho mais rápido e fácil da ofensa à honra a demonstrar, na contestação, a veracidade das alegações contidas na matéria impugnada.

Ora, a contestação de 38 laudas (fls. 122/159) faz considerações absolutamente genéricas sobre a liberdade de imprensa e o direito de crítica. Poderia ter alegado e provado que o autor é farsante, bandido, xerife, chefe de bando, nos termos do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil.

Contudo, valeu-se da mídia para atacar, sem provas, a honra e a imagem do autor. Ou seja, a matéria em questão extrapolou o conteúdo estritamente jornalístico, cujo objetivo é noticiar, informar e difundir conhecimentos. Também não se trata de mera crítica jornalística, que traduz direito impregnado de qualificação constitucional.

Vale repetir: o direito do réu em expressar suas opiniões e críticas não é absoluto, mas sim relativo. Ademais, não anula o direito de proteção à honra e imagem do requerente na esfera individual, ainda que se trate de pessoa pública.

Em caso análogo envolvendo a pessoa do autor, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ELEVAÇÃO NECESSÁRIA, COMO DESESTÍMULO AO COMETIMENTO DE INJÚRIA. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS OFENSORES, DA CONCRETIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE GRANDE CIRCULAÇÃO E RESPEITABILIDADE E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO OFENDIDO. PREVALECIMENTO DE VALOR MAIOR, ESTABELECIDO PELA MAIORIA JULGADORA EM R$ 500.000,00.
>
> 1.- Matéria jornalística publicada em revista semanal de grande circulação que atribui a ex-Presidente da República a qualidade de "corrupto desvairado" .
>
> 2.- De rigor a elevação do valor da indenização por dano moral, com desestímulo ao cometimento da figura jurídica da injúria, realizada por intermédio de veículos de grande circulação e respeitabilidade nacionais e consideradas as condições econômicas dos ofensores e pessoais do ofendido, Ex-Presidente da República, que foi absolvido de acusação de corrupção cumpriu suspensão de direitos políticos e veio a ser eleito Senador da República.

Acesso ao Sumário

3.- Por unanimidade elevado o valor da indenização, fixado em R$ 500.000,00 pelo entendimento da D. Maioria, vencido, nessa parte, o voto do Relator, acompanhado de um voto, que fixavam a indenização em R$ 150.000,00.

4.- Recurso Especial provido para fixação do da indenização em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (REsp Nº 1.120.971 - RJ, (2008/0112653-7),TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, j. 28/2/2012).

É caso, portanto, de reconhecer que as expressões empregadas pelo jornalista réu constituem abuso de direito e não podem ser acolitadas pelo Poder Judiciário.

Assim, não há dúvida de que o autor sofreu os danos morais alegados na peça inicial.

E, considerando que a matéria em questão foi publicada no *blog* do corréu Augusto Nunes, nas páginas da Revista Veja, de propriedade da corré Abril Comunicações S/A, esta última responde solidariamente pelos danos causados ao autor, nos termos do art. 932, inc. III, do Código Civil.

O valor dos danos morais deve ser fixado com moderação, atento o magistrado para as condições financeiras da vítima e do ofensor. Não cabe ao Poder Judiciário, por um lado, fixá-lo em valor exageradamente elevado, permitindo o enriquecimento ilícito da vítima. Não pode, por outro lado, arbitrá-lo em valor insignificante que estimule o agressor a reiterar a prática ilícita. Na correta advertência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório*" (RT 814/167).

Portanto, fixa-se a indenização no valor de R$ 40.000,00, apto a compensar os transtornos e constrangimentos suportados pelo autor, em efetiva observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O valor acima sofrerá correção monetária a partir da data do acórdão e acréscimos de juros contados da data do evento danoso, nos termos das Súmulas 54 e 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Sucumbentes, os réus arcarão com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Em suma, a r. sentença apelada deve ser reformada para condenar os réus, solidariamente, a pagarem indenização por dano moral ao autor, no valor de R$ 40.000,00.

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

J.L. MÔNACO DA SILVA, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1125628-51.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ, é apelada/apelante MAYTE FERREIRA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA, E NEGARAM O DA RÉ, POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO O 2º DESEMBARGADOR. NOS TERMOS DO ARTIGO 942 DO CPC/2015, PASSARAM A COMPOR A TURMA JULGADORA OS EXMOS. DES. VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JR. E O DR. GILSON DELGADO MIRANDA. REINICIADO O JULGAMENTO: DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ, POR MAIORIA, VENCIDO OS 3º E O 4º DESEMBARGADORES. DECLARAM VOTO O 3º E 5º DESEMBARGADORES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28301)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente), SILVEIRA PAULILO, VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Transporte coletivo - Ataque sexual ocorrido no interior de vagão da composição da requerida - Responsabilidade objetiva caracterizada - Falha na prestação do serviço de transporte, que deve ser seguro e de qualidade - Responsabilidade objetiva do fornecedor, que não é elidida por culpa de terceiro - Indenização devida - Sentença reformada em parte - Recurso da autora provido em parte e não provido o da requerida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido formulado em inicial para o fim de condenar a ré a indenizar a autora em R$2.000,00 pelos danos morais experimentados, com correção monetária pela tabela prática do TJSP mais juros

de mora de 1% ao mês, ambos a partir da publicação da r. sentença. Condenou a requerida, ainda, a pagar indenização material correspondente ao valor da passagem, com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde a data do desembolso e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Pela sucumbência, carreou a requerida o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da autora, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Apela a autora. Busca a majoração do valor da indenização por danos morais experimentados e materiais pelo descumprimento do contrato de transporte, bem como reiterando os pedidos feitos inicialmente, e por fim, para que seja acrescido o percentual para 20% de sucumbência sobre o valor da condenação. Pede o provimento do recurso.

Apela a requerida aduzindo, em apertada síntese, a ausência de nexo causal do narrado incidente em relação à apelante; inexistência de defeito na prestação dos serviços; culpa exclusiva de terceiro - fortuito externo. Subsidiariamente, assevera que não houve comprovação dos alegados danos, vez que em instrução processual, a apelada não produziu qualquer prova dos alegados danos morais, não ouvindo uma única testemunha dos supostos abalos que teria sofrido em razão dos fatos. Por fim, não assim se entendendo, seja reconhecida a inexistência de prova dos danos, também para se julgar improcedente o pleito indenizatório; ou, no mínimo, para se reduzir a exagerada indenização fixada, diante da real dimensão. Pede o provimento do recurso.

Recursos tempestivos, isento de preparo o da autora e preparado o da requerida e com contrarrazões.

É o relatório.

É fato incontroverso nos autos que a apelante embarcou na composição da requerida no sentido Corinthians/Itaquera, quando próximo a Estação Belém um indivíduo se postou próximo à vítima e passou a importuná-la roçando seu corpo e tirando fotos da autora.

À evidência, aplicável à relação jurídica em apreço o Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/1990. Assim, revelando-se verossímeis as alegações da apelada, parte hipossuficiente na relação de consumo, aplicável à hipótese o disposto no art. 6º, inciso VIII, do Diploma Consumerista, sendo de rigor a inversão do ônus da prova.

Assim, diante do conjunto probatório, restou evidenciado o nexo de causalidade entre o fato e o resultado danoso.

Como se sabe, a responsabilidade do transportador é objetiva e somente pode ser afastada diante de prova da ocorrência de culpa exclusiva do autor, caso fortuito ou força maior, nos termos do artigo 734, do Código Civil. Mas isso não se deu no caso concreto.

Acesso ao Sumário

Como concessionária do serviço público de transporte urbano, desencadeando risco do qual retira proveito, a empresa requerida é responsável pelos danos advindos ao mesmo risco desencadeado. É a tese firme dos tribunais e bem exposta na doutrina pelo insigne Aguiar Dias em sua obra consagrada "Da responsabilidade civil", como se verifica em seu vol. II, pág. 9, nº 164 e seguintes, Revista Forense, 1944.

Ademais, ainda que o incidente possa ter ocorrido em virtude da conduta de terceiros, como alega o recorrente, conforme a Súmula 187 do Colendo Supremo Tribunal Federal, "*a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.*"

Ficou demonstrada nos autos a falha na prestação do serviço de transporte, que deve ser feito de forma segura e com qualidade, seja com maior fiscalização, seja por disponibilização de mais vagões ou até de vagões exclusivos para mulheres.

A eficiência do serviço público é uma das obrigações e um dos princípios basilares do Direito Administrativo.

Ressalte-se que o fato ocorrido com a apelada tem sido tão frequente que o próprio apelante informou algumas providências que têm sido tomadas. Contudo, elas não foram suficientes para evitar o ataque sofrido pela apelada.

Nesse sentido:

"Responsabilidade civil. Ação condenatória ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Parcial procedência. Insurgência de parte a parte. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Provas carreadas ao processo suficientes ao deslinde da causa e à formação do livre convencimento do julgador. Incontrovérsia fática. Preliminar afastada. Relação de consumo. Serviço de transporte férreo de passageiros. Responsabilidade civil objetiva. Requisitos. Defeito na prestação de serviço evidenciado por falha na segurança no embarque e desembarque de passageiros. Dano físico e abalo moral promovidos à vítima. Nexo de causalidade. Dever de indenizar. 'Quantum'. Majoração do valor indenizatório a título de danos morais. Correção monetária contada do arbitramento da condenação, e juros de mora computados desde a citação. Dano material. Comprovação de gastos no atendimento médico da consumidora. Restituição devida. Sucumbência integralmente mantida. Parcial provimento dos recursos das partes" (AC 1045625-80.2013.8.26.0100, Rel. Des. Sebastião Flávio, 23ª Câmara de Direito Privado).

Evidente o abalo psicológico da apelada causado pelo evento em questão.

Ressalte-se que o acontecido extrapola o mero aborrecimento ou dissabor do cotidiano. Não se pode ignorar que o fato em si enseja grande ofensa moral à dignidade da mulher. A autora foi ofendida em sua autoestima e em sua

Acesso ao Sumário

dignidade, sem se falar da violação da liberdade sexual, que é tutelada a todos pela lei. Cabível a indenização pelos danos morais experimentados.

Patente, assim, a responsabilidade da empresa transportadora, independe da comprovação de dolo ou culpa, sendo, portanto, objetiva, conforme se dessume do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Demonstrada a falha na prestação de serviços por parte da apelante é de rigor o reconhecimento da obrigação de indenizar (art. 5º, X, da CF).

Superada esta questão, passa-se à análise referente ao valor a ser fixado a título de reparação imaterial.

Para elucidar a questão, novamente se traz à baila os ensinamentos de Antonio Jeová dos Santos: "*O problema da avaliação da quantia do ressarcimento constitui uma dificuldade comum e geral do dano moral; também se requerem soluções comuns e gerais no que concerne, ao menos, ao esqueleto primário do assunto. Não pode nem deve pretender-se uma concepção matemática totalizadora da questão, o que, além de impossível, prenderia a Justiça em prol de uma cega e inamovível segurança; porém, tampouco a fluidez e arbítrio irrestritos, que significaria uma completa liberdade para fazer justiça, porém a liberdade do náufrago". "Por isso, na motivação da sentença, deve especificar claramente quais foram as pautas tomadas em conta para chegar ao montante determinado, as provas que se ponderaram e os precedentes jurisprudenciais, sobre os quais o juiz adaptou a solução ao caso concreto*" (obra supra cit. p. 165/167).

Em razão da eclosão do evento, sopesando-se os fatos e sabendo-se que a compensação moral é antes de uma obrigação de pagar, uma sanção, acolhe-se, em parte, o inconformismo da apelante requerente para o fim de fixar o valor da indenização de cunho imaterial para R$ 15.000,00, tendo em vista a intensidade do sofrimento, da repercussão da ofensa e do grau da responsabilidade, corrigidos a partir da publicação do acórdão.

A reparação pecuniária não pode ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva (RT 742/320).

Dessa forma, merece reforma a r. sentença para julgar procedente a ação condenando o apelado ao pagamento de indenização por dano moral à autora no valor de R$ 15.000,00, acrescido de juros e correção monetária, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Isto posto, dá-se provimento em parte ao recurso da autora e nega-se provimento ao recurso da requerida.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 36941)

Respeitosamente, divirjo do eminente relator.

A apelante alega que embarcou na composição da ré no sentido Corinthians/Itaquera, quando, em local próximo à Estação Belém, um indivíduo se postou em sua proximidade e passou a importuná-la, roçando seu corpo e tirando-lhe fotos.

Considero que, em caso como esse, caracteriza-se dolo de terceiro e, pois, fortuito externo capaz de excluir a relação de causalidade entre o transporte e o evento.

Consoante a lição de Sérgio Cavalieri Filho, o fato doloso de terceiro não pode ser considerado como fortuito interno, inerente ao contrato de transporte, porque, "*além de absolutamente irresistível e inevitável, não guarda nenhuma ligação com os riscos do transportador; é fato estranho à organização do seu negócio, pelo qual não pode responder. Por isso, a melhor doutrina caracteriza o fato doloso de terceiro, vale dizer, o fato exclusivo de terceiro, como fortuito externo, com o que estamos de pleno acordo. Ele exclui o próprio nexo causal, equiparável à força maior, e, por via de consequência, exonera de responsabilidade o transportador. O transporte, em casos tais, não é causa do evento; é apenas a sua ocasião. E mais: após a vigência do Código do Consumidor, esse entendimento passou a ter base legal, porquanto, entre as causas exonerativas da responsabilidade do prestador de serviços, o § 3§, II, do art. 14 daquele Código incluiu o fato exclusivo de terceiro*". (Programa de Responsabilidade Civil, 10ª ed, Atlas, p. 337/338).

Esse tipo de causa, envolvendo assédio sexual em transporte coletivo, tem sido recorrente nesta Corte, havendo, já, vários precedentes no sentido de que se cuida de fortuito externo, estranho à atividade de transporte e, pois, excludente de responsabilidade do transportador.

Assim, Ap. 0195636-12-2011.8.26.0100, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Matheus Fontes, j. 24.10.2013; Ap. 1053393-86.2015.8.26.0100, 17ª Câmara, Rel. Irineu Fava, j. 07.01.2016; Ap. 1101362-34.2014.8.26.0100, 22ª Câmara, Rel. Sérgio Rui, j. 16.07.2015.

Desta 21ª Câmara existem dois precedentes, em que atuei como relator, quais sejam, Apelações 1036859-73.2015.8.26.001, j. em 8 de junho de 2016 e 1061225-10.2014.8.26.0100, j. 18 de abril de 2016.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso da ré, julgando-se improcedente a ação, ficando prejudicado o recurso da autora. Invertem-se os ônus da sucumbência, observada a gratuidade concedida à vencida.

Acesso ao Sumário

ITAMAR GAINO, Desembargador, 3º Juiz

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 10.921)

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto para impugnar a sentença proferida pela juíza da 13ª Vara Cível do Foro Central da Capital, Dra. Tonia Yuka Kôroku, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido formulado em inicial e, assim, condenou a ré ao pagamento de indenização pelo dano moral no importe de R$ 2.000,00. Em razão da sucumbência, condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

A autora, inconformada, apelou a fls. 123/132. Busca a majoração do valor da indenização por danos morais experimentados e materiais pelo descumprimento do contrato de transporte, bem como reiterando os pedidos feitos inicialmente, e por fim, para que seja acrescido o percentual para 20% de sucumbência sobre o valor da condenação. Pede o provimento do recurso.

Apela a ré aduzindo, em apertada síntese, a ausência de nexo causal do narrado incidente em relação à apelante; inexistência de defeito na prestação dos serviços; culpa exclusiva de terceiro - fortuito externo. Subsidiariamente, assevera que não houve comprovação dos alegados danos. Na instrução processual a apelada não produziu qualquer prova dos alegados danos morais, não ouvindo uma única testemunha dos supostos abalos que teria sofrido em razão dos fatos. Por fim, não assim se entendendo, seja reconhecida a inexistência de prova dos danos, também para se julgar improcedente o pleito indenizatório; ou, no mínimo, para se reduzir a exagerada indenização fixada, diante da real dimensão. Pede o provimento do recurso.

Recursos tempestivos, isento de preparo o da autora e preparado o da requerida e com contrarrazões.

Esse o relatório.

O meu voto também é pelo provimento em parte do recurso da autora e pelo **não provimento** do recurso da ré, tal como entendeu o douto relator (MDR 28.301).

Primordialmente, no Direito Romano arcaico, a responsabilidade civil era puramente objetiva, mas fundada na ideia de vingança (Carlos Roberto Gonçalves, "Responsabilidade civil", 10ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 23). No Século III, com a 'Lex Aquilia' de Justiniano, essa concepção foi abandonada, passando-se a perquirir a culpa do causador do dano para

Acesso ao Sumário

responsabilizá-lo; surgia, aqui, a teoria da culpa ou da responsabilidade civil subjetiva, que perdurou por muitos séculos. Entretanto, a partir do Século XIX, com o advento da Revolução Industrial e a consolidação dos ideais da Modernidade, houve novo rompimento: a massificação das relações de trabalho e, em especial, das de transporte coletivo, evidenciaram a insuficiência da teoria da culpa, que colocava as vítimas em situação de desamparo pela dificuldade de se desincumbirem do ônus probatório que lhes fora atribuído. Com isso, ressurgiu a teoria da responsabilidade civil objetiva - no início, ainda impura, com presunção da culpa do causador do dano e inversão do ônus da prova; depois, fundada na noção de risco, com a exclusão completa da culpa como pressuposto da responsabilização (Sérgio Cavalieri Filho, "Programa de responsabilidade civil", 9ª edição, São Paulo, Atlas, 2010, p. 141 e seguintes).

No Brasil, o primeiro diploma legal a positivar do regime da responsabilidade civil objetiva envolveu, precisamente, o contrato de transporte: Decreto n. 2.681/1912, também conhecido como "lei" das estradas de ferro. O assunto, ainda, não escapou da Constituição da República de 1988, que fixou a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Depois, sem considerar outros diplomas mais específicos, foi a vez do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que estabeleceu a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelo fato do serviço. Finalmente, com o Código Civil de 2002, positivou-se em termos gerais a responsabilidade civil fundada na teoria do risco criado: **"haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"** (artigo 927, parágrafo único).

Em suma, pelo sistema atual de responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, **"para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; e b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano"** (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "Código civil comentado", 11ª edição, São Paulo, RT, 2014, p. 1.190).

Pois bem.

Depois dessa digressão, especificamente quanto ao transporte coletivo de passageiros, contrato de maior relevância social e jurídica na atualidade, não há mais espaço para dúvidas: a responsabilidade civil do transportador é objetiva - seja porque presta serviço público sob regime de concessão (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal), seja porque é fornecedor de serviço para consumo (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor), seja simplesmente porque é transportador de pessoas (artigos 734 e 735 do Código Civil de 2002).

Acesso ao Sumário

Mas não é só.

Sem dúvidas, **"a característica mais importante do contrato de transporte é a 'cláusula de incolumidade' que nele está implícita. A obrigação do transportador não é apenas de meio, e não só de resultado, mas também de 'garantia'. Não se obriga ele a tomar as providência e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto, como assinalou Vivante, citado por Aguiar Dias"** [grifei] (Sérgio Cavalieri Filho, "Programa de responsabilidade civil", 9ª edição, São Paulo, Atlas, 2010, p. 311).

Não é por outra razão que, desde 1963, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que **"a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva"** [grifei] (Súmula n. 187).

Exatamente na mesma linha da jurisprudência, para por fim de uma vez por todas à longa polêmica sobre o tema, vieram os artigos 734 e 735 do Código Civil de 2002, **"somente admitindo a excludente de força maior e impondo ao transportador o dever de indenizar mesmo quando o dano decorra de fato de terceiro, atribuindo ao transportador apenas o direito de obter regressivamente do culpado aquilo que tiver pago à vítima"** [grifei] (Caio Mário da Silva Pereira, "Instituições de direito civil", vol. III, 17ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 294). Rigorosamente, como se vê, a lei nada mais fez do que positivar entendimento jurisprudencial há muito consolidado.

Ocorre que, apesar da forte consolidação da jurisprudência e da expressa positivação marcada no CC, o tema ainda traz divergências quanto à correta solução em casos similares. Para alguns, no caso de crime (furto, roubo, estupro, homicídio etc.) praticado contra passageiro durante o transporte, esse "fato de terceiro" configura "fortuito externo", alheio ao contrato de transporte, e isenta o transportador de responsabilidade. Daí a divergência que brotou no julgamento desse recurso.

Sem razão, contudo,

De um lado, não há falar em "fato de terceiro".

Com efeito, conforme indicado alhures, o fato de terceiro não elide a responsabilidade civil do transportador. Aliás, essa orientação decorre de jurisprudência consolidada do STF há mais de **5 décadas** (Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal) e há mais de 14 anos na legislação (artigos 734 e 735 do Código Civil). E por quê? Porque **"quem utiliza um meio de transporte regular celebra com o transportador uma convenção cujo elemento essencial é a sua incolumidade, isto é, a obrigação para o transportador, de**

leva-lo são e salvo ao lugar de destino" [grifei] (José de Aguiar Dias, 'apud' Rui Stoco, "Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência", 8ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 332). Vale relembrar, a obrigação do transportador é mais do que de resultado, é de **garantia**. Por isso se **afasta**, sistematicamente, **o fato de terceiro como excludente de sua responsabilidade**!

Não se esqueça, ademais, que no caso concreto, ao que tudo indica, "**não se trata de ato praticado por pessoa estranha ao contrato de transporte que age repentinamente, isto é, fora da esfera da previsibilidade da embargante [Metrô], porém de conduta exercida por outro passageiro, no interior de um vagão, cuja vigilância e segurança, frise-se, são efetuadas exclusivamente pela embargante** [Metrô]" [anotei e grifei] (TJSP, Embargos Infringentes n. 1061231-17.2014.8.26.0100/50000, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 05-04-2016, rel. Des. José Tarciso Beraldo).

De outro, não há "fortuito externo".

Não se nega que **"é preciso diferenciar o que se passou a denominar fortuito interno do fortuito externo, conforme o acontecimento se apresente, ou não, ligado à organização inerente à atividade do transportador"** (Claudio Luiz Bueno de Godoy, 'in' Cezar Peluso [coord.], "Código civil comentado: doutrina e jurisprudência", 6ª edição, Barueri, Manole, 2012, p. 750).

Entretanto, como o próprio Metrô sinaliza em diversas passagens, inclusive trazendo aos autos notícias sobre as campanhas que realiza, com **"folhetos, ações em redes sociais, mensagens nos monitores dos vagões, cartazes e avisos sonoros"** (fls. 66/67), e sobre a universalização do problema (em memoriais), a ocorrência de assédio sexual em suas dependências é uma possibilidade mais do que previsível [apesar de inaceitável]: **faz parte do dia a dia de sua operação de segurança**.

Nem poderia ser diferente, por certo! São repetidas ocorrências, praticadas reiteradamente em circunstâncias semelhantes, razão pela qual o problema é alvo de diversas ações e campanhas do próprio Metrô. Como não entender que isso está ligado à organização inerente a sua atividade, vale dizer, que essa prática é favorecida pelas condições inerentes do transporte coletivo?

Com efeito, **"a realização de atos libidinosos dessa natureza requer aglomeração excessiva de pessoas, bem como certo isolamento das autoridades policiais, condições, sem dúvida, criadas pela atividade de transporte em massa de pessoas"** (TJSP, Embargos Infringentes n. 1061231-17.2014.8.26.0100/50000, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 05-04-2016, rel. Des. José Tarciso Beraldo).

Em outras palavras, **"embora o dano decorra inegavelmente de ato de terceiro, não é menos certo que apenas a ré era capaz de impedi-lo,**

Acesso ao Sumário

na medida em que somente ela controla o fluxo de passageiros e exerce a vigilância em suas estações e composições" (TJSP, Apelação n. 1012929-20.2015.8.26.0100, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 1º-09-2016, rel. Des. Carlos Abrão).

Por isso mesmo, **"a conduta do terceiro não pode ser equiparada a caso fortuito externo, pois a circunstância de ocorrer abuso ou assédio sexual no interior dos trens é totalmente previsível, como se observa ordinariamente. Vale dizer, não é possível elidir a responsabilidade do Réu, já que os fatos guardam perfeita correlação com o serviço prestado e não podem ser considerados como imprevisíveis, o que exige do transportador a adoção de medidas que evitem este tipo de situação e garantam incolumidade e a segurança dos seus passageiros no interior de suas composições"** (TJSP, Apelação n. 1012702-30.2015.8.26.0100, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 27-04-2016, rel. Des. Eduardo Siqueira).

Assim, **"evidente a caracterização da responsabilidade do transportador pelo inadimplemento do contrato de transporte, considerando-se, sobretudo, que cabia a ela a fiscalização eficaz no interior de seus vagões para evitar situações constrangedoras experimentadas por usuários do transporte coletivo de massa"** (TJSP, Apelação n. 1128443-55.2014.8.26.0100, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 18-04-2016, rel. Des. Ricardo Negrão).

Em última análise, se o evento lesivo não foi evitado e se concretizou, ou seja, se a segurança do Metrô não **agiu** para evitar o fato [causa], é inútil perquirir se ela **reagiu** adequadamente ao chamado [consequência], ao menos para fins de responsabilização do Metrô e ainda que isso possa influir na quantificação da indenização: **"se o transportador responde pelo risco especial que sai atividade induz, então deixa de importar, na mesma extensão, a discussão sobre medidas preventivas que pudesse razoavelmente tomar para impedir ocorrências como roubos, tiroteios ou outras semelhantes. Tal debate importaria à luz da necessidade de se verificar se sucedido defeito de segurança. Mas não é o que se admite dar substrato à responsabilidade pelo risco da atividade, inclusive levada, agora, à disposição geral do art. 927, parágrafo único, bastando aferir se a atividade desempenhada, de que decorre o prejuízo havido, induz risco diferenciado aos direitos, bens e interesses alheios, ou seja, se o evento lesivo se favorece pelo exercício da atividade, dado o risco especial que ela enseja"** [grifei] (Claudio Luiz Bueno de Godoy, 'in' Cezar Peluso [coord.], "Código civil comentado: doutrina e jurisprudência", 6ª edição, Barueri, Manole, 2012, p. 750).

Enfim, no mesmo sentido: **1)** TJSP, Apelação n. 1091516-90.2014.8.26.0100, 18ª Câmara de Direito Privado, j. 1º-06-2016, rel. Des. Helio Faria; **2)** TJSP, Apelação n. 1090598-86.2014.8.26.0100, 19ª Câmara

Acesso ao Sumário

de Direito Privado, j. 14-12-2015, rel. Des. Sebastião Junqueira; **3)** TJSP, Apelação n. 1106199-35.2014.8.26.0100, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 1º-06-2016, rel. Des. Paulo Roberto Santana; e **4)** TJSP, Apelação n. 1059174-26.2014.8.26.0100, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 29-06-2016, rel. Des. Fernando Sastre Redondo.

Sendo esse o limite da divergência levantada neste julgamento, acompanho o douto relator, inclusive no que se refere à majoração do valor da indenização, com a observação, renovada, de que o Metrô poderá buscar regressivamente do agente o ressarcimento dos valores que eventualmente venham a ser quitados à apelante.

Posto isso, respeitando, à evidência, os votos em sentido diverso, peço licença para anotar que também **dou parcial provimento** ao recurso da autora e **nego provimento** ao recurso da ré.

GILSON MIRANDA, Desembargador, 5º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000889-91.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS NOGUEIRA DA SILVA, é apelado JOMARI ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam o processo, de ofício. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 06.588 – digital)**

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

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: ANULAÇÃO DE REUNIÃO DE SOCIEDADE LIMITADA - Defeito de convocação - Pretensão à aplicação subsidiária da lei 6.404/76 - Sentença desacolhendo a pretensão inicial - Autor interdito - Processo que tramitou sem que fosse aberta vista ao órgão ministerial - Nulidade - Inteligência dos artigos 82, I e 246 e parágrafo único do CPC/73

Acesso ao Sumário

- Sentença anulada de ofício, acolhido o apelo por fundamento diverso.

VOTO

Sentença proferida a fls. 146/148 julgou improcedente ação declaratória e condenou o autor nos encargos do processo.

No recurso de apelação apresentado, sustenta-se que a decisão foi proferida "extra petita", estando divorciada do pleito inicial. Argumenta o autor que sua pretensão se delimita no vício de convocação de assembleia, uma vez que não constou dela a indicação precisa da matéria que seria objeto de deliberação, invocando, por analogia, disposição do artigo 124 da Lei das S/A. Daí a reiteração do pleito anulatório.

Recurso tempestivo, preparado e contrariado.

Anota-se anterior decisão da 8ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, não conhecendo do recurso, determinando redistribuição às Câmaras reservadas de Direito Empresarial.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça para anulação da decisão.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Acolhe-se parecer do Ministério Público para anulação do processo a partir de fls. 67.

Com efeito, a sua intervenção nos autos era obrigatória, ainda em primeiro grau de jurisdição, de acordo como a disposição dos artigos 82, I e 246 e parágrafo único do Código de Processo Civil anterior, vigente à época em que prolatada a sentença.

Como se vê dos autos o autor é interditado, coisa que já estava delineada quando proposta a ação anulatória.

Por estas razões, meu voto decreta a nulidade do processo, a partir de fls. 67, com a observação constante de fls. 272.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003076-15.2012.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LTDA., é apelado IRINEU FAUSTO ANIC.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra

este acórdão. **(Voto nº 39221)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: Indenização. Danos materiais e morais. Transporte rodoviário. Apreensão de bagagem pela Polícia Rodoviária Federal e desistência da viagem pelo passageiro. Procedência parcial decretada em 1º grau. Decisão alterada em parte. Culpa concorrente configurada. Danos materiais que deverão ser rateados entre as partes. Dano extrapatrimonial não configurado. Necessária redistribuição dos encargos de sucumbência. Recurso parcialmente provido, na parte conhecida.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 202/212, objeto de embargos de declaração rejeitados a fls. 220, que julgou parcialmente procedente demanda de indenização de danos materiais e morais, baseada em cumprimento defeituoso de contrato de transporte terrestre de passageiro e de mercadorias, para condenar a ré ao pagamento de danos materiais no importe de R$ 1.712,07 e de danos morais, fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), ambos os valores com a incidência de correção monetária e de juros de mora, na forma discriminada na r. sentença, além do pagamento dos encargos de sucumbência.

Em seu recurso, afirma a ré que houve culpa exclusiva da vítima, já que ela mentiu sobre o conteúdo que pretendia transportar, afirmando que se tratava de gordura animal para uso pessoal. Sustenta que não pode verificar o conteúdo das bagagens dos passageiros e que prevalece a confiança na declaração do usuário. Argumenta que o fato da mercadoria ter sido transportada como excesso de bagagem revela que não houve exibição da nota fiscal a fls. 60, pois, nesse caso, haveria o transporte como carga e encomendas, com valor bem superior ao excesso de bagagem. Em resumo, alega que desconhecia o conteúdo transportado, que não praticou qualquer ato ilícito e que apenas cumpriu ordens da Polícia Rodoviária Federal. Em consequência, reputa descabida qualquer indenização. Reitera o impugnado na contestação quanto aos danos materiais. Sustenta que não ficou configurado o prejuízo moral e bate-se, alternativamente, pela incidência de juros de mora e de correção monetária sobre a verba indenizatória apenas a partir da publicação da sentença. Pede a reforma da

Acesso ao Sumário

decisão e a condenação do apelado ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento, na parte cognoscível.

É certo que a ré tinha a obrigação de transportar o passageiro até o destino final contratado e devolver incólume a bagagem do autor no momento do desembarque. Trata-se de obrigação de resultado. Se ela descumpriu tal regra, deve arcar com as respectivas consequências. Porém, na hipótese dos autos, o mencionado descumprimento decorreu de culpa concorrente do autor e da transportadora.

O autor, porque embarcou com produtos perigosos, que não poderiam ser transportados, presunção que se extrai do auto de infração a fls. 118/119. Assim, ele se sujeitou à apreensão pelo órgão fiscalizador. Se o autor houvesse tomado as cautelas necessárias teria providenciado o necessário e específico transporte de cargas perigosas. Mas não. Ele preferiu o transporte comum dos esmaltes/tintas vernizes discriminados a fls. 60 e pagou pelo excesso de bagagem. Se é assim, ele deve também responder pelas consequências da sua incúria, visto que, malgrado ausência de esclarecimentos da transportadora, ele não pode alegar desconhecimento das regras do ordenamento. A ignorância do conteúdo da lei não o exime de sua parcela de culpa.

Vale ainda salientar que foi o autor que optou por não seguir viagem sem as mercadorias retiradas do ônibus pela Polícia Rodoviária Federal (cf. fls. 16).

Ocorre que a ré também foi negligente. Ela não provou que foi ludibriada pelo autor e também não demonstrou que, no momento do embarque, cientificou o apelado de que ele não poderia transportar esse tipo de mercadoria. Não foi anexado qualquer comprovante, ainda que genérico, nesse sentido. Tal fato configura, por si só, violação dos deveres de proteção, informação e lealdade, que, ainda que secundários na relação contratual, devem ser observados (cf. Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, "Da Boa Fé no Direito Civil", Vol. I, Almedina Ed., 1984, p. 606). E a violação desses deveres já implica dever de indenizar (Karl Larenz, "Derecho Civil Parte General", Edeisa, 1978, p. 264; Antunes Varela, "Direito das Obrigações", Vol. I, Ed. Forense, 1977, p. 109).

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, é de rigor reconhecer que houve culpa concorrente e que os danos materiais devem ser suportados metade pela ré e metade pelo autor, na forma do parágrafo único do art. 738 do Código Civil, tal como já se decidiu em caso análogo (cf. TJRJ- Ap. 0017106-89.2008, Rel. Des. Letícia Sardas, apud Cristiano Imhof, "Código Civil Interpretado", Ed. Atlas, 6ª ed., 2014, nota 1 ao art. 738, p. 868).

A boa doutrina não discrepa desse entendimento, verbis: "*O parágrafo*

único do artigo em análise prevê a culpa concorrente da vítima como fator mitigador da responsabilidade do transportador, desde que o dano sofrido pelo passageiro decorra da transgressão de normas e instruções regulamentares, pelo que a indenização cabível deverá ser equitativamente reduzida, na esteira do art. 945 (STJ, 4ª T., REsp. 232.201, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 23.11.1999, DJ 17.12.1999)." (cf. Gustavo Tepedino e outras, "Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República", Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2ª ed. atualizada, 2012, Vol. II, p. 540).

Aqui, releva salientar que não é cognoscível o apelo na parte relativa ao montante dos danos materiais, pois as razões recursais estão completamente dissociadas do fixado na r. sentença. A apelante limita-se a reproduzir o externado em sua defesa, sem atentar para o fato de que grande parte dos danos materiais postulados na inicial já foram excluídos na r. sentença. Assim, por restar descumprido o disposto no art. 514, II, do C.P.C. de 1.973, vigente à época da interposição do apelo, não conheço dessa parte do inconformismo.

Assim, prevalece o montante do prejuízo material discriminado na r. sentença (R$ 1.712,07), o qual deverá ser rateado por igual entre as partes. A apelante pagará sua parte, devidamente atualizada desde o desembolso e acrescida dos juros de mora legais, calculados da citação, por se tratar de ilícito de natureza contratual.

Quanto aos danos morais, a apelante tem razão. Eles não estão demonstrados na hipótese presente. Não há prova de nenhuma consequência excepcional, além das necessárias para que o passageiro pudesse alcançar o seu destino, as quais em si não têm o condão de arranhar a honorabilidade do autor. E não há nenhuma prova de que ele tenha passado por sofrimento espiritual intenso a ponto de configurar o dano moral. Não há evidência de que teria ocorrido grave alteração no estado anímico do autor. Só alteração dessa magnitude é que configura o dano moral. A boa doutrina não discrepa desse entendimento, verbis: "*Nesse sentido, independentemente da espécie de ilicitude - se decorrente de violação legal ou mesmo de inadimplemento contratual -, é plenamente admitida a existência do dano moral indenizável. É o que poderá ocorrer no caso de inadimplemento contratual cuja ausência da prestação do devedor possa interferir na personalidade do credor. Observe-se, no entanto, que não basta a existência do inadimplemento contratual e do incômodo natural que dele resulta. Será necessário, em razão desse inadimplemento, que exista uma afetação da personalidade*" (Bruno Miragem, "Direito Civil - Responsabilidade Civil", Saraiva Ed., 2015, p. 199/200).

Além do mais, na espécie e como acima exposto, o inadimplemento contratual decorreu da culpa concorrente do passageiro. Relembre-se que, mesmo nas hipóteses em que o inadimplemento decorre de culpa exclusiva do outro contratante, ainda assim não há que se cogitar de dano moral. Dano ocorre

Acesso ao Sumário

quando algum direito patrimonial ou extrapatrimonial é violado ou aniquilado por ação ou omissão contrária ao direito. O que houve, em realidade, foi mero abalo da relação contratual firmada entre as partes, que acarretou aborrecimentos ao autor. Apenas isso. Em tais casos, é necessária prova de que o evento narrado causou consequências extraordinárias, aptas a render ensejo à reparação de algum dano extrapatrimonial. Vale salientar que o inadimplemento contratual não deve ser causa de indenização de dano extrapatrimonial (cf. Antunes Varela, "Direito das Obrigações", Vol. I, Ed. Forense, 1977, p. 248), visto se tratar de hipótese corriqueira no mundo dos negócios. Só a excepcionalidade justifica a concessão dessa modalidade de indenização. Mas disso não se cogita na espécie.

Em resumo, o provimento do apelo é parcial, para reconhecer a culpa corrente e determinar o rateio por igual entre as partes do prejuízo material apontado na r. sentença e também para afastar a condenação do dano extrapatrimonial.

É caso, assim, de redistribuição dos encargos da sucumbência. O êxito do autor foi ínfimo. Em consequência, ele deve arcar com a integralidade das custas e despesas processuais e com honorários advocatícios dos patronos da ré, na forma do parágrafo único do art. 86 do novo C.P.C., que arbitro em 10% do valor atualizado da causa.

De resto, à luz do aqui decidido quanto à culpa concorrente, fica rechaçada a pretensão de condenação do autor às sanções decorrentes do reconhecimento de litigância de má-fé.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004221-50.2015.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que é apelante BANCO PECÚNIA S/A, é apelado ROGÉRIO PAULO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12280)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2017.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - Contrato bancário - Comissão de permanência - Cobrança em caso de inadimplência - Cabimento - Não cumulação com outros encargos - Súmula 472, STJ:

- A cobrança de comissão de permanência no período de inadimplência é cabível desde que não seja cumulada com outros encargos, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta da r. sentença a fls. 189/193, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para a exclusão, se incidente, da cobrança da multa moratória de 2% em relação às prestações em atraso, ante a cobrança já exigida de taxa de comissão de permanência para o período de inadimplência, nos termos da fundamentação acima, e julgo entinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do novo Código de Processo Civil.

Inconformado, apela Banco Pecúnia (fls.195/216), aduzindo preliminarmente a impossibilidade e inversão do ônus da prova. Afirma que a autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, de modo que o seu pedido inicial deve ser julgado improcedente.

Alega que os juros não foram aplicados em patamar abusivo. Discorre sobre a impossibilidade de limitação dos juros ao patamar de 1% ao mês; refuta a aplicação de juros capitalizados pela metodologia da Tabela *Price* para amortização do débito.

Destaca que a legalidade da cláusula que estipula a cobrança da comissão de permanência. A sua cobrança não é potestativa, não podendo ser apenas cobrada cumulativamente com a correção monetária. Prossegue no sentido de que a cobrança dos juros remuneratórios encontra respaldo no contrato, assim como na Lei nº 4.595/64 que, em seu artigo 4º, inciso IV, atribui ao Conselho Monetário Nacional.

O apelo é tempestivo e devidamente preparado (fls.217). O apelado deixou de apresentar sua resposta (fls.220).

É o relatório.

I. Cuida-se de ação revisional de contrato bancários de financiamento

Acesso ao Sumário

de automóvel, formalizada por meio de uma cédula bancário, sendo, ao final, julgada parcialmente procedente para afastar a cobrança da multa moratória de 2%, determinando a cobrança isolada da comissão de permanência.

Pois bem, não paira dúvida de que a comissão de permanência é considerada legal no sistema jurídico em vigor, tanto que admitida foi pela jurisprudência, conforme **Súmula 472** do **Superior Tribunal de Justiça:**

> "*A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.*"

Verifica-se assim estar pacificado que a comissão de permanência, cobrada no período de mora, não pode ser cumulada com a correção monetária (**Súmula nº 30 do Superior Tribunal de Justiça**), nem com juros remuneratórios, juros moratórios e a multa contratual (**Súmula n º 472 Superior Tribunal de Justiça**).

No presente caso, de acordo com a prova pericial realizada (fls.172), verifica-se que a instituição financeira está a proceder para o período de mora a cobrança da comissão de permanência de 12% ao mês, além de multa de 2% ao mês, o que não tem a guarida pretendida.

Por conseguinte, correta a sentença ao determinar a cobrança da comissão de permanência em período de inadimplência, com exclusividade.

Veja-se, nesse sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

CONTRATO BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COBRANÇA NO PERÍODO DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. EXPRESSA PACTUAÇÃO. POSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. Com o vencimento do mútuo bancário, o devedor responderá exclusivamente pela comissão de permanência (assim entendida como juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade, acrescidos de juros de mora e multa contratual) sem cumulação com correção monetária (Recursos Especiais repetitivos n. 1.063.343/RS e 1.058.114/RS). Súmula n. 472/STJ.

3. Agravo regimental parcialmente provido. (grifo nosso)[1]

II. Pelo exposto, por meu voto, **nega-se provimento** ao recurso.

Considerando que o apelado, vencedor em sede recursal, não apresentou resposta ao recurso, deixo de fixar os honorários recursais devidos, nos termos

1 *Ag no AResp 77451/GO, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, D.J 7/11/2013.*

Acesso ao Sumário

do artigo 82, §11º, do novo Código de Processo Civil de 2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007275-07.2015.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante JULIANO MONTOVANI BARBOZA, é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.177)**

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

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação - Cédula de crédito bancário - Ação monitória - Sentença de rejeição dos embargos – Manutenção - Sem relevo jurídico a afirmada demora do banco autor na adoção das providências voltadas à recuperação do crédito - Inadequada a invocação da teoria "duty mitigate the loss", tanto porque quem se beneficiou do ocorrido foi, apenas e tão somente, o mutuário réu, que se serviu do veículo objeto da garantia durante todo esse período, muito embora tenha satisfeito, apenas, quatro dentre as quarenta e oito prestações do mútuo.

Dispositivo: Negaram provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por JULIANO MONTOVANI BARBOZA contra sentença que rejeitou embargos a mandado monitório opostos pelo apelante, para declarar constituído título executivo judicial em favor do embargado, BANCO ITAUCARD S/A.

Pretende o apelante a reforma da r. sentença e, para tanto, afirma que o apelado, ao demorar em promover a ação de cobrança, é responsável pela elevação do montante do débito que é imputado a ele, apelante. Assim, prossegue o apelante, com base na aplicação da chamada teoria do "duty to mitigate the

loss", devem ser afastados ou reduzidos os encargos moratórios e a multa, observando-se as taxas praticadas no mercado (SELIC) (fls. 73/79).

2. Recurso tempestivo (fls. 72/73).

Não houve resposta (fl. 83).

Não há preparo, por ser o apelante beneficiário da gratuidade da justiça (fl. 62).

É o relatório do essencial.

3. Sem razão o apelante.

Consoante ensina Fredie Didier Jr., "O direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas ('duty to mitigate the loss'). Esse dever decorre do princípio da boa-fé (art. 422 do Código Civil), sendo um dos deveres anexos que o tratamento cooperativo do vínculo obrigacional impõe ao credor. Ao não diligenciar que o valor dos próprios prejuízos não aumente consideravelmente, o credor cometeria abuso de direito, ferindo, portanto, o princípio da boa-fé." (v. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: Execução. Vol. 5. 3ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2011. Pág. 461).

Entretanto, a citada teoria não se ajusta ao caso dos autos.

Esquece-se o apelante de que a afirmada demora do apelado em promover os atos voltados à recuperação do crédito trouxe vantagem ao primeiro, que continuou utilizando o veículo objeto da garantia sem o pagamento das prestações do mútuo.

E era perfeitamente possível ao apelante honrar tais prestações, ainda que em atraso, bastando que se valesse da ação de consignação em pagamento, se fosse o caso.

Assim, não se enxerga, absolutamente, má-fé por parte do apelado.

Muito ao revés, quem não agiu com boa-fé foi o próprio apelante que, consoante se verifica do demonstrativo de fl. 14, se obrigou ao pagamento de 48 prestações mensais, mas apenas pagou as quatro primeiras.

Meu voto, portanto, **nega provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006996-36.2014.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante DANIEL PEREIRA DA SILVA, é apelada MARGARIDA CECILIA DA SILVA (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 parcial ao recurso, a fim de se anular a sentença proferida e, aplicando-se o disposto no art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil, julgaram procedente o pedido, para, confirmando a liminar concedida a fls. 132, reintegrar a autora na posse do imóvel mencionado na petição inicial, condenando-se o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de 10% sobre o valor dado à causa, estes corrigidos desde a distribuição, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23058)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 6 de março de 2017.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO POSSESSÓRIA - Sentença proferida por MM. Juiz que substituiu aquele que realizou a instrução, mas deixou a Comarca de modo definitivo - Validade - Aplicação do estabelecido pelo art. 132 do Código de Processo Civil de 1973.

AÇÃO POSSESSÓRIA - Decisão *extra petita* - Reintegração de posse concedida expressamente sobre casa situada na frente do terreno, quando o pedido se refere àquela localizada na parte de trás do imóvel - Sentença anulada e outra decisão proferida em substituição, na forma do art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil vigente - Recurso provido neste aspecto.

AÇÃO POSSESSÓRIA - Prova da posse e ocorrência de esbulho - Pedido procedente.

VOTO

Acresça-se ao relatório da r. sentença proferida a fls. 248/249 que foi julgado procedente o pedido de reintegração de posse formulado pela apelada em face do apelante do imóvel mencionado na petição inicial.

Entendeu a r. decisão que o processo diz respeito à parte da frente do imóvel e não à dos fundos e que a prova amealhada convence que o réu jamais teve posse sobre o imóvel, ao contrário da autora.

O apelante pretende a reforma integral da r. decisão (fls. 251/258),

Acesso ao Sumário

pedindo, inicialmente, a decretação de sua nulidade, uma vez que foi proferida por juiz que não participou de qualquer ato instrutório e que a justificativa de que o MM. Juiz que presidiu a instrução foi removido é insuficiente para cessar a vinculação ao processo, tendo havido infração ao princípio da identidade física do juiz; depois, argumenta a decisão é *extra petita*, uma vez que a apelada promoveu a ação objetivando reintegrar-se na parte dos fundos do imóvel e a sentença concedeu-lhe a reintegração da parte da frente.

Afirma, também, que a prova produzida é firme em demonstrar a regular posse dele, recorrente, além de comprovar que a alegação de posse da apelada é frágil e inconvincente.

O recurso foi recebido no duplo efeito e o preparo está anotado.

A apelada ofereceu contrariedade (fls. 265/270), sustentando o acerto da r. decisão.

É o relatório.

Foi o MM. Juiz Dr. Cândido Alexandre Munhóz Pérez quem presidiu a audiência em que foram ouvidas as testemunhas, declarou encerrada a instrução e substituiu os debates por entrega de memoriais, tendo sido removido, conforme consta do Diário Oficial da Justiça de 19 de outubro de 2015, para a Vara da Fazenda Pública da Comarca do Guarujá, ao passo que o MM. Juiz prolator da decisão foi designado para auxiliar as varas da Comarca da Praia Grande em 04 de abril de 2016.

Desta forma, não há fundamento para que o apelante obtenha a decretação de nulidade da sentença.

Para a solução da hipótese aplica-se o estabelecido no art. 132 do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que a sentença foi proferida ainda em sua vigência.

Determinava aquele dispositivo, dentre outras razões de exceção da aplicação do princípio da identidade física do juiz invocado pelo apelante, o afastamento por qualquer motivo.

Acesso ao Sumário

Consta no verbete 7 do art. 132 do Código de Processo Civil de 1973 de Theotonio Negrão decisões do C. STJ no sentido de que o termo "remoção" está incluído na expressão "afastado por qualquer motivo" empregada no dispositivo em exame.

Diante disso, a r. sentença foi proferida por juiz competente e, portanto, não há fundamento para a decretação de sua nulidade por este aspecto.

Entretanto, no que se refere ao mérito, a r. decisão é efetivamente nula.

Ao contrário do afirmado na sentença, a apelada efetivamente ocupa a casa dos fundos e a petição inicial é absolutamente clara nesse sentido.

O reconhecimento, pelo MM. Juiz *a quo*, de que o pedido, contrariamente

ao afirmado pela autora, objetivava a casa da frente, não procede, de modo que não poderia ter decretado a procedência, dando a ela objeto diferente daquele pedido.

Assim, a sentença, como muito bem apontado pelo apelante, ofereceu solução contemplando à apelada parte do imóvel que ela não pediu, o caracteriza decisão *extra petita*, passível de decretação de nulidade.

Diante destas considerações, decreta-se a nulidade da r. sentença e, com base no previsto pelo art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil vigente, passa-se ao julgamento do mérito da causa, sob o ângulo do efetivo pedido formulado pela apelada.

O pedido procede.

Ao contrário do afirmado pelo apelante, a prova produzida convence que a apelada é titular da posse da parte dos fundos do imóvel situado na Rua Perú, 401, Jardim Guilhermina, esquina com Rua Guiana Holandesa.

A prova oral produzida está em conformidade com a prova documental e convence que a apelada exerce legítima posse sobre o imóvel que indicou.

Examinando-se as imagens produzidas pelo aplicativo Google Earth, relativamente ao imóvel em questão, inclusive aquela produzida anteriormente à apresentada pela apelada, contata-se que havia entrada no imóvel pela Rua Guiana Holandesa independente daquela existente na Rua Perú, e que, de fato, aquela entrada foi fechada, excluindo-se o portão onde se tem a foto antiga daquele aplicativo de pessoa do sexo feminino ingressando com uma bicicleta.

Aquelas fotografias permitem concluir que, como alega a apelada, existem dois imóveis no terreno.

Dessa forma, comprovada a posse afirmada na inicial e a prática do esbulho, o pedido tem integral procedência.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de se anular a sentença proferida e, aplicando-se o disposto no art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil, julga-se procedente o pedido, para, confirmando a liminar concedida a fls. 132, reintegrar a autora na posse do imóvel mencionado na petição inicial, condenando-se o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de 10% sobre o valor dado à causa, estes corrigidos desde a distribuição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046893-06.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante LUIZ

Acesso ao Sumário

HENRIQUE FELIX (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.384)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente), SOUZA LOPES e IRINEU FAVA.

São Paulo, 6 de março de 2017.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - AÇÃO CAUTELAR - VIA PROCESSUAL ADEQUADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Ausência de prévio pedido administrativo - Instituição financeira recorrida que apresentou o documento solicitado antes de proferida a sentença e não deu causa à ação - Aplicação do princípio da causalidade - Impossibilidade de se impor ao apelado os ônus da sucumbência. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 44/64) interposta contra a sentença de fls. 25/28 que indeferiu a inicial nos termos do art. 295, inc. III, do Código de Processo Civil de 1973, impondo-se ao autor o pagamento das custas processuais, sob o fundamento de que não encontra amparo em nosso sistema jurídico processual a ação cautelar incidental e, desse modo, a via eleita pelo autor é inadequada.

Aduz o autor, em síntese, que não se trata de ação cautelar incidental, mas sim preparatória e que o art. 796, do Código de Processo Civil de 1973 é claro ao prever a possibilidade de instauração de procedimento cautelar antes ou no curso do processo principal, deste sendo sempre dependente. Sustenta não ter logrado êxito em obter o contrato do qual pretende a revisão junto à instituição financeira. Pugna, assim, pela anulação da sentença ou por sua reforma, para o fim de ordenar-se a exibição do contrato, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Não há preparo uma vez que o apelante é beneficiário da justiça gratuita (fls. 23).

É O RELATÓRIO.

Na verdade não há nenhum problema pertinente à via processual eleita pelo recorrente para deduzir sua pretensão demonstrando a cautelar, na hipótese,

Acesso ao Sumário

cabível.

Além disso, neste momento do processo, constata-se que se dando o recorrido por citado, apresentou a manifestação de fls. 30/37 isto apenas para exibir o documento requerido nos autos desta cautelar (fls. 35/37).

O ato do apelado configura reconhecimento do pedido, mas é necessário deixar assentado que não tinha previamente o recorrente realizado pedido administrativo com o que se afastou da orientação do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada no REsp nº 1.349.453-MS, segundo a qual:

> *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma- se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido" (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 10.12.2014).*

A situação acima apontada não gera no caso a extinção sem julgamento do mérito, pois como antes destacado o apelado voluntariamente exibiu o documento mencionado na inicial, o que conduz a conclusão de que o pleito deduzido na exordial merecia mesmo ser atendido.

Claro que na hipótese não existe razão para condenar-se o banco ao pagamento dos ônus sucumbenciais, uma vez que não ofertou qualquer resistência à pretensão do recorrente.

Nestes termos, julga-se procedente o pedido deduzido na inicial dando-se por satisfeita a obrigação do apelado com a exibição já realizada com o documento encartado a fls. 35/37.

Pelo exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000527-

Acesso ao Sumário

04.2016.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante/apelado TIM CELULAR S/A, é apelado/apelante SIDNEY LÁZARO DIAS (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 ao recurso da ré e julgaram prejudicado o adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27461)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 7 de março de 2017.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: DANO MORAL - RESPONSABIIDADE CIVIL - TELEFONIA MÓVEL - TIM *INFINITY* - MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO QUE SE CARACTERIZA COMO MERO ABORRECIMENTO OU TRANSTORNO, INSUSCETÍVEL DE CAUSAR OFENSA MORAL NO CONSUMIDOR - SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO. RECURSO DA RÉ PROVIDO E PREJUDICADO O ADESIVO DO AUTOR.

VOTO

Apelação da ré objetivando a reforma da sentença que, ao acolher parcialmente o pedido formulado pela autora, condenou-a ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R$ 2.000,00, bem como das verbas da sucumbência.

Acesso ao Sumário

Sustenta a vencida, em síntese, que não houve a alegada má-prestação do serviço, tampouco apuração administrativa pela ANATEL que demonstrasse a sua culpa. Aduz que não havendo dano moral a ação deve ser julgada improcedente.

Recurso adesivo do autor objetivando a majoração da verba indenizatória.

Recursos admitidos em seus regulares efeitos.

É o relatório.

Impõe-se o provimento do recurso da ré.

Ainda que estivesse configurada a má-prestação do serviço de telefonia móvel pela ré, o inadimplemento contratual quando muito poderia ensejar a

reparação de prejuízo de ordem material.

No caso, a conduta da apelante deve ser considerada como mero aborrecimento ou transtorno insuscetível de caracterizar o dano moral.

Assim tem decidido esta Colenda 23ª Câmara de Direito Privado:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Inexistência - Abalo psicológico que não alcançou a esfera dos direitos da personalidade - Mero inadimplemento contratual - Recurso nesta parte improvido". (Apelação nº 1025286-32.2015.8.26.0100, São Paulo, Rel. Des. J. B. FRANCO DE GODÓI, j. 30.3.2016).

E na mesma linha segue o Superior Tribunal de Justiça:

"O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável. No caso em exame, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade apta a tornar justificável essa reparação. 'Não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor' (REsp 1.329.189/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012)". (AgRg no AResp 844643/PB, Quarta Turma, Rel. Min. MARCOS BUZZI, j. 26.4.2016)

Consoante lição de SERGIO CAVALIERI FILHO:

"(...) só deve ser reputado como dano a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos". ("Programa de responsabilidade civil", P. 80, Atlas, 2007)

Ademais, ao menos nos autos, não há comprovação de que a ANATEL tenha concluído o procedimento administrativo instaurado no sentido de reconhecer a culpa da ré.

Por esses fundamentos, reforma-se a sentença para julgar improcedente a ação, prejudicada a análise do recurso adesivo do autor.

Responderá a autora pelo pagamento das custas e despesas do processo, além de verba honorária de R$ 1.000,00, que fixo nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, com a ressalva do parágrafo 3º, do art. 98, do CPC.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso da ré e por prejudicado o adesivo do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1075327-03.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSE CARLOS PARLAMENTO, é apelado ROEL WIN COLLIER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25678)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 13 de março de 2017.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA JUDICIAL DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA CORRENTE - AUTOR NÃO COMPÕE OS POLOS DA AÇÃO DE EXECUÇÃO EM QUE FOI EXARADA A ORDEM DE BLOQUEIO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - RECURSO - SALDO EXISTENTE EM CONTA BANCÁRIA CONJUNTA - PRESUNÇÃO DE QUE A CADA TITULAR PERTENCE METADE DO VALOR DISPONÍVEL - CONTA CORRENTE QUE APRESENTA DEPÓSITO, PAGAMENTOS E APLICAÇÕES FINANCEIRAS ALÉM DO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 146/147, julgando parcialmente procedentes os embargos de terceiro, para cancelar a penhora apenas sobre a metade do valor bloqueado, ficando repartidas igualmente entre as partes as despesas processuais, compensados os honorários advocatícios, de

relatório adotado.

Em razões recursais, aduz o embargante que tomou ciência de bloqueio em sua conta bancária onde recebe proventos do INSS, certificando-se, mais tarde, que se referia a ordem de penhor *online* emanada pelo juízo da 26ª Vara Cível Central nos autos nº 0101122-67.2011.8.26.0100, alega que comprovou não ser parte da referida ação, sofrendo a restrição por manter conta conjunta com pessoa pertencente ao quadro societário da empresa executada, defende impenhorabilidade do valor, devendo o montante ser inteiramente liberado, faz prequestionamento, aguarda provimento (fls. 151/158).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 159/160).

Recebido no duplo efeito (fls. 161).

Contrarrazões (fls. 163/167).

Houve remessa.

É O RELATÓRIO.

O recurso não prospera.

Trata-se de ação colimando, em síntese, o desbloqueio e a declaração de impenhorabilidade de valores depositados em conta corrente cuja constrição decorreu de ordem judicial em demanda executória.

Nota-se que, conquanto o autor não seja parte da ação de execução, incontroverso que a conta corrente *sub judice* é conjunta, de titularidade do demandante e de pessoa física que compõe o quadro societário da empresa executada.

Demais disso, os extratos de fls. 13/15 atestam que na conta, além do crédito INSS, existem outras movimentações, como depósito, pagamentos e aplicações financeiras.

Cumpre salientar que existente conta corrente de titularidade conjunta, e ausente prova sobre a qual dos correntistas pertence o saldo positivo, a presunção é de que os valores disponíveis são dos titulares em igual proporção, havendo tão somente solidariedade no que concerne às obrigações assumidas junto ao banco.

Neste sentido:

"EMBARGOS DE TERCEIRO. Penhora de ativo financeiro. Saldo existente em conta corrente bancária conjunta. Solidariedade existente apenas entre os correntistas e o banco depositário. Constatação que presume existência do fato constitutivo do direito, ou seja, que ceda um dos correntistas é titular de metade do saldo. Ônus da prova em contrário, isto é, de que seria totalmente do executado, que é do embargado-réu, do qual não se desincumbiu Inteligência do disposto no inciso II do art. 333 do Cód. De Proc. Civil. (...)" (Apelação Cível nº 0001605-26.2011.8.26.0218, julgado em 18/01/2012, VU, relator Des.

Acesso ao Sumário

José Tarciso Beraldo).

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

"*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BLOQUEIO DE VALOR DEPOSITADO EM CONTA CONJUNTA. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE 50% DO NUMERÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DE SOLIDARIEDADE PASSIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS. 1. A conta bancária coletiva ou conjunta pode ser indivisível ou solidária é classificada como indivisível quando movimentada por intermédio de todos os seus titulares simultaneamente, sendo exigida a assinatura de todos, ressalvada a outorga de mandato a um ou alguns para fazê-lo. É denominada solidária quando os correntistas podem movimentar a totalidade dos fundos disponíveis isoladamente. 2. Na conta conjunta solidária prevalece o princípio da solidariedade ativa e passiva apenas em relação ao banco - em virtude do contrato de abertura de conta-corrente - de modo que o ato praticado por um dos titulares não afeta os demais nas relações jurídicas e obrigacionais com terceiros, haja vista que a solidariedade não se presume, devendo resultar da vontade da lei ou da manifestação de vontade inequívoca das partes (art. 265 do CC). 3. Nessa linha de intelecção, é cediço que a constrição não pode se dar em proporção maior que o numerário pertencente ao devedor da obrigação, preservando-se o saldo dos demais cotitulares, aos quais é franqueada a comprovação dos valores que integram o patrimônio de cada um, sendo certo que, na ausência de provas nesse sentido, presume-se a divisão do saldo em partes iguais. 4. No caso, a instância primeva consignou a falta de comprovação da titularidade exclusiva do numerário depositado na conta bancária pela recorrida. Contudo, não tendo ela participado da obrigação que ensejou o processo executivo, não há se presumir sua solidariedade com o executado somente pelo fato de ela ter optado pela contratação de uma conta conjunta, a qual, reitera-se, teve o objetivo precípuo de possibilitar ao filho a movimentação do numerário em virtude da impossibilidade de fazê-lo por si mesma, haja vista ser portadora do mal de Alzheimer. 5. Recurso especial não provido*" (STJ - REsp 1184584/MG, Rei. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 15/08/2014).

"*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PENHORA 'ON LINE'. CONTA CONJUNTA. BLOQUEIO DE METADE DO VALOR DISPONÍVEL, POSSIBILIDADE, INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. I Recaindo a penhora sobre contas bancárias conjuntas, não havendo prova em contrário, presume-se que cada titular detém metade do valor depositado, não se podendo inquinar de teratológica ou manifestamente ilegal, a decisão que permite a constrição de 50% dos saldos existentes, pertencentes à executada, cotitular. (...) Agravo Regimental improvido.*" (3ª Turma, AgRg no AgRg na Pet 7.456/MG, Ministro Sidnei Beneti, j. em 26/11/2009).

Acesso ao Sumário

Dessarte, ausente qualquer elemento a abalar a r. sentença guerreada, de rigor a sua manutenção, uma vez que se mostrou incensurável.

Registro, na oportunidade, não haver espaço para prequestionamento, porquanto a matéria fora amplamente analisada à luz dos dispositivos legais vigentes e jurisprudência.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022845-66.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCIA APARECIDA FERRAZ LAGOA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43466e)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente), THIAGO DE SIQUEIRA e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 16 de março de 2017.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: DANO MORAL. CARTÃO DE CRÉDITO. FRAUDE. PARCELAMENTO DO DÉBITO NÃO RECONHECIDO PARA EVITAR "NEGATIVAÇÃO".

1. Configura dano moral indenizável o fato de a autora ter que desembolsar importância considerável para evitar que seu nome não seja enviado aos cadastros de inadimplentes, em razão de débito impugnado junto ao banco administrador do cartão de crédito. Especialmente quando os gastos não reconhecidos ultrapassam o limite de crédito concedido pelo banco.

2. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 169/173, cujo relatório ora se adota, julgou

Acesso ao Sumário

improcedente ação declaratória c/c indenizatória ajuizada por Marcia Aparecida Ferraz Lagoa contra Banco Itaucard S/A, para suspender os débitos referentes ao acordo celebrado entre as partes e determinar o estorno do valor já pago pela consumidora. A pretensão de indenização de danos morais foi rejeitada. Não houve condenação em sucumbência.

Inconformada, apela a autora sustentando insistindo na condenação do réu em danos morais. Pugna pela reforma do julgado para esse fim.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

A autora impugnou várias compras feitas com o cartão de Itaucard Marisa descrito nos autos. Para que não tivesse seu nome negativado, acabou firmando acordo com o réu para parcelamento da dívida impugnada.

O ilustre magistrado "a quo" concluiu pela ocorrência de clonagem, já que o demandado não teria comprovado a licitude das operações.

Chama a atenção o fato de os gastos não reconhecidos pela autora terem ultrapassado o limite de crédito do cartão.

E embora o réu invoque a existência de um "serviço de avaliação emergencial de crédito", não demonstrou a adesão pela cliente e o que se verifica dos autos é que tal valor foi lançado apenas na mesma fatura dos fatos excessivos.

O certo é que a autora, que se qualifica na peça vestibular como "do lar" e litiga sob os benefícios da gratuidade da Justiça, teve que assumir um débito de mais de oito mil reais e formalizar acordo com o réu, para pagamento da dívida não reconhecida, sendo privada de recursos financeiros que poderiam estar sendo utilizados com despesas válidas.

Isso, no meu entender, "data venia" do que decidiu o douto julgador singular, configura abalo moral indenizável. Apesar de não ter havido "negativação" do nome da cliente ou outro prejuízo ao seu nome, honra e imagem.

E, por óbvio, que se outras parcelas do malsinado acordo tiverem sido quitadas pela autora, todas elas deverão ser restituídas, não fazendo sentido que a autora tenha que ajuizar outra ação ou tomar qualquer outra medida para tanto. Basta que em sede de cumprimento de sentença sejam carreados os respectivos comprovantes.

Acesso ao Sumário

Com relação ao montante indenizatório, ressalte-se que a lei não prevê padrão de aferição do valor para a hipótese vertente restando, então, aquele genérico para os casos de prática de ato ilícito (artigos 159, 1059 e 1547 do CC de 1916, e artigos 927, 944 e 953 do CC atual).

Em tal ocorrendo, ao juiz tocará o arbitramento de indenização cabível, segundo seu elevado critério (Código Civil de 1916, artigo 1553, e parágrafo

único do art. 953 do CC atual).

De fato, "o dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar eqüitativamente" (Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", tomo 54, parágrafo 5.536, n. 1, p. 61). "O importante é, a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam os autores, não fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos" (R. Limongi França, "Reparação do Dano Moral", *in* RT 631, p. 35). "O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão" (Humberto Theodoro Júnior, "Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil", *in* RT 662, p. 9).

Nesse diapasão, considerando-se as circunstâncias da causa, a capacidade econômica das partes, os propósitos pedagógico e reparatório da condenação, arbitro o montante indenizatório em R$ 2.000,00 (dois mil reais), atualizáveis de agora e com juros de mora contados da citação.

Com isso, ficam integralmente acolhidas as pretensões da autora, devendo o réu arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da autora, ora fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001641-12.2011.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que são apelantes BANCO DO BRASIL S/A e ESSENCIAL SISTEMA DE SEGURANÇA EIRELI, é apelado CESAR FABRICIO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 19ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13965)**

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

São Paulo, 20 de março de 2017.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação indenizatória - Cliente submetido à busca pessoal no interior da agência bancária por seguranças particulares - Pedido procedente para condenar os réus ao pagamento do valor de R$ 8.000,00, a título de danos morais - Pleito de reforma - Impossibilidade - Autor que havia agendado previamente o atendimento e estava no interior da agência quando o suposto furto ocorreu - Réus que ao contestarem a demanda afirmaram que a busca pessoal fora realizada por guardas municipais, desviando-se desse contexto nas razões recursais, ao alegarem que os seguranças agiram em conformidade com o direito e que o autor não sofreu danos morais, dado que havia poucas pessoas no interior da agência - Irrelevância - Busca pessoal que apenas pode ser realizada por agentes públicos, em regra munidos de mandado específico, nos termos da Constituição Federal - Art. 240, §2º, c.c. 244, do Código de Processo Penal - Suposta atuação de guardas municipais, que não restou comprovada - Medida de busca pessoal realizada por seguranças particulares, fundada em denúncia não comprovada nos autos - Violação à intimidade, honra e imagem da pessoa submetida ao procedimento - Ilegalidade - Irrelevância quanto à quantidade de pessoas que presenciaram o evento - Dano moral caracterizado - *Quantum* indenizatório - Indenização fixada em R$ 8.000,00 - Valor adequado à hipótese dos autos - Montante que ressarcirá dignamente o autor e se prestará à adoção de medidas, visando a inibição da conduta - Recursos improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Os requeridos, **Banco do Brasil S/A** e **Essencial Segurança Ltda.**, apelam em face de r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Mongaguá, às fls. 178/184, nos autos da ação indenizatória ajuizada por **Cesar Fabrício de Souza**, por meio da qual o pedido inicial fora julgado procedente para condenar os réus ao pagamento do valor de R$ 8.000,00, a título de danos morais.

Inconformado, o banco requerido busca a reforma do decidido. Sustenta, em síntese, que o dano moral não restou configurado, isto porque havia poucas pessoas na agência e, além disso, a própria testemunha arrolada pelo

autor afirmou que apenas percebeu o ocorrido porque o conhecia. Além disso, argumenta que é assegurado, aos seguranças particulares, os mesmos poderes previstos ao cidadão, desse modo, a busca pessoal não encontra vedação legal, haja vista que qualquer do povo pode prender aquele que se encontra em flagrante delito, nos termos do art. 301, do Código de Processo Penal. Por fim, aduz que a indenização arbitrada pelo dano moral é desproporcional e revela-se hábil a ensejar enriquecimento sem causa. Pleiteia ao final, a reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial (fls. 186/195).

Do mesmo modo, a empresa de segurança requerida pleiteia a reforma do julgado. Argumenta que o autor não foi submetido a qualquer situação vexatória, tanto que a testemunha arrolada por ele confirmou que sequer teria percebido o ocorrido se não o conhecesse. Alega que o dano moral não pode ser generalizado, eis que deve ser fundamento em questões fáticas relevantes e não meros transtornos cotidianos (fls.202/213).

Recursos recebidos e regularmente processados nos termos legais.

O apelado não apresentou contrarrazões aos recursos (fls. 248).

É o relatório.

Conheço dos recursos, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, mas nego-lhes provimento.

Ab initio, saliento que as apelações serão analisadas conjuntamente, pois tratam das mesmas matérias.

Trata-se de ação indenizatória, argumentando a parte autora que, no dia 25/02/2011 agendara, por telefone, junto à funcionária do banco de prenome Paloma, uma transferência de valores a ser realizada no dia 28/02/2011, sendo que, na referida data, enquanto aguardava o atendimento, notou que a funcionária Michelli dialogou com dois seguranças, os quais o abordaram, seguraram-no pelo braço e o levaram a uma sala no interior da agência, local onde foi obrigado a retirar a camisa, sujeitando-se à busca pessoal. Aduziu que, após a revista pessoal, não tendo encontrado nada em seu poder, veio a ser informado de que a busca pessoal fora realizada em razão de denúncia, porquanto, outra cliente havia lhe acusado de ter furtado seu aparelho celular.

Destarte, argumentou que esses fatos causaram enorme constrangimento e que ficou muito assustado em virtude da busca pessoal, realizada de forma irregular.

O autor coligiu aos autos cópia do boletim de ocorrência lavrado no mesmo dia (fls.18/19).

Por outro lado, o banco recorrido apresentara defesa, alegando que o autor havia, previamente, agendado atendimento junto à funcionária na data do incidente, todavia, enquanto ele aguardava para ser atendido, houve um furto do outro lado da rua e guardas municipais, após a descrição do suspeito, entraram

Acesso ao Sumário

no banco e revistaram o autor, sem qualquer participação de seus seguranças (fls.47). Nos mesmos termos sobreveio a narrativa da empresa de segurança, ou seja, no sentido de que, enquanto o autor aguardava para ser atendido houve um furto do outro lado da rua e guardas municipais abordaram o requerente (fls.67).

A celeuma está restrita à análise da legalidade do procedimento adotado pelos prepostos da empresa de segurança que presta serviço à instituição financeira e se o autor sofreu danos morais por ter se sujeitado à revista pessoal, nesses moldes, no interior da agência.

Inicialmente, salienta-se que a d. Magistrada *a quo* não fundamentou a procedência da demanda com base no número de pessoas que presenciaram o fato, mas na ação irregular de seguranças particulares que realizaram revista pessoal, restrita às autoridades policiais ou autoridades judiciárias.

Nesse aspecto, engana-se a instituição financeira ao afirmar que todo e qualquer cidadão pode realizar revista pessoal em outro quando houver suspeita.

Oportuno o magistério de Guilherme de Souza Nucci a respeito do tema:

"*Os agentes autorizados a realizar busca pessoal são os que possuem a função constitucional de garantir a segurança pública, preservando a ordem e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como investigar ou impedir a prática de crimes: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares (art. 144, CF). Não possuem tal função os agentes das guardas municipais, logo, não estão autorizados a fazer busca pessoal.*" (Manual de processo penal e execução penal/Guilherme de Souza Nucci. - 11. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. página. 508).

Assim, inegável que a busca pessoal, prevista no artigo 240, §2º, do Código de Processo Penal é restrita aos agentes de segurança pública, incumbidos de preservarem a ordem social nos termos da Constituição Federal, ressaltando que a Guarda Municipal não tem essa incumbência, razão pela qual, em regra, está impedida de realizá-la.

Além disso, não se olvida que o agente público, incumbido de zelar pela segurança, apenas poderá realizar busca pessoal sem mandado, quando houver fundada suspeita, a qual segundo os ensinamentos do Professor Guilherme de Souza Nucci, configura-se:

"*Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige que seja fundada a suspeita, o que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando*

Acesso ao Sumário

nítida impressão de se tratar de um revólver." (Manual de processo penal e execução penal/Guilherme de Souza Nucci. - 11. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. página. 507).

Portanto, definitivamente a situação narrada nos autos não se enquadra nas hipóteses permissivas de busca pessoal, isto porque os seguranças que prestam serviço ao banco não são autoridades policiais e o autor estava muito distante da situação de flagrância.

A norma processual penal apenas permite que qualquer cidadão realize a prisão de qualquer outro que estiver em flagrante delito (art. 301, do CPP), situação bem diversa da busca pessoal, sob argumento de suspeita.

Ademais, não se ignora que os réus alteraram os fatos em suas razões recursais, isto porque ao contestarem a demanda, afirmaram, peremptoriamente, que a busca pessoal foi realizada pela Guarda Municipal, no entanto, em sede de apelo apenas afirmam que os seguranças atuaram com cautela e que poucas pessoas estavam na agência, assim a situação não se constituiu vexaminosa à parte.

Outrossim, tanto o banco quanto a empresa de segurança poderiam ter arrolado, como testemunha, a pessoa que alegadamente teria realizado a denúncia, porquanto, cliente do banco, bem como, a funcionária responsável pelo atendimento do autor, contudo, nada provaram.

Em verdade, o único fato demonstrado nos autos foi a busca pessoal ilegal e abusiva realizada pelos funcionários da empresa de segurança que presta serviço ao banco.

O senhor Luiz Domingos de Freitas, testemunha ouvida em audiência, afirmou que viu o autor ser conduzido por segurança do banco (fls.172).

Evidente que não houve qualquer participação da Guarda Municipal no evento tratado nos autos, pois, facilmente os réus poderiam obter cópia do registro de atendimento realizado pelos servidores municipais.

Portanto, a busca realizada pelos seguranças particulares, sem qualquer respaldo legal, foi totalmente abusiva e ofendeu direitos fundamentais do autor.

Sabe-se que a busca pessoal realizada por agentes da segurança pública, no exercício de suas atribuições legais, causa certo constrangimento ao cidadão de bem, o qual apenas é tolerado em prol da coletividade e do interesse público.

Contudo, a situação do autor fora totalmente diversa, pois ele havia agendado previamente o atendimento para aquele dia (fato confirmado pelo banco) e encontrava-se no interior da agência aguardando o atendimento, de sorte que, se o suposto furto ocorreu, segundo os réus, fora da agência (enquanto ele aguardava para ser atendido), não se justifica a abordagem no interior da agência.

O dano moral, passível de indenização, se configura como:

Acesso ao Sumário

"*(...) a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.*" (Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., SP: Malheiros, 1998, p. 78, apud Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, 8ª ed., SP: Saraiva,2003, p. 549/550)" (4ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 0008073-46.2008, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 21/08/2014, v.u.).

In casu, o autor, cliente do banco, foi tratado como criminoso por funcionários da empresa de segurança, os quais o arrastaram para uma sala fechada e realizaram busca pessoal totalmente abusiva, como se autoridades fossem.

O número de pessoas dentro da agência e que presenciaram o fato pouco importa, porquanto, a violação à intimidade, honra e imagem é indelével.

Nesse diapasão há precedentes deste E. Tribunal:

DANO MORAL - ACUSAÇÃO DE FURTO EM SUPERMERCADO - SUBMISSÃO A REVISTA - FATO NÃO COMPROVADO - CONSTRANGIMENTO CARACTERIZADO - DANO MORAL EXISTENTE – INDENIZAÇÃO DEVIDA - O constrangimento a que submetida pessoa acusada de prática de furto em mercado e revistada por seguranças particulares do estabelecimento comercial é suficiente para gerar dano moral e determina o dever de indenizar. (Apelação nº 0073214-17.2012.8.26.0224 - Relator(a): Ronnie Herbert Barros Soares; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/09/2016; Data de registro: 29/09/2016)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. Ação ajuizada por consumidor abordado por seguranças em estabelecimento comercial. Abordagem feita com agressividade. Danos morais incontroversos pelo constrangimento ilegal, com forte mácula à honra do autor. Indenização arbitrada em R$ 20.000,00. Reparação adequada à ofensa, inexistente excesso ou insignificância. Ratificação dos fundamentos da sentença (art. 252 do RITJSP) - RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação 1002960-18.2014.8.26.0002 - Relator(a): Alexandre Marcondes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 12/05/2015; Data de registro: 12/05/2015)

Acesso ao Sumário

"**Apelação - Indenização por Danos Morais - Ação ajuizada por consumidor suspeito de furto em estabelecimento comercial - Procedência, com fixação da verba indenizatória em R$ 13.500,00, corrigidos da data da sentença e acrescidos de juros a partir do evento lesivo, carreando à demandada os ônus da sucumbência - Apelo da ré pugnando pela improcedência e, alternativamente, pela redução da verba indenizatória - Consistência parcial - Exposição do autor à constrangimento desnecessário segundo prova dos autos - Procedência ratificada nos moldes do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal - Necessidade, todavia, de minorar o valor da indenização para evitar o enriquecimento sem causa - Arbitramento da indenização em R$ 6.000,00, atualizada monetariamente da data deste julgamento pelos índices da Tabela Prática, com acréscimo de juros segundo determinado pela sentença - Apelo parcialmente provido.**" (TJSP, Apelação nº 0004358-47.2008.8.26.0157, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 13.11.2012).

Destarte, devida à indenização a título de dano moral, cujo *quantum* não comporta modificação, pois fixado de forma proporcional e adequado à compensação do dano em exame.

Assim, cediço que, à míngua de critérios objetivos para a fixação de indenização por dano moral, cabível ao magistrado valer-se de apreciação equitativa, levando em conta a extensão do dano, o grau de culpabilidade do ofensor e a situação econômica das partes, de modo a reparar o abalo sofrido, bem como, inibir a repetição da conduta.

Ademais, inafastável a cautela de evitar "*o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor*" (STJ, AgRg no REsp nº 38.21 - SC, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, j. 06/08/2013).

Oportuna a menção às considerações bem lançadas pelo e. Des. Enio Zuliani, ao enfrentar a questão no julgamento do recurso de apelação nº 015631-21.201.8.26.0100:

"*Para chegar a um valor adequado cabe observar as funções básicas do dano moral. No objetivo de ressarcir, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu (Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.97, p. 62) e visando reprovar mira-se 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. 20/22; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190). Conjugando-se as duas funções é que se extrai o valor da reparação.*"

Nesse liame, considerada a situação fática apresentada, o importe de R$

Acesso ao Sumário

8.000,00, revela-se adequado e proporcional ao fim que se destina, reparar o dano sofrido pelo autor e inibir a reiteração de conduta assemelhada.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** aos recursos, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007400-86.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO CRUZEIRO DO SUL, é apelada/apelante MARIA ARAUJO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria deram parcial provimento ao recurso do réu e negaram ao da autora, vencida a 2ª Juíza que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13332)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR, COELHO MENDES e JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO.

São Paulo, 30 de março de 2017.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais e materiais decorrentes de desconto em benefício previdenciário do INSS (pensão por morte) recebido pela autora, decorrentes de dois empréstimos consignados - Autora analfabeta - Assinatura mediante colheita de mera impressão digital que não atende a forma prescrita em lei - Aplicação do artigo 166, incisos III e V do CC - Demanda julgada parcialmente procedente para declarar nulos os contratos ante a ausência do necessário instrumento público - Dever do demandado de restituir as parcelas descontadas, bem como da autora de devolver a quantia transferida para sua conta corrente mantida junto à CEF, em função dos empréstimos aqui discutidos, mediante compensação - Indenização por danos morais - Não cabimento - Parcelas descontadas que não implicaram

Acesso ao Sumário

na privação de valores ou na restrição de despesas básicas da requerente, até porque ela se beneficiou dos valores emprestados - Ausência de prejuízo efetivo a direito da personalidade - Questão meramente patrimonial - Mero aborrecimento - Sucumbência recíproca (Arts. 85, § 14º, e 86 do NCPC) - Recurso da autora desprovido e do réu parcialmente provido para determinar que a requerente devolva os valores transferidos para sua conta bancária mantida junto à Caixa Econômica Federal, admitindo-se a compensação do que uma parte possa dever à outra.

VOTO

A r. sentença de fls. 143/146, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nulos os contratos descritos na petição inicial e rejeitar o pedido de indenização por dano moral, porque não evidenciado, com sucumbência recíproca, observada a gratuidade judiciária à autora.

Inconformado, o réu apela buscando reforma do julgado (fls. 148/153). Para tanto, alega que as contratações teriam se dado de forma regular. Não estariam presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil. A autora teria usufruído dos valores a ela disponibilizado. Não haveria que se falar na condenação no pagamento da verba honorária.

As contrarrazões vieram às fls. 211/214, oportunidade em que a autora disse que seria analfabeta e desconheceria o conteúdo dos documentos que lhe teriam sido entregues para assinatura. A contratação deveria ter se dado por meio de instrumento público ou por procurador legalmente constituído.

A requerente também apela (fls. 199/203), sustentando que haveria falha na prestação dos serviços do réu, diante da contratação com pessoa não alfabetizada, que teria ensejado indevidos saques em sua conta corrente. Sofrera abalo emocional indenizável.

Em contrarrazões (fls. 208/209), o réu disse que não haveria prova do dano moral.

Os recursos foram regularmente processados.

É o relatório.

Por meio desta demanda a autora pretende a declaração de inexigibilidade dos débitos descritos na petição inicial, o ressarcimento dos valores indevidamente subtraídos de seu benefício previdenciário do INSS (pensão por morte) e o recebimento de indenização por danos morais, sustentando que realizara um único empréstimo consignado com o demandado, desconhecendo a pactuação dos outros dois contratos celebrados em seu nome.

Acesso ao Sumário

Denota-se dos autos tratar-se a autora de pessoa analfabeta, conforme seu documento de identidade juntado às fls. 13.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nulo os dois contratos objeto desta demanda, fundada no fato da autora ser analfabeta, mesmo estando acompanhada de sua filha no momento da contratação, o que configura ponto nevrálgico da decisão. Todavia, em seu apelo o réu nada falou sobre este fato, evidenciando falta de impugnação ao fundamento da sentença (artigo 1.010, inciso II, do NCPC).

Sem explicitar os motivos da impugnação que pudesse alterar o julgado, o Tribunal não tem sobre o que decidir e a parte contrária não terá do que se defender. Por isso é que todo o pedido, seja inicial seja recursal, é sempre apreciado, discutido e solucionado a partir da causa de pedir (isto é, de sua motivação).

Se o demandado se dispôs a contratar com pessoa analfabeta mediante colheita de assinatura por impressão digital, deve agora se sujeitar as consequências daí decorrentes.

Dispõe o artigo 166 do Código Civil: "É nulo o negócio jurídico quando: (...) III - não revestir a forma prescrita em lei; (...) V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade."

"Todo negócio jurídico pressupõe agente capaz, isto é, pessoa apta a realizá-lo. As regras da capacidade aplicam-se indistintamente aos negócios jurídicos unilaterais e bilaterais".

A validade dos contratos aqui discutidos estava condicionada à necessária realização do ato por escritura pública ou de representação por procurador constituído por meio de instrumento público, posto tratar-se a autora de pessoa analfabeta.

Desta maneira, andou bem o MM. Juízo "a quo" em declarar nulos os empréstimos bancários.

Todavia, impõe-se que as partes sejam restituídas ao estado anterior à avença, a fim de se evitar o vedado enriquecimento sem causa (artigo 884 do CC).

Importa observar que em sua contestação o réu disse que a autora foi a beneficiária das quantias obtidas com os empréstimos, conforme documentos de transferência eletrônica - TED, copiados às fls. 40/41, os quais evidenciam que os valores foram transferidos para conta corrente mantida pela requerente junto à Caixa Econômica Federal.

E a autora silenciou-se a esse respeito, desrespeitando-se o ônus da impugnação específica. Em réplica (fls. 136/142) sustentou apenas que os contratos seriam nulos por ausência de outorga de procuração pública a sua filha, o que torna incontroversas as transferências dos valores tomados por

empréstimos à conta bancária mantida pela autora junto à CEF.

Desta feita, não só o réu tem o dever de restituir integralmente os valores referentes às parcelas descontadas no benefício previdenciário da autora, como esta tem a obrigação de devolver a quantia indevidamente transferida para sua conta corrente junto à CEF, ressaltando-se a admissibilidade da compensação com os valores das parcelas efetivamente descontadas.

Por outro lado, não se entrevê que a requerente tenha experimentado dano moral que ensejasse indenização patrimonial.

Apesar dos empréstimos não terem sido realizados por meio do necessário instrumento público, por tratar-se a autora de pessoa analfabeta, ela esteve acompanhada no ato por sua filha e foi efetivamente a beneficiária dos valores disponibilizados pelos mútuos, de maneira que não se pode dizer que os descontos no benefício previdenciário da autora tenham implicado na privação de valores ou restrição de despesas básicas da requerente, **não havendo que se falar, portanto, em indenização por dano moral**.

Ora, o dano moral não é a mera angústia, dor, desgosto ou aflição de espírito que sofre a vítima do evento danoso. Esses estados de espírito são variáveis em cada caso, sendo que cada pessoa sente a seu modo. A indenização por dano moral não tem por escopo reparar esse tipo de dor ou padecimento, mas o decorrente da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima tem interesse reconhecido juridicamente.

Afinado a este entendimento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "CIVIL - DANO MORAL - NÃO OCORRÊNCIA - O recurso especial não se presta ao reexame da prova - O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige - Recurso especial não conhecido" (REsp 403.919/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 15/05/2003, DJ 04/08/2003, p. 308).

A r. sentença é datada de 16/06/2016, portanto, quando já em vigor o novo Código de Processo Civil.

Descabida a alegação do réu de que não haveria que se falar na condenação no pagamento da verba honorária.

Verifica-se que houve sucumbência recíproca, dado que os contendores tiveram parte importante de suas pretensões afastadas.

A autora restou vencida em relação ao pedido de indenização por suposto dano moral, enquanto que o réu, que deu causa ao ajuizamento desta demanda, foi condenado a abster-se de efetuar descontos das parcelas dos empréstimos declarados nulos no benefício previdenciário da requerente, restabelecendo-se as partes ao "status quo ante".

Correta, portanto, a repartição da condenação nas verbas de sucumbência.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, aliás, a redação do artigo 86 do Código de Processo Civil/2015: "Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas".

Note-se ainda que o artigo 85, § 14º, do NCPC veda a compensação dos honorários em caso de sucumbência parcial, devendo ser mantida a condenação dos litigantes no pagamento da verba honorária ao patrono da parte contrária.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da autora e dá-se parcial provimento ao do réu para condenar a requerente na devolução dos valores transferidos para sua conta bancária mantida junto à Caixa Econômica Federal, admitindo-se a compensação do que uma parte possa dever à outra, mantida, no mais, a r. sentença.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

(Voto nº 18971)

Respeitosamente divergi parcialmente do ilustre Desembargador Relator sorteado.

A autora ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por dano moral, onde nega a contratação de dois empréstimos consignados: contrato nº 464042844 e 48301105.

O banco apresentou os contratos a fls. 104 e seguintes, comprovando os créditos na conta corrente da autora, a fls. 40/41.

A autora é analfabeta e a sentença declarou a nulidade dos contratos e a inexigibilidade dos débitos, porque os contratos celebrados não obedeceram a forma legal.

A falta de contrato escrito não afasta a exigibilidade dos débitos, já que restou demonstrado o crédito do valor exigido.

Por outro lado, a autora é pensionista, com rendimentos no valor de R$ 500,00 em agosto de 2010, a fls. 110, o que demonstra que, na prática, não terá condição de devolver, de uma vez, os valores utilizados.

Por isso, considerada a inexistência do instrumento escrito realizado o crédito em conta corrente, cabe ao banco debitar as parcelas do empréstimo, com aplicação, por analogia, da Súmula 530 do Superior Tribunal de Justiça, que determina a aplicação da taxa média de mercado para operações da mesma espécie, divulgada pelo BACEN, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor (Súmula 530/STJ), o que deverá ser apurado em liquidação de sentença, com a aplicação taxa média de mercado para operações da mesma espécie (AgRg no AREsp 628818/MS e EDcl no AREsp 293937/RS).

Pelo meu voto, **dava parcial provimento** ao recurso do banco, para

Acesso ao Sumário

determinar o desconto das parcelas, com aplicação a Súmula 530 do STJ para correção dos valores. **Prejudicado** o recurso da autora.

LUCILA TOLEDO, Desembargadora, 2ª Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001074-22.2016.8.26.0484, da Comarca de Promissão, em que é apelante ELAINE REGINA PERES BALEEIRO SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25126)**

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

São Paulo, 3 de abril de 2017.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência cumulada com indenização por danos morais - Seguro de proteção financeira atrelado a contratos bancários de financiamento de veículo - Pedido de declaração de quitação do financiamento fundamentado no óbito do devedor - Sinistro que ocorreu após o término de vigência do contrato de seguro de proteção financeira - Quitação indevida - Sentença mantida - Recurso improvido.

Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 60/63, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais, com condenação da autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, sobrestada a execução, nos termos do art. 98, §3º do CPC.

Acesso ao Sumário

Apela a autora (fls. 66/77) alegando que os documentos juntados aos autos não comprovam o nexo de causalidade entre a apólice de seguro apresentada e o contrato de seguro discutido nesses autos. Pede a declaração de inexistência do débito, a devolução dos valores pagos e indenização por danos morais.

Recurso em ordem, recebido e com resposta (fls. 74/78).

É o relatório.

Cuida-se de ação na qual a autora pleiteia a declaração de inexistência de débito e restituição dos valores, além de indenização por dano moral, aduzindo lhe foi negada indevidamente a cobertura prevista no contrato de seguro realizado entre o banco requerido e seu marido, já falecido, que previa a quitação do contrato de financiamento de veículo celebrado entre eles em caso de morte do titular.

Resta incontroverso nos autos a contratação do referido seguro e do contrato de financiamento. A discussão cinge-se quanto ao prazo de vigência do seguro e se é devida ou não a cobertura buscada.

O banco requerido, conforme o ônus que lhe competia (art. 373, II do CPC) logrou comprovar o alegado em sua contestação, bem como a validade do contrato de seguro (fls. 45/47), no qual consta, inclusive, a assinatura do *de cujus*, bem como sua relação com o contrato de financiamento.

O contrato de seguro de proteção financeira é claro ao prever que o seguro tinha como início de vigência 09/03/2013, e término em 08/03/2015. O óbito do marido da autora se deu em 03/11/2015, quando o seguro já não era mais vigente.

Nesse sentido, bem observou o MM. Juiz *a quo*: "*Sucede que o evento morte ocorreu em 03 de novembro de 2015, isto é, quando não mais estava em vigor a apólice de seguro, valendo salientar que a cláusula que dispõe sobre a vigência do contrato é clara, não constituindo ofensa ao Código de Defesa do Consumidor. No contrato firmado entre as partes há menção expressa quanto ao início e ao término do contrato. A morte do segurado ocorreu após o término, o que desobriga as partes do ajustado. Não há prova de que o contrato foi renovado e não há falar em mera prorrogação, já que o contrato tem por base a situação no momento da contratação, conforme a conveniência das partes. Não há cláusula contratual prevendo a renovação automática e o valor a ser pago em tal hipótese tanto a título de prêmio como de indenização. O contrato, no caso, terminou às 24 horas do dia 08 de março de 2015, o que era de pleno conhecimento das partes e consta expressamente do contrato que assinaram e se obrigaram mutuamente. Nesse contexto, ante a ausência da qualidade de segurado do de cujus na data de seu óbito, consequentemente improcedem os pedidos da autora referente a declaração de inexigibilidade, repetição de indébito e danos morais.*".

Acesso ao Sumário

Dessa forma, e considerando que a disposição do período de vigência do contrato está expressa de forma inequívoca, inexiste, portanto, a obrigação do banco réu em dar quitação ao contrato de financiamento de veículo.

Nesse sentido, já se decidiu esse E. Corte: "*Ação declaratória - Contratos bancários de financiamento de veículo e seguro de proteção financeira adjeto - Pedido de declaração de quitação do financiamento fundamentado no óbito da devedora - Sinistro que ocorreu após o período de vigência do contrato de seguro de proteção financeira - Aplicação do CDC - Possibilidade - Súm. 297 do STJ - Contrato que prevê de forma clara e inequívoca o período de vigência securitária, não encerrando abusividade - Recurso improvido.*" (Apelação nº 1014223-13.2015.8.26.0196, 16ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Relator Miguel Petroni Neto, j. 9 de agosto de 2016).

Para fins de prequestionamento, a Turma Julgadora declara que não houve vulneração a quaisquer dispositivos legais, mencionados ou não pela parte.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026613-75.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA APARECIDA SANTANA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, e fixaram honorários advocatícios e recursais (art. 85, §§ 1º e 2º, c/c 11, do CPC/2015), V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6191)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 3 de abril de 2017.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - Cautelar - Égide do CPC/73 - Pretensão de exibição de contrato - Extinção, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC/2015 (indeferimento da inicial - ausência de interesse processual) - Preliminar arguida em contrarrazões - Razões genéricas do

Acesso ao Sumário

recurso - Rejeição - Impugnação específica aos termos da sentença - Mérito - Aplicação do entendimento constante do REsp Repetitivo 1.349.453-MS, DJe 02/02/2015, por se tratar de ação que foi aforada posteriormente, em 16/03/2016 - Não recolhimento de tarifa pelo custo do serviço, conforme previsão no art. 5º, XVII, da Resolução do Banco Central do Brasil nº 3.919, de 25 de novembro de 2010 - Requisito que deve ser comprovado no momento da propositura da ação ou, ao menos, comprovado o requerimento do custo do serviço pela via administrativa - Requisito instransponível à propositura da ação - Falta de interesse processual caracterizada - Manutenção da sentença - Recurso desprovido, e fixados honorários advocatícios e recursais (art. 85, §§ 1º e 2º, c/c 11, do CPC/2015), observada a gratuidade da justiça.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida em 14 de setembro de 2016 (fls. 34/35), que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC/2015 (indeferimento da inicial - ausência de interesse processual). Não houve condenação em custas e honorários advocatícios.

A apelante alega, em síntese, que estão presentes os requisitos da ação, especificamente o interesse processual. Aduz que a solicitação administrativa não foi atendida. Sustenta que não foi exigido o pagamento pelo custo do serviço. Pede provimento ao recurso para reforma da r. sentença (fls. 38/44).

Foi determinado o processamento do recurso, sendo apresentadas as contrarrazões (fls. 49/54).

É o relatório.

Recurso conhecido. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A presente apelação, interposta em 18/10/2016, é tempestiva e isentada de preparo, em razão da apelante ser beneficiária da gratuidade da justiça, que lhe fora deferida às fls. 17/18.

Rejeito a defesa preliminar arguida em contrarrazões. Houve impugnação específica aos termos da sentença. Não há violação ao princípio da dialeticidade, pois possibilitado ao apelado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Na espécie, é aplicável o entendimento do REsp Repetitivo 1.349.453-MS, publicado no DJe de 02/02/2015, uma vez que a presente ação foi aforada

Acesso ao Sumário

em data posterior: 16/03/2016, mas ainda à égide do CPC/73.

O atual posicionamento, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recurso julgado no regime dos recursos repetitivos (CPC/1973, art. 543-C), ganhou esta ementa:

> *PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma- se a seguinte tese:* ***A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária****. 2. No caso concreto, recurso especial provido*. (REsp 1349453/MS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 10/12/2014, DJe 02/02/2015).

Aludida orientação comporta aplicação no caso, como dito, já que ação foi ajuizada após a publicação desse recurso repetitivo.

A apelante deixou de recolher a tarifa pelo custo do serviço, que encontra previsão no art. 5º, XVII, da Resolução do Banco Central do Brasil nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, por se tratar a exibição de 2ª via de contrato, serviço diferenciado oferecido ao cliente, sendo passível, assim, de cobrança. Além disso, sequer indagou quanto deveria pagar pela cópia solicitada, atitude exigível para atendimento desse requisito fixado pelo C. STJ.

Portanto, descumpridos os requisitos exigidos no REsp Repetitivo 1.349.453/MS, não haveria cabimento da propositura de cautelar de exibição preparatória.

Assim, ausente o interesse processual da apelante, é mantida a r. sentença.

Em razão da nova sistemática adotada pelo NCPC, fixo honorários advocatícios e recursais em 10% sobre o valor atualizado dado à causa (art. 85, §§ 1º e 2º, c/c 11), observada a gratuidade da justiça.

Anoto, por fim, entendimento pacífico de que o órgão julgador não está obrigado a citar todos os artigos de lei ordinária, infraconstitucional, ou da Constituição Federal para fins de prequestionamento, no que se consideram automaticamente prequestionadas todas as disposições legais discutidas nos autos.

Acesso ao Sumário

Na temática o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "**São numerosos os precedentes nesta Corte que tem por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida a apreciada**". *(Rec. Esp. 94.852, SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 13.09.99, pg.1088)*.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeito a defesa preliminar arguida em contrarrazões, **nego provimento ao recurso**, e fixo honorários advocatícios e recursais (art. 85, §§ 1º e 2º, c/c 11, do CPC/2015).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010443-50.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANDRE DONAS, RAPHAEL SOCHETTI DONAS e RENAN SOCHETTI DONAS (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados ITAÚ UNIBANCO S/A e TRANSVIP - TRANSPORTE DE VALORES E VIGILÂNCIA PATRIMONIAL LTDA.

ACORDAM, em 20ª 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 36994)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente sem voto), CORREIA LIMA e LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 3 de abril de 2017.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO - Apelação - Preparo - Alegação de deserção em razão de irregularidade no preenchimento da guia DARE/DR - Desacolhimento - Há no documento principal da DARE e no respectivo comprovante de pagamento informações suficientes que demonstram a vinculação do preparo ao presente processo - Preliminar suscitada em contrarrazões rejeitada.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Assalto em agência bancária - Coautor ferido na perna por

disparo em arma de fogo - Fato incontroverso - Dano moral - Ocorrência - Indenização fixada em primeiro grau em R$ 10.000,00 para os três autores - Valor insuficiente - Majoração - Possibilidade - Indenização majorada para R$ 25.000,00 para os três autores - Viabilidade - Honorários de advogado - Sucumbência recíproca – Ocorrência - Arbitramento em 10% sobre o valor da condenação - Viabilidade - Ação de indenização por danos materiais e morais julgada parcialmente procedente. Recurso provido em parte.

VOTO

1. Recurso de apelação contra a sentença que condenou os réus ao pagamento aos autores de indenização por danos morais fixada em R$ 10.000,00 (corrigidos monetariamente pela tabela prática deste Tribunal desde o arbitramento e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês contados do evento danoso); a sentença reconheceu a sucumbência recíproca das partes, arcando cada qual com as custas e os honorários de seus respectivos patronos.

Sustentam os autores-apelantes que o valor indenizatório fixado é irrisório e não compensa os danos morais sofridos e que decorreram de assalto em agência bancária, não servindo para coibir a prática de novos atos semelhantes. Pedem os recorrentes a majoração da indenização e a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios.

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 98 do STJ e Súmula 356 do STF.

2.2. A corré (Transvip) suscitou em suas contrarrazões de apelação a deserção do recurso dos autores, em razão de irregularidade no preenchimento da guia DARE/DR (cf. fls. 422-425).

O objetivo do Provimento CG nº 33/2013 é o de afastar a ocorrência de fraudes, evitando que a mesma guia de pagamento de taxa judiciária seja usada em outra ação, desfalcando os cofres públicos.

Os apelantes juntaram com o seu recurso o documento principal da guia DARE-SP, cujo campo "3" indica o número do CPF do autor (Andre Donas) e o campo "6" (observações) indica os nomes das partes, a Vara de origem e o número do processo. Verifica-se ainda desse documento que o campo "9" traz o número da DARE (cf. fl. 405) e tal número consta do comprovante de pagamento do preparo, no valor de R$ 200,00 (cf. fl. 406).

Assim, há no documento principal da DARE e no respectivo comprovante

Acesso ao Sumário

de pagamento as informações suficientes que demonstram a vinculação do preparo ao presente processo, daí o afastamento da alegação de deserção do recurso.

2.3. Consta na petição inicial que, em 14-01-2010, os autores estavam numa agência bancária do Banco-réu quando dois indivíduos ali entraram e anunciaram um roubo. Um deles fez de escudo o filho do coautor e, mesmo assim, os seguranças do Banco efetuaram disparos de arma de fogo atingindo a perna do então menor Renan Sochetti Donas (cf. fls. 3-4).

Os réus não interpuseram apelação e a discussão cinge- se às matérias suscitadas no recurso dos autores, que versam sobre a majoração da indenização por danos morais e a fixação da verba honorária (cf. fls. 392-403).

A doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Forense, 1989, p. 67). A vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CF, art. 5º, incisos V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva (cf. autor, ob. e p. cit.), sendo meramente arbitrável.

Ainda que se abstraia a ideia de produzir no causador do mal um impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado, persiste a necessidade da reparação pecuniária, como medida apta a compensar a sensação de dor do ofendido com uma sensação agradável em contrário, a ponto de a paga em dinheiro representar-lhe uma satisfação, moral ou psicológica, capaz de neutralizar ou remediar o sofrimento impingido.

Esta Câmara tem procurado, dentro do possível, estabelecer critério objetivo de arbitramento de indenização, conforme seja de pequena, média ou grande intensidade o dano moral, com base na regra de experiência fundada no que habitualmente ocorre na psique do homem médio. E bem certo é que se devem considerar certos parâmetros para o fim de arbitramento da verba reparatória, como as condições financeiras e sociais das partes e a intensidade do dano, buscando-se, por meio da reparação, dar conforto psicológico à vítima e, ao mesmo tempo, sancionar o causador do fato danoso, a fim de que tome a devida cautela no exercício de sua atividade e evite a reincidência.

Os autores estavam numa agência do Banco-réu, onde pagariam algumas contas mas acabaram surpreendidos por assaltantes armados, tendo um deles feito de escudo o coautor Renan, que era menor de idade naquela época.

É evidente o trauma sofrido, tanto pelo coautor menor que foi alvejado por disparo de arma de fogo proferido por segurança da agência bancária, como pelos demais autores (pai e irmão do menor atingido) que sofreram ao presenciarem tamanha violência contra um ente querido.

Acesso ao Sumário

O laudo de lesão corporal revela que o coautor Renan sofreu "ferimento pérfuro-contuso no joelho direito lateral de 1,3 cm (1) e ferimento inciso na coxa direita anterior superior de 5 cm suturado (2)" (cf. fl. 45), não havendo notícia que o ferimento tenha deixado sequelas graves que impedisse a vítima de levar uma vida normal.

Sopesados esses fatores, observado o critério da razoabilidade e presente a necessidade de se atentar para que o arbitramento se opere sem abusos ou exageros, é o caso de elevação da indenização arbitrada em primeiro grau (R$ 10.000,00 aos três autores) para R$ 25.000,00 (com correção monetária pela Tabela Prática deste Tribunal a partir da data deste acórdão e juros moratórios de 1% ao mês - estes contados do evento danoso, tal como constou da sentença).

2.4. Os autores decaíram do pedido em relação à indenização por danos materiais e os réus ficaram vencidos em relação à indenização por danos morais. Como ambas as partes ficaram vencedoras e vencidas, as despesas processuais ficam distribuídas igualmente entre elas, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC/1973 e os honorários são fixados para ambas as partes em 10% do valor da condenação (10% sobre R$ 25.000,00).

3. Posto isso, o meu voto dá parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001588-69.2013.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante ENERGIA-BRASIL - COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. - ME, é apelado FRANCISCO NUNES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23147)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIL COELHO e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

WALTER FONSECA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMPROCEDÊNCIA - AUSÊNCIA DE

DEMONSTRAÇÃO DA POSSE DA AUTORA E DO ESBULHO PRATICADO PELO RÉU - PRETENSÃO DE REFORMA - DESCABIMENTO - Não houve efetiva comprovação da posse da autora sobre o imóvel litigioso e não se legitimou nos autos a tese de esbulho imputada ao réu - As discussões travadas entre a autora e ré nada têm de cunho possessório, cuidando de matérias de natureza societária e obrigacional. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos

Ação de reintegração de posse ajuizada pela autora apelante em face do apelado, julgada improcedente ao fundamento de que ficou demonstrado nos autos que a autora não exerceu posse sobre o imóvel litigioso, não fazendo jus à proteção possessória e condenando-a nas penas de litigância de má-fé (fls. 177/181).

Inconformada a empresa autora interpõe recurso de apelação, defendendo a necessidade reforma da sentença. Alega que a prova dos autos demonstrou que a detinha a posse mansa e pacífica sobre o imóvel, tal como asseverado na inicial e documentos que a seguiram. Refere que é o apelado quem litiga de má-fé, devendo ser assim apenado nos termos da Lei. Persegue, nos aludidos termos, a reforma da r. sentença recorrida com a procedência da ação (fls. 195/209).

Tempestivo, preparado e respondido, o recurso está pronto para julgamento.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

Respeitado o entendimento da empresa autora, o que se verifica dos presentes autos é o notório desentendimento e a desavença negocial entre as partes, que firmaram o instrumento de cessão de direitos de firma individual com o represente legal da empresa autora.

Com efeito, as discussões travadas entre a parte autora e ré nada têm de cunho possessório, tratando-se antes de questões de natureza societária e obrigacional, como se depreende dos documentos de fls. 21/30.

E ainda que, num primeiro momento, tenha a d. magistrada da causa concedido a liminar para reintegrar a empresa autora na posse do imóvel litigioso (fls. 50/51), com o recebimento da contestação e juntada de documentos pelo réu, ficou demonstrado nos autos que, na verdade, a empresa autora não detinha a posse alegada anteriormente.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, concluiu a d. magistrada de primeiro grau de jurisdição que: "*O fato é que a empresa requerente não exercia a posse sobre o referido imóvel, como empresa devidamente estabelecida e na ativa. A requerente, segundo se vê de fls. 16, teria alterado a sua sede para a Rua Amperio Sai, 81, em 13 de junho de 2011. Ocorre que no contrato de fls. 21/30, vê-se que esse era o endereço da empresa do requerido, que foi negociada com Almir José bem antes, ou seja, em 10 de agosto de 2009. Para piorar, há nos documentos de fls. 31/34, nome fantasia de outra empresa estabelecida nesse endereço. (...) Logo, restou tacitamente confessado que a empresa Energia Brazil, legalmente representada pelos seus sócios de direito, nunca exerceu posse nesse imóvel, o que o justifica o julgamento antecipado desta ação e sua total improcedência, aplicando-se a pena de litigância de má-fé à empresa requerente (...)*" (fls. 179/180).

De se salientar, por fim, que os documentos trazidos com a petição inicial não se prestam a demonstrar o exercício da posse sobre o imóvel por parte da autora, e mais do que isso, não são hígidos para comprovar a tese de esbulho praticado pelo réu.

Portanto, não restando comprovados a posse da autora, a data do esbulho e a sua prática pelo réu, inviável a pretensão possessória buscada pela autora apelante.

Por fim, a discordância e altercação existente entre as partes denota o fim da *affectio societatis* entre os litigantes, mas não possibilita a condenação do réu nas penas de litigância de má-fé, por não se aferir dolo ou má-fé no decorrer da demanda, intenção daquele de alterar a verdade dos fatos, usar do processo para conseguir objetivo ilegal ou, quiçá, de agir o réu de modo temerário e causar entrave nos autos.

Assim, na ausência das hipóteses taxativas do artigo 80 do Código de Processo Civil em vigor, não há que impor a pena de litigância de má-fé ao requerido apelado.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4004820-75.2013.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE INDAIATUBA, é apelado JOSÉ DA SILVA ROCHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.881)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 13 de janeiro de 2017.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Ação de indenização. Queda de tronco de árvore sobre veículo em movimento em via pública. Danos e nexo causal demonstrados. Responsabilidade objetiva do Estado. Legitimidade do Município. Poder de polícia e fiscalização das vias e passeios públicos. Manutenção das calçadas e árvores existentes. Excludentes da relação de causalidade inexistentes. Dever de indenizar reconhecido. Danos materiais bem fixados. Despesas com honorários advocatícios contratuais. Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 153/160, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação de indenização movida por José da Silva Rocha contra Prefeitura Municipal de Indaiatuba.

O município recorre. Preliminarmente alega inexistência de nexo causal e que a responsabilidade pela poda das árvores é da Associação Amigos de Bairro Colinas do Mosteiro de *ITAICI - ACMTI*. Aduz que os danos materiais não foram demonstrados de forma concreta. Assevera que não há fundamento para o pedido de reembolso pela contratação de advogado. Pugna pela reforma do julgado.

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

O apelo comporta parcial provimento.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais, decorrentes de queda de tronco de árvore sobre veículo de propriedade do autor que se encontrava em movimento em via pública.

Como bem consignado na r. sentença:

(...)

"A falta de fiscalização corriqueira da Prefeitura em relação às árvores do condomínio em questão, cuja responsabilidade é do Município, como já dito, e não da Associação que o mantém, é indiretamente confessada pela testemunha

Acesso ao Sumário

do réu, que afirma efetuar as podas das árvores existentes nas vias públicas do condomínio, quando algum munícipe faz a respectiva solicitação. Mas não é só, a fiscalização se houve, foi falha, pois visível que o tronco caiu por ser excessivamente grande em relação ao tronco principal da árvore, cujo peso não suportou. Este fato, de fácil, constatação, deve ser previsível e analisado pela prefeitura para evitar eventos danosos como o tratado nestes autos. Portanto, houve falha da administração pública que deixou de fiscalizar com a cautela necessária árvores antigas do município, e por si só torna o evento danoso previsível."

Como bem reconhecido na r. sentença, compete ao Município o poder de polícia e fiscalização das vias e passeios, com manutenção e conservação das vias.

O réu responde objetivamente pelos danos causados aos seus usuários, independentemente de culpa, bastando para a sua configuração a comprovação do dano e do nexo de causalidade, a teor do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

O nexo causal e os danos materiais, estão bem demonstrados, não remanescendo nenhuma incerteza quanto ao prejuízo material a ser ressarcido.

Por fim, o recurso comporta parcial acolhimento apenas para afastar a condenação relativa ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais.

Com efeito, muito embora viesse decidindo por sua admissibilidade, modifiquei meu entendimento para adequá-lo à mais recente orientação do Superior Tribunal de Justiça, incumbido de velar pela uniformidade de aplicação da lei federal.

A propósito, pede-se vênia para transcrever trecho de voto-vista da eminente Ministra Nancy Andrighi, proferido no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527-MG, de relatoria do Exmo. Ministro Sidnei Beneti:

"Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do REsp 1.027.797/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011, penso que a expressão 'honorários de advogado', utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, já que a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.

Vale dizer, o termo 'honorários de advogado' contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.

Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais - pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito - mas,

Acesso ao Sumário

pelos motivos acima expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais." (2ª Seção - J. 13.06.2012).

Neste contexto, dá se parcial provimento apenas para afastar a condenação quanto ao ressarcimento das despesas com honorários advocatícios contratuais, mantida no mais a r. sentença e as verbas da sucumbência.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020377-31.2012.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante ALICE SMODIC (JUSTIÇA GRATUITA) e é apelada ANGELINA EVANGELISTA.

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 APELO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.113)**

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

São Paulo, 19 de janeiro de 2017.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Se, quando de sua morte, que ao sinistro gerador da indenização corresponde, o segurado e a autora estavam separados, a fração alguma ela faz jus, não importa a duração do anterior casamento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Autora apela da respeitável sentença que lhe rejeitou demanda por reconhecimento de seu direito à metade da indenização securitária. Insiste na pretensão e em sua qualidade de beneficiária do ex-marido e argumenta com o fato de estarem casados, como se mantiveram por quarenta e quatro anos, quando da contratação do seguro e com a vontade dele, apesar da "aventura amorosa".

Dispensava-se preparo e veio resposta.

É o relatório.

Embora tenha sido casada por quarenta e quatro anos, a autora se separou

do segurado (fls. 11 e 14), que passou a viver em união estável com a ré, do que houve reconhecimento por sentença judicial (fls. 20/22 e 104).

Aliás, o novo casal teve dois filhos (fls. 80/81), o que afasta o aceno com mera "aventura amorosa", ainda que isso seja irrelevante.

Irrelevante também é a data da contratação do seguro sem indicação beneficiários (fl. 192), porque o que interessa é que quando de sua morte, que ao sinistro gerador da indenização corresponde, o segurado e a autora estavam separados, o que prejudica a investigação da vontade dele.

Como, na falta de indicação de beneficiário, a indenização será paga "metade ao cônjuge não separado judicialmente" "e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária" (Código Civil de 2002, art. 792), segue que a fração alguma faz jus a autora, não importa a duração do anterior casamento.

Assim, mantém-se a conclusão da respeitável sentença.

Pelas razões expostas, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012392-43.2014.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GERSON PEREIRA LIMA, são apelados ERIC FABIANO ARLINDO, ALEX SANDRO RIBEIRO e ERIC FABIANO ARLINDO ASSESSORIA EMPRESARIAL ME.

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 39.563/2016)**.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), MELO BUENO e RUY COPPOLA.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDATO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRELIMINAR AO MÉRITO. Suposto cerceamento do direito de defesa pela ausência de apreciação da prova constante dos autos. Não verificação. Respeitável sentença recorrida que bem analisou os elementos probatórios carreados

Acesso ao Sumário

pelas partes. Preliminar afastada.

RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDATO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - MÉRITO. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Exegese do artigo 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94). Atividade que, todavia, é reputada como obrigação de meio e não de resultado. Danos morais e materiais não caracterizados. Ausência de comprovação de má prestação dos serviços, dada a contestação a informar os fatos deduzidos na inicial. Revelia de 02 (dois) dos correqueridos que não implica em presunção de veracidade dos fatos narrados pelo requerente. Improcedência. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação tirada contra a respeitável sentença de folhas 152 *usque* 155, cujo relatório ora adoto, que julgou improcedente a ação de reparação de danos materiais e morais fundada em má prestação de serviços advocatícios movida por **GERSON PEREIRA LIMA** contra **ERIC FABIANO ARLINDO ASSESSORIA EMPRESARIAL LIMITADA - MICRO EMPRESA, ERIC FABIANO ARLINDO e ALEX SANDRO RIBEIRO**, sob o fundamento de ausência de prova de má prestação de serviços pelos requeridos. Diante da sucumbência, as despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa foram carreados ao requerente.

Inconformado, recorre o requerente pretendendo a reforma do julgado (folhas 158/163). Destaca, preliminarmente, cerceamento do direito de defesa pela não apreciação das provas coligidas aos autos. No mérito, alega ter sido vítima de propaganda enganosa, pois os requeridos prometeram a obter a redução do valor das parcelas de financiamento para a aquisição de motociclo. Contudo, ao término da relação contratual, sofreu diversos prejuízos em razão da cobrança abusiva pelos serviços prestados, além da perda de veículo financiado em ação de busca e apreensão (processo número 0003249-67.2012.8.26.0606, que tramitou perante a 01ª Vara Cível da Comarca de Suzano/SP). Defende que a revelia dos correqueridos ERIC FABIANO ARLINDO e ERIC FABIANO ARLINDO ASSESSORIA EMPRESARIAL importa em confissão dos fatos deduzidos na inicial. Requer a reforma da respeitável sentença atacada com a total procedência dos pedidos formulados para declaração de rescisão do

Acesso ao Sumário

contrato, bem como condenados os requeridos ao pagamento de danos morais e materiais.

Recurso tempestivo, devidamente processado, bem preparado (folhas 164/165) e respondido (folhas 172/175), 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.

De início, não se vislumbra o cerceamento do direito de defesa apregoado pelo requerente.

Ao revés do afirmado não se configura o cerceamento do direito de defesa pela suposta ausência de análise da prova coligida aos autos.

Observa-se da respeitável sentença recorrida congruência entre a fundamentação e os elementos constantes da instrução processual, além da prova documental carreada pelo requerente, não havendo que se falar em vício a ensejar eventual nulidade.

Fica, pois, afastada a preliminar suscitada.

No mérito, trata-se de ação de reparação de danos proposta pelo recorrente, alegando má prestação de serviços profissionais executados pelos requeridos na condição de advogados, no patrocínio de medidas judiciais para revisão de contratos de financiamento bancário.

Narrou o requerente a contratação dos requeridos para acionamento de 04 (quatro) ações revisionais de contratos de financiamento bancário, com remuneração estipulada em R$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais).

Assevera que, não obstante a contratação e o pagamento dos valores ajustados, teve o nome negativado junto aos órgãos de proteção ao crédito, perdeu uma motocicleta em razão de ação de busca e apreensão pela instituição financeira credora, além dos gastos com custas de ações judiciais, no valor de R$ 2.697,28 (dois mil, seiscentos e noventa e sete reais e vinte e oito centavos).

Defende má prestação dos serviços, devido a inércia em sua defesa na ação de busca e apreensão, perda de prazos, ausência de manifestações nos autos, arquivamentos e elaboração de pedidos sem previsão legal.

Consoante cediço, o dever de indenizar por quem causou prejuízo a outrem é princípio geral encontrado em todo o ordenamento jurídico dos povos civilizados, como pressuposto de vida em sociedade.

No caso em exame, consoante o conjunto probatório amealhado, não restou configurada culpa dos requeridos, de forma que outra solução não é possível senão a improcedência da ação.

Isto porque, a atividade do advogado é reputada como obrigação de meio

Acesso ao Sumário

e não de resultado. Se isto, por um lado, não determina para o profissional a necessidade de obter um resultado certo, de outra banda, faz com que ele esteja sujeito a seguir uma conduta genérica de rígido zelo profissional.

A desídia imputada pelo requerente aos requeridos enquadra-se no conceito "stricto sensu" da culpa, na modalidade imperícia, uma vez que deveriam os contratados, na interpretação do requerente, ter apresentado outras medidas, impedindo a busca e apreensão de veículo automotor de titularidade do contratante.

Na hipótese, não foi efetivamente comprovada a má prestação dos serviços profissionais.

Como bem delineado na respeitável sentença atacada, o requerente restou revel em ação de busca e apreensão (fundada em contrato de financiamento bancário para aquisição de veículo automotor). Desta forma, sobreveio a apreensão do veículo financiado.

Contudo, inexiste prova de comunicação da busca e apreensão pelo requerente aos requeridos, ou seja, após a citação na pessoa do requerido para responder à ação, os patronos não foram cientificados a dar andamento ao feito, do que, à toda prova, não resulta qualquer responsabilidade à parte requerida.

Neste tocante, bastaria ao requerente juntar aos autos cópia da procuração outorgada aos advogados requeridos para atuação na ação de busca e apreensão, ônus do qual não se desincumbiu.

No mais, comprovada a atuação profissional em sede das ações revisionais de contrato bancário, ausente prova ou indício de prova de má conduta nesta seara a ensejar qualquer condenação.

Às folhas 106/107, o requerido ALEX SANDRO RIBEIRO juntou decisão judicial emanada em sede da ação revisional (processo número 0017374-16.2011.8.26.0011, em trâmite perante a 04ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros da Comarca de São Paulo/SP).

Referida sentença demonstra resultado de parcial procedência da ação intentada pelo requerente contra BANCO PANAMERICANO SOCIEDADE ANÔNIMA, com determinação de pagamento de R$ 8.789,01 (oito mil, setecentos e oitenta e nove reais e um centavo) pela instituição financeira na fase de cumprimento de sentença (folhas 98/99).

Consta também às folhas 100/103 sentença de procedência parcial proferida em ação revisional (processo número 0017791-66.2011.8.26.0011, que tramitou perante a 03ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros da Comarca de São Paulo/SP) promovida pelo requerente contra UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS SOCIEDADE ANÔNIMA.

Assim, comprovada pelo requerido ALEX SANDRO RIBEIRO a atuação do advogado em consonância com os deveres da boa prática profissional, o que

Acesso ao Sumário

se pode depreender pelos extratos de andamento processual (folhas 82/97).

Nem se fale em propaganda enganosa, pois inexiste nos autos elementos a demonstrar promessa de obtenção de resultados pelos advogados requeridos.

Observa-se, pelos documentos colacionados, que os requeridos dentro do esperado, estiveram sempre atuantes durante o lapso temporal em que representaram o requerente, ausente conduta relapsa ou ímproba, justificando os pagamentos dos honorários contratuais acertados entre as partes, infundado o pedido para sua restituição.

Não restou configurada a desídia anunciada na inicial, ou mesmo perda de prazos ou ausência das providência processuais exigíveis aos advogados requeridos.

No que diz respeito ao valor pago pelos serviços prestados, totalizando R$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), não se afigura abusivo, tratando-se de remuneração pelo ajuizamento e acompanhamento de 04 (quatro) ações judiciais de revisão contratual.

Por fim, ainda que os requeridos ERIC FABIANO ARLINDO e ERIC FABIANO ARLINDO ASSESSORIA EMPRESARIAL não tenham ofertado contestação, sabido que a revelia traz tão somente a presunção da veracidade dos fatos delineados na inicial.

Contudo, a presunção em apreço é relativa, sendo afastada pelo quadro documental amealhado durante a instrução processual. E, no caso, houve contestação pelo correquerido ALEX SANDRO RIBEIRO, denotando-se a hipótese prevista no artigo 320, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época.

Assim, correta a solução dada à lide, pois o advogado é responsável apenas pelos atos que, no exercício profissional, pratica com dolo ou culpa, conforme expressa previsão legal do estatuto da OAB (artigo 32 da Lei 8.906/94).

Outrossim, não é demais ressaltar o decidido pelo eminente Desembargador Mendes Gomes em caso correlato, por ocasião do julgamento da Apelação nº 0139109-11.2009.8.26.0100:

> "A responsabilidade do advogado no direito brasileiro é puramente contratual, não havendo que se falar em dever de ressarcir em caso de erro, a não ser que seja gorsseiro, nem de resultado adverso na demanda.
>
> Isto porque certo é que o advogado não assume a obrigação de ser vitorioso na demanda, sendo sua responsabilidade limitada pelo meio decorrente do exercício da advocacia, e não pelo resultado que obtiver.
>
> Desta feita, as obrigações do causídico, de modo geral, estão ligadas à defesa dos interesses das partes em Juízo, ou seja, cumpre-lhe representar o cliente em Juízo, defendendo sua pretensão da melhor maneira possível,

Acesso ao Sumário

decorrendo, daí, a impossibilidade de impor ao advogado qualquer ônus ressarcitório ante a derrota na demanda."

Nesse sentido, ainda, julgados deste Tribunal de Justiça, "in verbis":

"**AÇÃO INDENIZATÓRIA -** Danos materiais - Prestação de serviços advocatícios - Obrigação de meio, não de resultado - Advogado só se responsabiliza pelos atos praticados por dolo ou culpa - Art. 32, do Estatuto da Advocacia - Causídico que conduziu o processo com a devida cautela - Nexo de causalidade entre os atos do advogado e a lesão suportada pela apelante inexistente - Autora que não se desincumbiu do ônus probatório - Sentença mantida - Recurso Improvido". (TJSP - Apelação nº 9203590-04.2007.8.26.0000 - Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville - 38ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 13.12.2011).

"**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROFISSIONAL DO DIREITO - AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA - ATO ILÍCITO INDEMONSTRADO - AUSÊNCIA DO DEVER DE RESSARCIR.** Consoante a norma expressa no artigo 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil o advogado somente responde, profissionalmente, por atos que praticar com dolo ou culpa. Restando indemonstrada a conduta ilícita do réu, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, afastado se encontra, via de conseqüência, o dever reparatório de ordem material" (TJSP - Apelação nº 0139109-11.2009.8.26.0100 Rel. Des. Mendes Gomes - 35ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 13.02.2012).

"**MANDATO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MATERIAIS E MORAIS** - Má prestação de serviços profissionais de advocacia. Obrigação de meio e não de resultado. Conjunto probatório suficiente para comprovar que, no exercício do mandato outorgado, o profissional utilizou de todos os meios disponíveis para o bom desempenho da função. Ação julgada improcedente". (TJSP - Apelação nº 9102255-68.2009.8.26.0000 - Rel. Des. Edgard Rosa 30ª - Câmara de Direito Privado - Julgado em 09.11.2011).

Concluindo: ausente comprovação da má prestação do serviço contratado, ou apontamento de elementos contundentes que levassem à conclusão de culpa, negligência ou imperícia dos advogados contratados, outra solução não se vislumbra senão a manutenção do decreto de improcedência constante da bem lançada sentença recorrida.

Ante o exposto, afastada a matéria preliminar, no mérito, nega-se provimento ao recurso de apelação do requerente, mantida na integra a bem lançada sentença recorrida, nos moldes desta decisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000678-63.2015.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que são apelantes OSMAR MITSUO KATO ME e BRUDDEN EQUIPAMENTOS LTDA., é apelado CÉLIO JOÃO AGUIAR.

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 corré Osmar. Deram provimento em parte ao recurso da corré Brudden. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23948)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS. VÍCIO NO PRODUTO. Cerceamento de defesa. Inocorrência. MMª. Juíza "a quo", destinatária da prova, que fundamentou sua decisão com base nos elementos que já estavam nos autos. Perícia técnica suficiente para atestar a existência da obrigação questionada pelas Rés. Aplicação das normas do CDC. Possibilidade. Enquadra-se como consumidor aquele que, ainda que destinatário final econômico, é hipossuficiente na relação jurídica perante o fornecedor. Precedentes do STJ. Hipossuficiência do Autor caracterizada. Culpa exclusiva do consumidor. Inexistência. Prova pericial elaborada pela fabricante que é clara ao afastar a culpa exclusiva do consumidor na má-utilização do produto. Legitimidade passiva do fornecedor do produto (Arts. 3º e 18 do CDC). Reconhecimento de responsabilidade solidária das Rés em face do ferimento às leis consumeristas, principalmente ao direito à informação (art. 6º, III, do CDC). Danos materiais. Existência. Ressarcimento dos valores pagos pelo Autor para adquirir o produto. Danos morais indenizáveis. Inexistência. A recusa na substituição do produto com vício, por si só, não é fato apto a gerar danos morais indenizáveis,

Acesso ao Sumário

seja pela inocorrência de repercussões sociais na vida do Autor, seja pela ausência de ferimento direto a direito de personalidade. Reforma parcial da r. sentença. RECURSO DA CORRÉ OSMAR IMPROVIDO E RECURSO DA CORRÉ BRUDDEN PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de "ação de indenização por danos morais e materiais" ajuizada por CÉLIO JOÃO DE AGUIAR contra OSMAR MITSUO KATO ME e BRUDDEN EQUIPAMENTOS LTDA., julgada procedente pela r. sentença "a quo" (fls. 99/102vº), cujo relatório adoto, condenando as Rés, solidariamente, à restituição do valor pago pelo Autor na compra do produto, atualizado com juros de 1% ao mês, contados a partir de 30 dias da data em que o Autor procurou a comerciante, bem como correção monetária, de acordo com a Tabela do E. Tribunal de Justiça, a partir da data da compra do produto. Condenou-as, ainda, ao pagamento do montante de R$ 3.000,00, relativo à condenação por danos morais, acrescido de juros de 1% ao mês e de correção monetária, de acordo com a Tabela do Tribunal. Por fim, determinou que as Rés arcassem com as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 20% do valor da condenação.

Inconformadas, as Rés interpuseram recurso de apelação (fls. 105/111 e 116/122), desafiando as contrarrazões do Autor (fls. 128/132 e 137/141).

Os recursos foram regularmente processados e preparados.

É o relatório.

Tratam-se de recursos de apelação contra r. sentença que julgou procedente ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por consumidor contra fabricante e comerciante de uma motosserra por ele adquirida, em razão do reconhecimento do direito à restituição dos valores pagos, bem como indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

Conforme se depreende dos autos, o Autor exerce profissão de agricultor e adquiriu uma motosserra da Corré OSMAR MITSUO KATO ME para utilização em seu sítio. Alegou que, ao tentar usá-lo, o produto não funcionou e, por isso, teria retornado ao estabelecimento comercial a fim de efetuar a troca da mercadoria, o que foi feito mediante o pagamento da diferença do valor entre as motosserras, através da entrega de duas notas promissórias. Aduziu que a nova motosserra adquirida apresentou vício, eis que o motor teria fundido durante sua utilização, ainda que tenha seguido as instruções contidas no manual. Informa que a comerciante-Ré encaminhou a motosserra para a perícia técnica feita pela fabricante, a Corré BRUDDEN EQUIPAMENTOS LTDA., cujo laudo

concluiu pelo uso incorreto da mistura do combustível por parte do consumidor e, assim, não houve a nova troca do produto. Ao discordar desta conduta, o Autor ingressou com ação no Juizado Especial Cível, a qual foi julgada extinta em razão da necessidade de ser produzida perícia técnica no caso. Requereu, então, a condenação do Autor ao pagamento a título de danos materiais e morais sofridos com a suposta desídia das Rés (02/07).

A Corré OSMAR, por sua vez, alegou em sua contestação sua ilegitimidade passiva na demanda, culpa exclusiva do consumidor, bem como inexistência de danos morais e materiais na espécie (fls. 27/35).

A Corré BRUDDEN, em sede de contestação (fls. 50/56), suscitou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso, o descumprimento da regra do ônus da prova do art. 333, I, do CPC/1973 por parte do Autor, excludente de responsabilidade da fabricante do produto e, por fim, ausência de danos morais e materiais indenizáveis.

O MM. Juízo "a quo" entendeu pelo julgamento antecipado da lide, julgando procedentes os pedidos iniciais.

Diante de tal resultado, as Rés interpuseram recursos de apelação, devolvendo ao reexame do Tribunal as seguintes questões: *I - cerceamento do direito de defesa das Rés; II - ilegitimidade passiva da Corré OSMAR; III - aplicabilidade do CDC ao caso; IV - culpa exclusiva do consumidor; V - inexistência de danos morais e materiais; VI - redução dos danos morais arbitrados; VII - redução dos honorários advocatícios.*

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente recurso de apelação será julgado sob a égide das normas processuais previstas no Código de Processo Civil de 1973, porquanto a r. sentença recorrida foi proferida e publicada durante a vigência do diploma legal em referência, em observância ao princípio "tempus regit actum".

Passe-se, assim, à análise das questões preliminares.

Primeiramente, quanto à alegação de cerceamento de defesa, vale dizer que, como cediço, o Juiz é o destinatário da prova, a quem compete determinar as diligências úteis ao deslinde da causa, indeferindo aquelas consideradas de nenhum efeito ou meramente protelatórias (art. 130, do CPC/1973 - princípio da livre admissibilidade das provas), com o fito de formar o seu livre convencimento motivado (art. 131, do CPC/1973).

Ademais, uma vez reunidas as condições para "maturidade da causa", ainda que anteriormente à fase instrutória, surge ao magistrado o dever - e não mera faculdade - de proceder o julgamento da demanda.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr., citando Sálvio de Figueiredo Teixeira: *"o julgamento antecipado não é faculdade, mas dever que a lei impõe ao julgador, em homenagem ao princípio da economia processual (art. 125, I, do CPC)"*.

Acesso ao Sumário

Desta maneira, pode o julgador fazer uma livre ponderação das provas em seu "decisum", conquanto justifique suas conclusões, o que ocorreu no presente caso.

Não se vislumbram, desta maneira, ferimentos aos princípios constitucionais aduzidos, uma vez que a MMª. Juíza "a quo" ponderou as situações fáticas e jurídicas que tinha diante de si e, considerando já haver provas suficientes, decidiu de maneira embasada e conforme a ordem jurídica pátria.

Ademais, ao contrário do que requer a Corré BRUDDEN, tornou-se dispensável uma maior dilação probatória. Isso porque, a perícia técnica produzida por ela é suficiente para a apreciação das questões postas "sub judice", sendo absolutamente desnecessária a realização de nova perícia técnica a fim de apurar eventual culpa exclusiva do consumidor, conforme será melhor esclarecido na apreciação do mérito.

Assim, não há que se cogitar da ocorrência de cerceamento do direito de defesa das Rés, apto a ensejar a nulidade da r. sentença hostilizada, passando-se à análise do mérito recursal.

Por outro lado, a preliminar de ilegitimidade de parte da fornecedora do produto levantada pela Corré OSMAR confunde-se com o mérito e será analisada com os demais pontos.

Superadas as questões preliminares, cabe ao exame do mérito recursal.

Pois bem. Para que se verifique a incidência, ou não das normas de proteção ao consumidor, devem-se observar os parâmetros traçados pela própria legislação atinente à matéria, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor deixou claro o âmbito de sua incidência nos arts. 2º e 3º.

Dessa maneira, considera-se consumidor *"toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"*, nos termos do art. 2º, "caput", do CDC.

"Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial."[1]

Seguindo tal raciocínio, percebe-se que, para ser enquadrado como relação jurídica de consumo, o vínculo formado entre as partes pressupõe a aquisição de um produto ou serviço por uma pessoa física ou jurídica a título de destinatária final, ou seja, para emprego no âmbito particular daquela pessoa e

Acesso ao Sumário

1 GRINOVER, Ada Pellegrini. VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman. FINK, Daniel Roberto.FILOMENO, José Geraldo Brito. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 27.

não para desenvolvimento ou implemento de atividades econômicas.

No caso ora em exame, apesar de exercer a profissão de agricultor, em nenhum momento restou demonstrado nos autos que a motosserra adquirida pelo Autor teria o fim exclusivo de implementar suas atividades econômicas.

Ao contrário, na petição inicial, o Autor afirmou que comprou o produto com o intuito de utilizá-lo para reparos no sítio onde reside, não sendo caracterizado qual o tipo de atividade profissional que exerce.

Aliado a isso, impõe-se enfatizar o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, para ser reconhecido como consumidor, ainda que seja destinatário final econômico, este deve apresentar a condição de hipossuficiência na relação jurídica com o fornecedor, conforme se observa:

"CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua mantença e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido." (REsp 716.877/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 257).

Ora, na linha do entendimento exposto, resta claro que a condição de vulnerabilidade na relação de consumo é apta a configurar o destinatário final econômico do serviço ou do produto como consumidor.

Acrescenta-se, ainda, que o Autor é representado em Juízo por advogado em convênio com a Defensoria Pública (fl. 08).

Logo, para serem aceitas como representadas pela Defensoria Pública e seus conveniados, presume-se que as pessoas já tenham se submetido à prova de que não possuem recursos financeiros suficientes para arcarem com as despesas que envolvem a atuação do Estado-juiz, merecendo, pois, guarida do próprio Estado, na figura institucional da Defensoria e seus conveniados, para o exercício de seu direito fundamental de acesso à Jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88).

Portanto, caracterizada a condição de hipossuficiência do Autor, ainda que se demonstrasse a finalidade econômica com a compra do produto em questão, é possível enquadrá-lo como destinatário final e, consequentemente, como consumidor, nos termos no art. 2º do CDC.

Definida a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor no caso em tela, cabe ressaltar a responsabilidade civil solidária dos fornecedores de produtos de consumo duráveis, segundo a regra contida no art. 18, "caput", "in verbis":

Acesso ao Sumário

"Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas". (destacado)

Ainda, consta da norma do art. 37, "caput" e § 1º, do CDC, a proibição de publicidade enganosa do produto, incluindo-se em tal vício qualquer informação capaz de induzir o consumidor em erro quanto a qualquer dado do produto, sendo direito inalienável do consumidor a informação adequada sobre os produtos (art. 6º, III, do CDC).

Posta a questão nesses termos, verifica-se que a Ré faz parte da cadeia de fornecedores por comercializar produtos, nos termos do art. 3º do mesmo diploma legal, sendo esta responsável pelos danos causados ao consumidor em virtude de vício que torne os produtos impróprios e inadequados ao consumo, não havendo que se falar em afastamento da responsabilidade civil da Corré OSMAR, na espécie, eis que realizou a venda da motosserra ao Autor.

Quantos à análise dos fatos da demanda, o entendimento do MM. Juízo "a quo" em sua r. sentença merece prevalecer.

A controvérsia recai sobre a responsabilidade exclusiva do Autor pelo vício da motosserra adquirida, por suposta má-utilização do produto pelo consumidor.

Em que pese o argumento de cerceamento de defesa ventilado pela Corré BRUDDEN, a própria assistência técnica da fabricante produziu o laudo que teria fundamentado a recusa da comerciante em substituir a motosserra viciada, o que torna seu pedido de realização de nova perícia contraditório.

Por sua vez, efetuada a análise do produto pela fabricante, o laudo técnico elaborado à fl. 13 é claro ao concluir que os danos gerados na motosserra derivaram da mistura incorreta de óleo na gasolina. No mais, acrescentou que este fato normalmente decorre de duas situações: quando o usuário esquece-se de agitar o galão após acrescentar a mistura, ou, quando utiliza na mistura proporção de óleo e gasolina diversa da que está estipulada no manual de instruções.

Nesse sentido, imprescindível destacar a seguinte observação feita pelo técnico:

"A mistura correta de óleo dois tempos na gasolina é o fator mais importante nestes tipos de motores, pois através da gasolina, o óleo é transportado nas partes móveis interna do motor. Com quantidade insuficiente de óleo, ocorrerá o superaquecimento, independente do tempo de funcionamento do motor, e com poucos minutos ocorrerá o travamento do mesmo". (fl. 13).

Acesso ao Sumário

Ora, a partir das informações prestadas pelos profissionais da própria fabricante, torna-se claro que é imprescindível para o uso do produto a informação de que a proporção inadequada da mistura no combustível causa o superaquecimento apto a fundir o motor.

Informação diversa contém o manual de instruções acostado aos autos, o qual apenas indica a proporção necessária para a mistura do combustível, no caso de óleo mineral ou semissintético (fl. 13). Ausente qualquer advertência no sentido de ser necessário que o usuário agite a mistura para torna-la homogênea, ou, ainda, informando que o uso da mistura com proporção inadequada danifica o motor a ponto de fundi-lo.

Nessa linha, andou bem a d. magistrada "a quo" ao julgar antecipadamente a lide, na medida em que a perícia unilateral elaborada pela fabricante foi apta a esclarecer que, em verdade, o dano no motor da motosserra não decorre de culpa exclusiva do consumidor, mas sim do descumprimento do dever legal dos fornecedores em informar o correto manuseio do produto para sua utilização, violando o direito básico à informação do consumidor.

Há, assim, no bojo dos autos, presença de todos os elementos que são pressupostos da responsabilidade civil: conduta culposa ou dolosa das Rés (pelo quanto exposto de desrespeito à legislação consumerista), danos experimentados pelo Autor e nexo causal entre um e outro. Devem as Rés, portanto, indenizar o consumidor, nos termos do art. 927, "caput" do Código Civil e art. 18, §1º, II, do CDC.

O dano material experimentado pelo Autor é evidente, uma vez que, ante a desídia das Rés em fornecer as informações adequadas, o produto adquirido pelo Autor encontra-se impróprio para o uso, sendo de rigor a condenação à restituição do valor pago pelo consumidor na compra do produto, com a finalidade de ressarcir o patrimônio despendido, como devidamente reconhecido pelo d. magistrado.

Contudo, a r. sentença comporta uma pontual reforma, a fim de determinar a devolução do produto adquirido pelo Autor junto ao estabelecimento da Corré OSMAR, para que ambos tenham, assim, sua situação patrimonial totalmente restabelecida (-"status quo ante"-), celebrando o equilíbrio jurídico entre as partes.

Quanto ao dano moral, tem-se que, segundo sua definição jurídica, é aquele que lesa o patrimônio anímico do indivíduo humano, causando-lhe dissabores em sua honra, objetiva ou subjetiva, e restringindo-lhe a própria normalidade psíquica, eis que vulnerada essa pelos efeitos que o ato danoso produz no âmbito íntimo do ser.

Ocorre que nem todos os acontecimentos da vida em sociedade que causam tristeza podem ser configurados como danos morais indenizáveis. Com

Acesso ao Sumário

efeito, não se pode confiar a todas as dores e dissabores experimentados pelos indivíduos o caráter de dano moral para fins de indenização civil, sob pena de serem frustrados e até mesmo banalizados os próprios lastros constitucionais e legais que guiam o instituto da indenização, com toda a seriedade e importância que lhe são inerentes.

É o que vem entendendo, ademais, a jurisprudência das Cortes Superiores, consoante o seguinte aresto do C. Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RITO SUMÁRIO. VALOR DA CAUSA ENQUADRADO NA HIPÓTESE LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ATRASO DE VÔO NÃO SIGNIFICATIVO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. LEI N. 8.078/90 E CÓDIGO CIVIL. (...) III. Demora, todavia, inferior a oito horas, portanto não significativa e que ocorreu em aeroporto dotado de boa infra-estrutura, a afastar a caracterização de dano moral, porque, em verdade, não pode ser ele banalizado, o que se dá quando confundido com mero percalço, dissabor ou contratempo a que estão sujeitas as pessoas em sua vida comum. IV. Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente." (REsp 431303/SP, 4ª T., Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 06.MAR.2003, DJ 26.MAI.2003, p. 364). (destacado).

E, na hipótese dos autos, tem-se que a recusa das Rés em efetuar extrajudicialmente a substituição do produto adquirido, por si só, não é fato apto a gerar danos morais indenizáveis, eis que não causou qualquer ofensa à sua honra ou imagem.

Dessa forma, não se pode vislumbrar um ferimento patente a direito de personalidade do Autor ou ocorrência com maiores repercussões em sua vida social e, assim, por consequência, não se reconhece a existência de danos morais indenizáveis ao mesmo.

O recurso da Corré BRUDDEN merece, pois, provimento parcial, reformando-se a r. sentença proferida, para julgar a demanda parcialmente procedente, excluindo a condenação das Rés ao pagamento de indenização por danos morais ao Autor e, em virtude da sucumbência recíproca, tendo como lastro a norma do art. 21, do CPC/1973, condenar ambas as partes ao pagamento de 50% do valor das custas e despesas processuais, arcando cada qual com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Por fim, cabe ressaltar que, com o dever de cada parte arcar com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, torna-se prejudicado o pedido da Corré BRUDDEN no sentido de obter a redução do percentual relativo aos honorários de sucumbência fixado na r. sentença "a quo".

Ante o exposto, **CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO** ao recurso da CORRÉ OSMAR e **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Corré BRUDDEN, *para REFORMAR EM PARTE a r. sentença proferida, EXCLUIR a condenação da Ré ao pagamento*

Acesso ao Sumário

de indenização por danos morais, pois não configurados na espécie, além de determinar a devolução do produto adquirido pelo Autor junto ao estabelecimento da Corré OSMAR. Diante da sucumbência recíproca, condeno ambas as partes ao pagamento de 50% do valor das custas e despesas processuais, arcando cada qual com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos. No mais, fica a r. sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009672-65.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado FELIPE BRENE PORCEL PINTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante PEDRO COSTA RIBEIRO RESTAURANTE - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da Requerida e negaram provimento ao recurso do Autor, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15117)**

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - Autor adquiriu cupom de desconto para aquisição de prato por valor inferior ao do cardápio - Cobrança da taxa de serviço (gorjeta) sobre o valor do preço original do produto - Taxa de serviço constitui faculdade do consumidor, quando satisfeito com o atendimento prestado - Cobrança compulsória da taxa de serviço configura prática abusiva contra o consumidor - Não evidenciada a má-fé da Requerida - Devida a restituição simples (e não em dobro) do valor pago - Não comprovada a exposição do Autor a situação vexatória frente aos demais clientes do estabelecimento - Dano moral não caracterizado - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para condenar à restituição do valor de R$ 11,31 - Regulamento da

Acesso ao Sumário

promoção estabelece a obrigatoriedade do pagamento da taxa de serviço sobre o valor do preço original do produto - Inexiste abusividade nas cláusulas livremente avençadas - Ausente a alegação do vício do consentimento (quando da avença) - Respeitados os ditames da lei consumerista, inclusive o direito do consumidor à informação - RECURSO DA REQUERIDA PROVIDO E RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.

VOTO

Apelações interpostas contra a sentença de fls.55/60, prolatada pela I. Magistrada Ângela Martinez Heinrich (em 03 de setembro de 2015), que julgou parcialmente procedente a "ação de indenização por danos materiais e morais", para condenar a Requerida à restituição do valor de R$ 11,31 (com correção monetária desde o desembolso e juros moratórios de 1% ao mês desde o evento danoso - 25 de julho de 2014), arcando cada parte com 50% das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fixados em R$ 1.000,00), observada a gratuidade processual do Autor.

A Requerida opôs embargos de declaração (fls.66/67), que foram rejeitados (fls.77/78). Em seguida, as partes apelaram.

O Autor alega, nas razões de fls.68/76, que caracterizado o dano moral, em razão da "prática abusiva da Requerida, haja vista que vários clientes da Requerida olhavam e cochichavam, tendo o Requerente que pedir dinheiro emprestado a um acompanhante da prima de sua namorada". Pede o provimento do recurso, para condenar ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00.

A Requerida alega, nas razões de fls.81/90, que o Autor adquiriu cupom de desconto para a aquisição de prato por valor inferior ao do cardápio; que o regulamento da promoção estabelece a obrigatoriedade do pagamento da taxa de serviço sobre o valor do preço original do produto; que o pagamento da taxa de serviço tem natureza jurídica de encargo; que evidenciada a má-fé do Autor; que o Autor deve arcar com as verbas da sucumbência, porque decaiu da maior parte do pedido; e que cabível a compensação dos honorários advocatícios. Pede o provimento do recurso, para a improcedência da ação, ou para que o Autor arque com as verbas da sucumbência, ou para a compensação dos honorários advocatícios.

Contrarrazões do Autor (fls.97/103) e da Requerida (fls.104/109).

É a síntese.

Acesso ao Sumário

O Autor alega, na petição inicial, que adquiriu cupom de desconto para a aquisição de prato por valor inferior ao do cardápio, que cobrada a taxa de serviço (gorjeta) sobre o valor do preço original do produto e que "resta evidente a ilegalidade na cobrança, tendo em vista que se trata de uma mera liberalidade, em outras palavras, o Requerido somente estaria sujeito ao pagamento se realmente concordasse com a cobrança, o que não lhe fora informado, tampouco facultado".

Contudo, a Requerida apresentou cópia do regulamento da promoção referente ao cupom de desconto utilizado pelo Autor (fls.23) - documento não impugnado pelo Autor na réplica de fls.75/81 -, que consigna que "Será cobrada taxa de serviço sobre valor do preço do cardápio para todos os produtos consumidos, incluindo o produto desta oferta".

Assim, ainda que, como regra, a taxa de serviço constitua faculdade do consumidor, nesse caso, a obrigatoriedade de pagamento da taxa de serviço sobre o valor do preço original do produto foi estabelecida no regulamento da promoção à qual o Autor optou por aderir, sem indício de vício de consentimento, notando-se que inexiste abusividade nas cláusulas livremente avençadas e que respeitados os ditames da lei consumerista, inclusive o direito do consumidor à informação.

Dessa forma, lícita a cobrança da taxa de serviço sobre o valor do preço original dos produtos (correspondente a R$ 11,31 - fls.16), o que torna incabível a restituição do valor.

Quanto ao dano moral, o Autor alega que "um senhor (provavelmente o gerente do estabelecimento) interveio na conversa de forma extremamente grosseira, dizendo que a taxa de serviços (gorjeta) estava descrita no cupom e que o Requerido, sabendo ou não dos direitos do consumidor, teria que pagar", que "coagido e humilhado (tendo em vista se tratar a Requerida de um bar muito frequentado), o Autor que não dispunha da integralidade cobrada já notava os olhares de vários clientes da Requerida, que cochichavam nas mesas próximas, momento em que decidiu pedir emprestado ao acompanhante da prima de sua namorada, para só então conseguir pagar o valor que lhe era cobrado" e que "após o pagamento, o senhor que o coagiu alegou em tom de ironia: 'agora procure seus direitos', deixando-o, além de constrangido e humilhado, também enfurecido com o descaso com o qual fora tratado".

Em contrapartida, a Requerida sustenta, na contestação de fls.22/31, que "o diálogo se deu nos limites da urbanidade, até porque o bom relacionamento com os clientes é uma das marcas mais importantes da casa", que "o Autor não prova dano moral" e que "o Autor ficou melindrado por não conseguir levar vantagem ao tentar descumprir com o que se comprometeu".

Assim, presente a controvérsia acerca dos fatos alegados, cumpria ao

Acesso ao Sumário

Autor a prova da conduta abusiva dos funcionários da Requerida e da exposição à situação vexatória frente aos demais clientes do estabelecimento, nos termos do artigo 333, inciso I, do antigo Código de Processo Civil, o que não ocorreu, notando-se que o Autor não alegou o cerceamento de defesa.

Por fim, não evidenciada a litigância de má-fé do Autor, pois não preenchidos os requisitos descritos no artigo 17 do mesmo Código.

Dessa forma, de rigor o provimento do recurso da Requerida e o improvimento do recurso do Autor, para julgar improcedente a ação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da Requerida e nego provimento ao recurso do Autor, para julgar improcedente a ação, condenando o Autor ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo R$ 3.000,00 (três mil reais), com correção monetária desde hoje e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde o trânsito em julgado da decisão, observada a gratuidade processual do Autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002888-79.2013.8.26.0294, da Comarca de Jacupiranga, em que é apelante L.G.M.O. (MENOR), são apelados CAROLINI SILVEIRA HIANKE, ARI HONORIO DA SILVEIRA, ROSA MARLENE SOSINHO, EMILIELI GONCALVES BRAGA e MARIA LUCIA DE OLIVEIRA NOVAES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em 26ª 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 34163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e LUIZ EURICO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou improcedente ação de declaratória c.c. indenização. Indenização corretamente paga ao filho e à companheira do *de cujus*. Ausência de vício de consentimento que, portanto, impede a anulação das manifestações de vontade da genitora. Sentença mantida. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 123/127) interposta por L.G.M.O. contra a sentença (fls. 117/118) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jacupiranga, que julgou improcedente a ação declaratória ajuizada por ele contra Carolini Silveira Hianke, Ari Honório da Silveira, Marlene Sosinho da Silveira, Maria Lúcia de Oliveira, Emilieli Gonçalves Braga e Caixa Econômica Federal. Sustenta que os réus se utilizaram de uma procuração para receber a indenização do seguro DPVAT referente ao acidente que vitimou seu genitor fatalmente. Alega que recebeu apenas R$ 3.250,00. Entende que é o único herdeiro do *de cujus*. Observa que os réus não compareceram à audiência de tentativa de conciliação. Insiste na injustiça da decisão. Postula a reforma da sentença.

As contrarrazões foram apresentadas por Maria Lúcia de Oliveira (fls. 131/133) e Carolini Silveira Hianke, Ari Honório da Silveira, Marlene Sosinho da Silveira e Emilieli Gonçalves Braga (fls. 135/143), requerendo a manutenção da sentença.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou- se pelo não provimento do recurso (fls. 149/151).

Em síntese, o relatório.

O presente feito foi distribuído a este Relator por força de redistribuição de processos, nos termos da Resolução nº 737/2016, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sem razão o apelante, pois as provas dos autos não corroboram sua versão.

Consta da inicial e dos documentos de fls. 17 e 20, que a genitora do autor concordou tanto com a prestação dos serviços para auxílio no pedido administrativo de pagamento da indenização do seguro DPVAT (fls. 17) quanto com a divisão da indenização com a companheira do *de cujus* e, ademais, não alegou qualquer vício de consentimento que pudesse ensejar a anulação de tais manifestações de vontade, para o que não é suficiente a mera alegação de que estivesse *nervosa e emocionada* (fls. 03).

Além disso, como bem apontado pelo d. Magistrado *a quo*, a companheira também é reconhecida herdeira do *de cujus* (artigo 1.790 do Código Civil), não havendo falar em ilegalidade na divisão dos valores como pretendido pelo apelante.

Sendo assim, recebido o valor da indenização no equivalente a R$ 13.500,00 (fls. 20), pagos os honorários de 20,7% (R$ 2.800,00) e subtraídos ainda os valores pagos à funerária (R$ 4.200,00), restaram, portanto, para ser dividido entre o autor e a companheira, o valor de R$ 6.500,00, ou seja, R$ 3.250,00, exatamente o valor que alega o autor ter recebido (fls. 03), nada mais havendo para lhe ser pago.

Acesso ao Sumário

Quanto à ausência dos réus na audiência de conciliação, nada de ilegal, tendo em vista que o feito tramitou pelo rito ordinário.

Sendo assim, não tendo o autor provado qualquer vício de consentimento, e cujo ônus era seu diante do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil/1973, houve por bem o d. Juízo em julgar improcedente o pedido inicial, decisão que resta integralmente mantida, não se vislumbrando, portanto, a alegada injustiça.

Destarte, o apelo não merece ser provido, devendo a sentença ser mantida conforme proferida, por encontrar-se correta.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 0059900-20.2009.8.26.0576, da Comarca São José do Rio Preto, em que é apelante JOSÉ ELDERRUDE MARIANI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A (INCORPORADOR DO BANCO NOSSA CAIXA S/A).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara Extraordinária 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 17.128)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e JACOB VALENTE.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Cautelar de exibição de documentos. Apelação do Requerente para buscar a fixação da verba honorária a seu favor. Deserção que é reconhecida. Benefício da gratuidade da parte que não pode ser estendida ao advogado, no caso de recurso que pretende a fixação de honorários de sucumbência. Oportunidade para realização do preparo que não foi atendida. Apelo não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos que a r. sentença de fls. 46/49, cujo relatório adoto, julgou extinta na forma do artigo 269, II,

do Código de Processo Civil. Cada uma das partes arcará com honorários advocatícios de seus respectivos advogados.

Apela o Requerente (fls. 51/55) com alegação, em síntese, que esteve em duas oportunidades na agência do Requerido para solicitar seus extratos bancários, contudo sem obter qualquer resultado, conforme documento de fl. 09. Diante da inércia do Requerido na entrega dos extratos solicitados, foi obrigado a contratar advogados e ingressar com ação judicial para, só então, citado para os termos da presente, o Requerido entregar os documentos reivindicados. Teve dispêndios financeiros com a contratação de advogados e deve ser ressarcido, em observância ao princípio da causalidade. A ação cautelar de exibição foi proposta em razão da recusa do Requerido em fornecer administrativamente cópias dos extratos bancários do Apelante, assim, a ele incumbe os ônus da sucumbência. Ao Requerido deve ser aplicada a litigância de má-fé. Formula prequestionamento.

Sem preparo. O recurso foi recebido e processado (fl. 65), com oferta de contrarrazões (fls. 66/69).

Por força da Portaria 01/2016 e da Resolução nº 737/2016, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, estes autos foram distribuídos para este Relator.

Determinado o recolhimento do preparo recursal (fl. 84), este não veio aos autos.

É o relatório.

Não deve ser conhecido o recurso, por falta de preparo, apesar da oportunidade aqui concedida.

Não se desconhece a orientação dos julgados mais recentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que estende ao advogado os benefícios da gratuidade concedidos ao seu cliente, ou mesmo admitem que o cliente pode reclamar pela fixação ou majoração dos honorários da sucumbência.

Ousa-se divergir desse entendimento, pois com relação à Justiça gratuita trata-se de benefício concedido à vista de condições específicas daquele que o reclama, de modo que personalíssimo e, portanto, não poderia ser estendido a terceiro.

Nos termos da Constituição Federal, a Justiça gratuita será prestada aos que **comprovarem** a insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV).

Desse modo, o Juiz deve examinar o caso concreto de molde a conceder o benefício àquele que se encontrar impossibilitado de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, nos exatos termos do art. 4º, da Lei nº 1.060/50, aplicável a espécie em razão da época em que concedido o benefício.

Acesso ao Sumário

Veja-se a propósito do tema o ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "in verbis": "*o juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a 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 o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do conceito do termo pobreza, deferindo ou não o benefício*" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 8ª ed., RT, p.1582).

Concedido apenas em razão de circunstâncias específicas de determinada pessoa, o benefício não pode ser estendido a terceiro, sob pena de ver-se descaracterizado.

Importante assinalar que o serviço judicial sempre tem custo e, na hipótese de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, esse custo será suportado: **a)** por todos os contribuintes de impostos estaduais do Estado de São Paulo, pois o orçamento da Justiça Comum Estadual decorre de repasse de valores, formados por impostos, do Governo do Estado de São Paulo; **b)** por todos os demandantes que pagam a taxa judiciária, nas ações em trâmite da Justiça Comum Estadual, pois 30% desse tributo é repassado ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo, para integrar o "Fundo Especial de Despesa".

Nos autos foi outorgada oportunidade ao Apelante para o recolhimento do preparo recursal, com expressa advertência quanto às consequências do não atendimento, mas mesmo assim permaneceu inerte, em razão do que deve ser reconhecida a deserção, a impedir a análise do mérito de sua insurgência recursal.

Conforme dicção do artigo 511, § 2º, do então vigente Código de Processo Civil, a insuficiência no valor do preparo implicará em deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias. Nesse sentido, TJSP, Agravo. nº 1.349.125-7, Rel. Des. Paulo Razuk, Agravo nº 1.276.947-8, Rel. Des. Matheus Fontes, e Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 202.682/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 02.10.02, DJ 19.05.03.

Anote-se ainda a posição deste Relator de também não concordar com a propalada legitimidade da própria parte para reclamar a fixação ou majoração dos honorários da sucumbência. É certo que essa verba é exclusiva do advogado, por força do disposto no artigo 23 da Lei nº 8.906/94.

Por assim ser, e diante da regra do artigo 6º do então vigente Código de Processo Civil, inviável reconhecer-se à parte a legitimidade para prosseguir

Acesso ao Sumário

na ação para o reclamo da verba honorária sucumbencial, diversamente do que vem sendo reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Essa legitimidade só seria admitida para o caso de comprovado nos autos terem a parte e seu advogado convencionado de forma diversa do que proclama o artigo 23 da Lei nº 8.906/94, ou seja, de que a sucumbência seria destinada à parte e não ao seu patrono, o que não se verifica na hipótese em análise.

Diante dessas considerações, não conheço do recurso, em razão da deserção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006507-39.2013.8.26.0222, da Comarca de Guariba, em que é apelante FACEBOOK SERVIÇOS ON LINE DO BRASIL LTDA., é apelado CLOVIS BRONZATI.

ACORDAM, em 26ª 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 19.101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - INTERNET - PROVEDOR - REDE SOCIAL. Ré que não se responsabiliza pelo prévio monitoramento do conteúdo dos dados inseridos por seus usuários, mas tem a obrigação de remover a página, quando devidamente indicados a URL e o IP do computador do ofensor. Providência, todavia, que deve ser adotada apenas mediante determinação judicial, nos termos do art. 19, § 1º, da Lei Federal nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Determinação para a remoção de perfil falso e indicação dos dados do usuário ofensor. Vedação constitucional ao anonimato (CF, art. 5º, inc. IV). RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuidam os autos de **ação de preceito cominatório** oriunda de relação entre usuário, ora autor, **Clóvis Bronzati**, e provedor de *site* de relacionamento, ora requerido, **Facebook Serviços On Line do Brasil Ltda.** A r. sentença de fls. 90/92vº julgou **procedente** a demanda, para determinar à requerida a obrigação de exibição dos dados pessoais e endereço eletrônico do autor do perfil falso criado na rede social, bem como para a imediata exclusão de referida página do sítio eletrônico, sob pena de incidência de multa diária. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada a arcar com as custas e despesas do processo, além da verba honorária advocatícia, fixada em R$ 4.000,00.

Inconformado, o provedor de internet interpôs, a fls. 127/128, recurso de apelação. E ao arrazoá-lo, a fls. 131/155, aduz que não cabe ao provedor, por si próprio, fazer o juízo de valor sobre a legalidade ou ilegalidade do conteúdo que hospeda. Alega, ainda, que não é o responsável pela veiculação dos conteúdos combatidos e não tem a obrigação legal de proceder com a exclusão do conteúdo administrativamente, senão por ordem judicial específica. Assinala que a Lei Federal 12.965/14 prevê a necessidade de especificação da informação dos dados que se pretende excluir, notadamente quanto ao fornecimento das URL's. Argumenta, por fim, com a inexistência de pretensão resistida, na medida em que o autor não fez uso das ferramentas constantes do sítio eletrônico para a denúncia ao ofensor. Afirma, assim, ser descabida sua condenação aos ônus da sucumbência.

Recurso recebido e bem processado. Contrarrazões a fls. 157/174.

É o relatório.

Trata-se de **ação de obrigação de fazer**, proposta em face de prestador de serviços de internet, no qual se postula a remoção do perfil falso constante da página do *site* de relacionamentos, bem como a indicação dos dados do ofensor, constantes dos bancos de dados do provedor da rede social.

Verifica-se que o autor pretende a obtenção dos dados do responsável pela criação do perfil falso denominado "**ClovisFakeBronza**", bem como de todos os perfis acessados com o mesmo IP, tendo em vista a veiculação de informações caluniosas a seu respeito em rede social. Discute-se, nesta instância, justamente a responsabilidade, ou não, de a ré informar os dados cadastrais que acompanham a criação do perfil falso, os dados de acesso e IP's para que o acionante possa buscar a responsabilização penal do ofensor.

Releva obtemperar, desde logo, que a Constituição Federal, em seu art. 5º, IV, veda o anonimato, ao mesmo tempo em que confere proteção à liberdade de pensamento.

E na ponderação entre os direitos da personalidade e de livre manifestação do pensamento, há de se ressaltar que o respeito ao mencionado dispositivo

Acesso ao Sumário

independe da verificação do conteúdo ofensivo das postagens, mas se refere unicamente ao fato de se vedar, constitucionalmente, o anonimato.

Em outras palavras, o pedido é de retirada da página hospedada e da identificação do usuário, que decorre simplesmente da necessidade de vedação do anonimato.

Anote-se, a propósito, o entendimento consagrado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o provedor de conteúdo é obrigado a fornecer a identificação de usuários, vedado o anonimato; diz, ainda, que "*o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar.*"[1]

Ainda nessa direção:

"*Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada.*"[2]

Com base no que dispõe o art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: "*A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*"

Diante disso, há de se aplicar, na espécie, o que diz o § 1º do art. 19 da Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet - que preceitua:

"Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário."

"§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material."

Confira-se, neste sentido, o seguinte julgado:

"**Apelação - Obrigação de fazer** - *Determinação de remoção de conteúdo em site de relacionamento, independente do fornecimento das URL's ou hiperlink. Cominação de multa diária. Insurgência parcialmente acolhida. Vigente a lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, deve ser aplicada - **iura novit curia**. Reconhecido o dever do autor de fornecer*

1 STJ - 3ª Turma - Resp nº 1.306.066 - Rel. Min **Sidnei Beneti** - J. 17/04/2012.

2 STJ - 3ª Turma - REsp. nº 1.417.641 - Rel. Min. **Nancy Andrighi** - J. 25/02/2014.

Acesso ao Sumário

as URL's dos conteúdos que pretende ver excluído. Precedentes. Multa mantida, porque é medida acessória para o efetivo cumprimento da medida determinada - **Recurso parcialmente provido**".[3]

Vale trazer ao proscênio, a propósito, o seguinte excerto daquele r. aresto:

"*Conforme anota Rui Stocco, quando o provedor de internet age* '*como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros*' *(Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 901).*

Por outro lado os provedores de acesso à internet não têm responsabilidade objetiva pela veiculação de toda e qualquer mensagem postada na rede. Entretanto, respondem por conteúdos ofensivos ou dados ilegais caso não tomem as providências cabíveis para minimizar os danos.

Assim tem-se que os provedores de conteúdo não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais e não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários, mas devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos e devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.

O direito de informação, a proibição à censura prévia e o direito à intimidade são confrontados com as inserções de dados, fotos e vídeos na internet.

(...)

Cumpre enfatizar, portanto, que os provedores de internet ou sites de relacionamento não podem ser obrigados a exercer um controle prévio de conteúdo das informações postadas no site por seus usuários, mas devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais, removê-los, sob pena de responderem pelos danos respectivos".

Também nessa direção é o seguinte julgado:

"**APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNET. PROVEDOR DE APLICAÇÃO. USUÁRIO. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO. ANONIMATO. VEDAÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

Acesso ao Sumário

3 TJSP - 8ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1020584-77.2014.8.26.0100 - Rel. Des. **Silvério da Silva** - J. 12/08/2015.

PREVALÊNCIA. Vedação de divulgação de fatos supostamente ofensivos de forma anônima. Violação ao art. 5º, IV, da CF. Anonimato que justifica, por si, a retirada de página da internet. Desnecessidade de exame da natureza ofensiva da manifestação. Determinação de retirada da página hospedada. **Recurso improvido**."[4]

Assim, tendo a r. sentença sido prolatada após o advento da lei em comento, é de rigor a aplicação de suas disposições, com as observações constantes do § 1º do art. 19.

Ao contrário do que quer fazer crer o recorrente, tal medida não viola direito de terceiros, pois se restringe à indicação nominal dos usuários, que ficarão armazenadas em local apropriado e acessíveis apenas às partes desta demanda, não havendo exposição do conteúdo.

No que respeita à multa cominatória, seu objetivo não é necessariamente o de compelir o devedor ao seu pagamento, mas, antes, de obrigá-lo a adimplir o próprio comando principal, a tutela específica buscada, nos termos do disposto no art. 461, § 4°, do CPC/73 (CPC/15, art. 537).

As ***astreintes***, assim, possuem feição inibitória, pois, sobre desestimularem a parte a descumprir a ordem judicial, conferindo maior credibilidade às decisões do juiz, ostentam uma nota de essencial efetividade à prestação jurisdicional.

Importante ressaltar que não se verifica qualquer dificuldade para se cumprir a determinação judicial. Devida, portanto, a multa cominatória, nos termos fixados em primeira instância.

Por fim, o autor só atingiu a pretensão buscada mediante a atuação em juízo. Portanto, diante da integral procedência do pedido inicial, é corolário lógico a condenação do requerido nos ônus da sucumbência. E, quanto à verba honorária fixada em sentença, há de se convir que foram respeitados os preceitos contidos no art. 20 do CPC/73 (atual art. 85 do NCPC).

Postas estas premissas, **nega-se provimento** ao recurso, com **observação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000231-17.2013.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes ESPÓLIO DE JOSÉ CARLOS FERNANDES BARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA) e VANDA FIGUEIREDO BARBOSA, é apelada BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS.

Acesso ao Sumário

4 TJSP - 4ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1083843-12.2015.8.26.0100 - Rel. Des. **Hamid Bdine** - J. 11/08/2016.

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 29.061)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - AÇÃO DE REGRESSO DA SEGURADORA - ESTADO DE NECESSIDADE CONFIGURADO - LICITUDE DA CONDUTA DO CAUSADOR DO DANO QUE NÃO ELIDE SUA OBRIGAÇÃO DE REPARAR O PREJUÍZO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO, ADOTANDO-SE, PORÉM, FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DA SENTENÇA.

O autor direto do dano tem o dever legal de indenizar a vítima, ainda que tenha agido na esfera da licitude, sendo-lhe garantido o direito de regresso.

VOTO

Ação regressiva de reparação de danos, fundada em acidente de veículo, julgada procedente pela r. sentença de fls. 506/512, cujo relatório adoto, complementada em sede de embargos de declaração (*cf. fl. 521*).

Inconformado, apela o réu. Após estoriar os fatos relativos à lide, sustenta, em apertada síntese, que foi obrigado, por meio de manobra abrupta, a invadir a pista de rolamento contrária já que uma máquina agrícola surgiu na sua mão de direção. Logo, tendo o acidente sido provocado por terceiro, há de ser afastada sua responsabilidade civil. Busca, por isso, a inversão do resultado do julgamento.

Recurso respondido e isento de preparo em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) Ressalto, de início, que a r. sentença foi disponibilizada no DJe em 05/05/2015 (*cf. fl. 516*) e a apelação interposta em 20/05/2015 (*cf. fls. 525/534*), antes, portanto, da entrada em vigor da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (*NCPC*), de tal sorte que se faz necessária observância ao princípio ***tempus regit actum***, aplicando-se, ao caso, as disposições do Código de Processo Civil de 1973.

Acesso ao Sumário

Destaco, a propósito, o enunciado administrativo nº 2 do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"***Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça***".

No mesmo sentido, ***verbis***:

"A jurisprudência pacífica desta Corte, ao interpretar o art. 1.211 do CPC/1973, reconhece o sistema do isolamento dos atos processuais, pelo qual a lei nova deve respeitar a eficácia dos atos processuais já realizados. (...) Tratando- se de recursos, a regra geral é de que estes são regidos pela lei vigente à época da decisão recorrida. Na lição de Galerno Lacerda, 'proferida a decisão, a partir desse momento nasce o direito subjetivo à impugnação, ou seja, o direito ao recurso autorizado pela lei vigente nesse momento. Estamos, assim, em presença de verdadeiro direito adquirido processual, que não pode ser ferido por lei nova, sob pena de ofensa à proteção que a Constituição assegura a todo e qualquer direito adquirido' (O Novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48)". *(AgRg. no AREsp. n.º 819.215/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira).*

2) No mérito, o inconformismo, a meu ver, não merece prosperar, adotando-se, porém, fundamentação diversa daquela exarada na r. sentença.

Trata-se de demanda regressiva que visa ao ressarcimento de indenização securitária despendida pelo autor em razão de sinistro imputado ao réu.

O acidente, consoante se extrai do contingente probatório, sobretudo dos depoimentos das testemunhas Rivaldo Baratela (*fl. 384*) e Cristiano Marcos Raimundo (*fl. 418*), foi provocado pela invasão de máquina agrícola na mão de direção do réu. Desta sorte, para desviar do obstáculo, o apelante realizou manobra e acabou por adentrar à pista de sentido contrário, atingindo frontalmente o caminhão da empresa Marfrig, segurada da autora.

Daí se extrai que o veículo de propriedade do réu deu causa aos danos detectados no caminhão segurado, que transitava na mão de direção oposta.

A despeito de se tratar de ato lícito, consubstanciado no estado de necessidade do réu, é obrigação do causador direto do dano indenizar diretamente os prejuízos, agindo regressivamente contra aquele que considera culpado, a teor dos arts. 929 e 930 do Código Civil.

Destaco, a propósito, os seguintes precedentes da lavra deste E. Tribunal, ***verbis***:

*"**(...) é obrigação do condutor indenizar diretamente os prejuízos***

causados, agindo regressivamente contra aquele que considera culpado, a teor dos arts. 929 e 930 do Código Civil*". (Apelação com Revisão nº 9210210-32.2007.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. o signatário).*

*"**Acidente de veículo - Cobrança - Carro dos autores atingido por veículo que invadiu a contra-mão de direção em razão de acidente em que se envolvera os réus. (...) Responsabilização do co-réu que abalroou diretamente o veículo dos autores - Demais co-réus partes ilegítimas - Discussão quanto à responsabilidade pelo acidente que deve ser travada entre os réus em outros autos (...)****". (Apelação nº 992.06.046008-2, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vianna Cotrim).*

*"**Apelação. Acidente de trânsito. Ação regressiva proposta por seguradora para reaver indenização paga a segurado. Ação procedente. Apelante que alega fato de terceiro como excludente de sua responsabilidade civil prova inequívoca de que o apelante, conduzindo seu veículo, invadiu a pista contrária da rodovia Bandeirantes e desta forma causou a colisão com o veículo segurado. Eventual fato de terceiro não afasta a responsabilidade civil do apelante. Incidência do art. 930 combinando com o art. 188, II, ambos do Código Civil. Sentença de procedência mantida****". (Apelação nº 992.06.008548-6, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pereira Calças).*

*"**AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. Acidente de veículos. Invasão da contramão de direção. Colisão frontal com o veículo do autor que trafegava em sentido contrário, por sua regular mão de direção.*

Alegação defensiva de que a manobra evasiva foi causada por ingresso inopinado de veículo no cruzamento - Ilegitimidade passiva da parte bem afastada - Manobra do corréu que, a despeito de também ter contribuído para a eclosão do acidente, não exclui o dever de indenizar do causador direto do dano. Responsabilidade solidária. Regresso garantido. (...)*" (Apelação nº 9000097-16.2010.8.26.0576, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edgar Rosa)*

No mesmo sentido, a jurisprudência dominante do E. Superior Tribunal de Justiça preconiza que "*a constatação do estado de necessidade, por si só, não exime 'o ocasionador direto do dano de responder pela reparação que faz jus a vítima, ficando com ação regressiva contra o terceiro que deu origem à manobra determinante do evento lesivo'*" *(Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. n.º 55.751-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).*

Em suma, trata-se de aplicação da teoria do sacrifício, cabível em casos

Acesso ao Sumário

de responsabilidade civil por atos lícitos, segundo a qual, na hipótese de conflito entre os direitos da vítima e os do autor, ambos lícitos, o ordenamento jurídico opta pela proteção do mais inocente dos interesses em discussão, sacrificando o outro.

Destarte, deve permanecer a condenação imposta ao réu, conforme estabelecido na r. sentença, assegurando-se eventual direito de regresso em relação ao terceiro que teria dado causa à situação de perigo.

Ante o exposto, à luz desta fundamentação, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007839-61.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante ALDO APARECIDO RUBINI JUNIOR, é apelado MERIAL SAÚDE ANIMAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.591)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), NESTOR DUARTE e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Direito do consumidor. Fato do produto. Ação de indenização por danos morais e materiais. As lesões constatadas no local de aplicação do medicamento são reação adversa prevista na bula. Atendimento ao dever de informação. A opção pelo tratamento, auxiliada por profissional competente, envolveu ciência da possibilidade de ocorrência das reações adversas, o que afasta a caraterização do dever de indenizar. Precedentes desta E. Corte. Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 202/203, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação de indenização fundada em fato do produto, e condenou o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados

Acesso ao Sumário

em 15% do valor da causa.

Apela o requerente (fls. 211/218). Sustenta que é necessária a aplicação do CDC ao caso, por se tratar de relação de consumo. Afirma que as lesões causadas em seu animal de estimação pelo produto adquirido caracterizam infração ao dever de segurança, resultando em violação ao art. 8º do diploma mencionado. Assevera que, comprovados os danos e o nexo causal, e demonstrada a situação de aflição decorrente do episódio, deve ser condenada a requerida ao pagamento das indenizações pleiteadas na inicial. Por isso, requer a reforma da r. sentença.

Recurso recebido em ambos os efeitos e contrariado (fls. 222 e 225/248).

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes da compra do produto veterinário *Frontline Plus*, consequente lesão causada pela sua aplicação no animal de estimação do autor, e da situação de desamparo imposta ao requerente pela fabricante requerida.

Como afirmado na r. sentença, a relação é sujeita às normas do CDC. Contudo, tal reconhecimento não resulta, por si só, na procedência dos pedidos deduzidos na petição inicial.

Com efeito, alega o autor infração ao dever de segurança do produto adquirido, eis que sua adequada utilização causou lesões em seu cachorro, ao invés de atingir a finalidade do tratamento.

De fato, há comprovação da existência de lesões cutâneas, como se observa do relatório médico veterinário de fl. 27. Além disso, em razão do local em que constatadas, bem como do curto lapso temporal entre a aplicação do produto e a constatação das lesões, é de se reconhecer que são decorrentes da ação do medicamento.

Contudo, a bula que acompanha o produto é clara ao informar a possibilidade, ainda que rara, de que seu uso cause a reação adversa infelizmente constatada nos autos (fl. 21).

Desta feita, tem-se que, ao divulgar e incluir tal informação no produto disponibilizado no mercado, a fabricante cumpriu o dever imposto pelo art. 4º, inc. IV, e art. 6º, inc. III, ambos do CDC.

Em decorrência disso, e de posse da informação relevante, coube ao consumidor, assistido por seu médico veterinário de confiança, ponderar sobre as vantagens e desvantagens da adoção do tratamento. Optando por aplicar o produto em seu animal de estimação, o consumidor o fez com a ciência de que a reação adversa poderia ocorrer, o que afasta o dever de indenizar.

Assim, conclui-se que tanto as despesas como as frustrações, os aborrecimentos e o abalo psicológico que o consumidor afirma ter sofrido foram decorrências da assunção consciente do risco de ocorrência de reação adversa na

Acesso ao Sumário

utilização do produto cuja finalidade terapêutica era a desejada e escolhida com auxílio técnico específico.

Em casos análogos esta C. Corte já se pronunciou:

Apelação - Responsabilidade civil - Danos materiais e morais - Alegação de danos decorrentes da aplicação de medicamento injetável - Laudo pericial que não identificou falha na aplicação - **A ré não pode ser responsabilizada pelos danos, se provocados por reações adversas ao medicamento, inclusive previstas na bula** - Sentença mantida - Recurso a que se nega provimento. (7ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1002347-52.2014.8.26.0566, rel. Des. LUIS MARIO GALBETTI, j. 11.04.2016, g. n.)

ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DO MEDICAMENTO "VOLTAREN". REAÇÃO ADVERSA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO SERVIÇO PRESTADO. Indenização por danos materiais e morais. Insurgência contra sentença de improcedência. Manutenção. Ausência de má prestação dos serviços médicos. **Reação sofrida pelo autor, embora rara, é inerente à utilização do medicamento, segundo bula e laudo técnico.** Recurso não provido. (3ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0005532-24.2010.8.26.0286, rel. Des. CARLOS ALBERTO DE SALLES, j. 28.01.2014, g. n.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano material e moral. Aplicação de injeção intramuscular de medicamento. Formação de abcesso com necessidade de procedimento cirúrgico e outros tratamentos. Apelantes que foram demitidos em decorrência das frequentes ausências no trabalho. **Medicamento que traz em sua bula a possibilidade de formação de abcesso como reação adversa**. Perícia que afastou má prática médica e hospitalar. Trata-se de complicação descrita na literatura médica, decorrente do uso do medicamento. Imprudência, Imperícia ou Negligência não configuradas - Dano moral e dano material não caracterizados. Ausência de nexo causal entre a conduta do apelado e os danos alegados. Ausência de fato novo. Desnecessária repetição dos adequados fundamentos expendidos pela r. sentença recorrida. Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Precedentes do TJSP. Sentença mantida. Recurso não provido. (8ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0020440- 92.2009.8.26.0554, rel. Des. HELIO FARIA, j. 28.03.2012, g. n.)

Correta, portanto, a r. sentença, que está de acordo com os elementos constantes dos autos e o direito aplicável à espécie, merecendo integral confirmação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001793-63.2014.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante FORJAS TAURUS S/A, são apelados WILSON DE BRITO (JUSTIÇA GRATUITA) e FAIRFAX BRASIL SEGUROS CORPORATIVOS S/A.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a matéria preliminar, negaram provimento ao recurso da ré; deram provimento ao recurso adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14688)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), EDGARD ROSA e AZUMA NISHI.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2017.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: CONSUMIDOR - INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Aquisição de arma de fogo que veio a disparar acidentalmente, atingindo a virilha do autor, ferindo-o gravemente - Defeito do produto verificado - Dever de indenizar da fabricante - Condenação no reembolso do valor pago pelo produto, de forma simples - Dano moral configurado - Verba devida - Condenação no pagamento do valor de R$ 15.000,00 - Majoração para R$ 30.000,00 - Procedência parcial da ação - Preliminar de nulidade da sentença rejeitada - Recurso da ré desprovido.

RECURSO ADESIVO - DANO MORAL – Arbitramento da indenização em primeiro grau em R$ 15.000,00 - Majoração para R$ 30.000,00 - Razoabilidade e proporcionalidade - Recurso adesivo do autor provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais que WILSON DE BRITO move em face de FORJAS TAURUS S/A, julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$ 15.000,00, a título de dano moral, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP, a partir da sentença, e juros de mora de 1% ao mês,

desde a citação. E ainda condenar a ré no reembolso do valor de R$ 2.652,01, na forma simples, com incidência de juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a contar do desembolso (17 de julho de 2008), rejeitado o pedido de indenização por despesas médicas. A lide secundária foi julgada parcialmente procedente para condenar a litisdenunciada FAIRFAX, solidariamente com a litisdenunciante TAURUS no pagamento dos danos morais fixados na lide principal, em favor do autor, respeitada a franquia a ser paga pela segurada no importe de 20% dos prejuízos, com mínimo de R$ 100.000,00, por força do contrato de seguro. Em razão da sucumbência na lide principal, a ré foi condenada do no pagamento das custas e despesas do processo e verba honorária fixada em 15% sobre o valor da condenação. Não houve fixação de sucumbência na lide secundária.

Apelo da ré requerendo, em preliminar, nulidade da sentença, já que afirma que não foi notificada da realização da perícia, o que impediu o seu comparecimento e a contribuição de seu assistente técnico. Aponta que os documentos de fl. 599/560 não demonstram o envio e recebimento do suposto e-mail aos seus patronos. No mérito, sustenta que a sentença não analisou corretamente os resultados dos testes realizados com a arma objeto da lide. Insiste que o laudo é deficiente e que algumas conclusões do perito não encontram respaldo técnico, tendo anotado que um teste criado e utilizado pelo perito não pode atestar a segurança do produto. Ainda, afirma que a principal trava, a trava do percussor, não foi analisada pelo laudo. Alega que, ao que tudo indica, o autor agiu com culpa, ao deixar sua arma destravada ou não ter travado corretamente, conforme indicado nas regras de segurança do manual do usuário. Requer a redução do *quantum* indenizatório, asseverando que o valor fixado na sentença é demasiado e configura enriquecimento ilícito.

Em sede de recurso adesivo, pleiteia a parte autora a majoração do dano moral para 50 salários mínimos.

Apelação respondida.

É o relatório.

Alega o autor, em síntese, que é policial militar e adquiriu, em 17/07/2008, uma pistola modelo PT 24/7.40 S&W, nº de série SBP 99345, com capacidade para 15 tiros, com dois cartuchos, pelo valor de R$ 2.652,01. Sustenta que, em 19/02/2013, ao retirar a arma de sua cintura, que estava guardada no coldre, esta, abruptamente, efetuou um disparo acidental em sua virilha, ferindo-o gravemente. Em razão da lesão teve de ser submetido a intervenção cirúrgica, afirmando que o projétil da arma de fogo passou a milímetros da veia e artéria femorais, o que foi fator determinante de sua sobrevivência. Assim, é a presente ação indenizatória para reclamar a condenação da ré no pagamento do valor de R$ 500,00, desembolsado em fevereiro de 2013, corrigido e com juros de 1%

Acesso ao Sumário

ao mês, além da condenação da restituição da quantia paga pelo produto, com o ressarcimento dos danos morais causados ao autor, em valor a ser fixado pelo Juízo, sugerindo o valor de 50 salários mínimos.

A empresa ré, citada, contestou, requerendo em preliminar a denunciação da lide da FAIRFAX BRASIL SEGUROS CORPORATIVOS S/A. No mérito, sustentou a impossibilidade do disparo acidental, considerados os rigorosos testes e análises feitos para a segurança e eficácia da arma. Discorreu sobre os mecanismos de segurança da arma (trava do percussor, trava do gatilho e trava manual externa), alegando que o usuário deve seguir as normas de segurança detalhadamente esclarecidas no Manual do produto. Afirmou que inexiste dever indenizatório, ausente a verossimilhança e o nexo de causalidade. Invocou a culpa exclusiva do consumidor. Alegou que os danos não restaram comprovados. Requereu a improcedência.

A litisdenunciada, citada, ofertou defesa aceitando a denunciação nos limites do contrato de seguro. Sustentou que os valores relativos à restituição da quantia paga pela aquisição do produto não estão cobertos pela apólice, por se tratar de risco excluído na cláusula 2ª, 2.1 letra "c". Anotou que o contrato prevê a incidência de franquia no valor equivalente a 20% dos prejuízos, com um mínimo de R$ 100.000,00. No mérito, sustentou a improcedência, e a inexistência de responsabilidade da ré, diante da culpa exclusiva da vítima. Impugnou o pedido condenatório no ressarcimento das despesas médico hospitalares, e a restituição do valor do produto, bem ainda quanto ao dano moral.

Houve réplica.

A ação foi julgada parcialmente procedente.

Quanto à preliminar de nulidade da sentença, deve ser rejeitada.

Afirma a apelante que não foi cientificada quanto à realização da perícia técnica na pistola em questão, o que impossibilitou o seu comparecimento e de seu assistente técnico aos testes que foram realizados pelo perito, que resultaram no laudo apresentado.

Ora, restou superada a alegação de nulidade processual, com realização de nova diligência para análise da arma, quando houve intimação prévia das partes para comparecimento (fl. 558/563), vindo aos autos o laudo de fl. 565/579, de 15 de abril de 2016.

Portanto, não há razão para invocar-se cerceamento de defesa.

No mérito, anote-se, inicialmente, que a presente relação jurídica é de consumo, portanto, deve ser analisada a luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Alega a fabricante que o laudo é insubsistente e que suas conclusões não encontram respaldo técnico para demonstrar a apontada falha do produto adquirido pelo autor. Defende, assim, a regularidade do produto.

Acesso ao Sumário

Entretanto, a prova revela, sem dúvida, que o produto adquirido pelo autor, uma pistola modelo PT 24/7.40 S&W, da marca Taurus, apresentou defeito de fabricação.

Nesse sentido, a conclusão do perito:

"Pelo exposto, concluo que a referida Pistola, marca Taurus, calibre 40 nº SBP99345, encontra-se com várias anomalias conforme registrada nas respectivas fotos acima consignadas, sendo que não oferece as mínimas condições satisfatórias de segurança, durante seu manuseio e transporte (ex. na cintura, ou seja, transportar ela junto ao corpo), seu condutor poderá ocasionar um disparo acidental, devido algum tipo de movimento brusco ocasionando em seu auto lesionar bem como poderá acertar terceiros que porventura estejam perto.

"*A soma dos desgastes prematuro das peças: Biela, Armadilha, Tirante do gatilho e o desgaste natural do Registro de segurança. Compromete o uso desta arma*.

"*Na foto 04, a Armadilha tem marca de desgaste no lado esquerdo superior, lado da Biela. Que compromete o encaixe da peça Percussor*.

"*Na foto 05, a folga está na circunferência, orifício da peça Biela. Comprometendo a peça Armadilha. Onde o eixo da biela (que fixa a peça biela na armação da arma), está perfeito.*

"*Na foto 06, o percussor raspa, passa, desgasta e lima, o material da peça Tirante do gatilho.*

"*Na foto 08, o Registro de segurança tem desgaste natural (aquisição no ano de 2008 até a queixa do autor em 2014)*.

"*Na foto 09, é possível verificar a peça Armadilha, com leve inclinação para o lado esquerdo. Lado da peça biela. Que compromete o preenchimento, encaixe, no sulco, degrau, noz. Da peça percussor.*

(...).

"*Com relação à operacionalidade da Pistola encontra-se comprometida, tendo em vista após utilizar munição real no Estante de Tiro, utilizando um martelo apropriado (de plástico conforme foto 12), com uma pequena martelada durante o manuseio o armamento veio a disparar acidentalmente sem que o atirador acionasse a tecla do gatilho, ou seja, houve um disparo involuntário sem a vontade do atirador*" (sic - fl. 579).

Portanto, diante do laudo do perito, e havendo ainda outros relatos nos autos quanto ao funcionamento defeituoso do mesmo produto da marca Taurus, não há como afastar as conclusões que dele emanam, devendo-se notar que as impugnações lançadas pela parte apelante não tiveram o condão de abalar o resultado técnico da perícia.

Acesso ao Sumário

Aliás, a afirmação de que principal trava, a trava do percussor, não foi analisada pelo laudo, não pode ser acolhida, diante do que consta das respostas aos quesitos da ré, do autor e da litisdenunciada (fl. 574 e 577/578).

Note-se que a fabricante deve responder pelo defeito ou falha do produto, nos termos do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, assim redigido:

"Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

(...)

"§ 6° São impróprios ao uso e consumo:

"I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

"II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

"III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam".

Trata-se de responsabilidade objetiva, a qual somente seria afastada se comprovada a culpa de terceiro; que o produto não foi colocado do mercado; que inexiste defeito ou vício; ou culpa exclusiva do consumidor (art. 12, § 3º, incisos I, II e III, da Lei 8078/90).

No caso, as hipóteses excludentes acima mencionadas, não restaram demonstradas.

Note-se que nas relações de consumo, como nas relações jurídicas em geral, deve imperar o princípio da boa-fé objetiva, a reger os direitos e obrigações das partes envolvidas.

Acesso ao Sumário

O produto colocado ao consumo deve ser adequado aos fins a que se destina. É certo que não se pode afastar a possibilidade de desgaste pelo uso, mas, na hipótese presente, o problema enfrentando pelo autor decorreu de disparo acidental por defeito do produto, que não se prestou ao fim ao qual se destinava, pondo em risco a vida do seu proprietário e de terceiros.

Aliás, não há prova efetiva de que tenha o autor deixado a arma destravada ou não travada adequadamente na ocasião dos fatos, nada demonstrando haver incorrido em culpa pelo disparo acidental.

No que diz respeito à restituição do valor pago pelo produto, nada há a ser

modificado na sentença, pois que, diante da apresentação do defeito, é cabível a devolução do valor, conforme constante da nota fiscal juntada aos autos (fl. 26).

O pedido de reembolso das despesas médico hospitalares foi indeferido pela sentença de primeiro grau.

O dano moral, no caso em comento, restou configurado, diante dos aborrecimentos do autor, que teve de passar por cirurgia, por ter sido atingido por projétil de arma de fogo, de forma acidental, por falha ou defeito do armamento.

Quanto ao valor do dano moral, urge observar sempre o dimensionamento dos prejuízos suportados, o abalo de crédito sofrido e sua repercussão social, a capacidade econômica das partes, a conduta do agente e o grau de culpa com que agiu, além do comportamento da vítima.

Também deve ser considerado no arbitramento do *quantum* reparatório, o critério sancionador da conduta do agente e compensatório ao sofrimento da vítima, informados também pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com o fim de evitar o enriquecimento indevido por parte do requerente, bem como de aplicação excessiva da sanção ao agente.

Nos dizeres de MARIA HELENA DINIZ, citada por CARLOS ROBERTO GONÇALVES: "reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa - integridade física, moral e intelectual - não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporciona ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando, assim, em parte, seu sofrimento" (*O problema*, cit, p. 248)" ("Responsabilidade Civil", São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 573).

A fixação da indenização pelo dano moral em R$ 15.000,00 em primeiro grau deve ser revista, para o fim de ser majorada no apelo adesivo para R$ 30.000,00, quantia razoável e proporcional à ofensa, diante da gravidade das lesões sofridas pelo autor, com risco para sua vida, considerando-se ainda a situação econômica das partes.

Posto isso, rejeitada a preliminar de nulidade da sentença, nega-se provimento ao apelo da ré, dado provimento ao recurso adesivo do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005246-92.2016.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado SIDNEY FELISBERTO TERRANOVA (ESPÓLIO).

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 19304)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SERGIO GOMES (Presidente sem voto), PEDRO KODAMA e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO PRESTAMISTA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ***Sentença acolheu em parte os pedidos. Pretensão de reforma*****. INADMISSIBILIDADE: A negativa da cobertura de seguro de proteção financeira por doença pré-existente depende de demonstração da má-fé do contratante. Ausência de realização de exames médicos antes da contratação. Inexistência de indícios de má-fé do segurado. Seguradora que assumiu o risco de contratar sem a existência de exames médicos do segurado. Sentença mantida.**

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ***Inscrição do nome do falecido nos cadastros dos Órgãos de Proteção ao Crédito. - Pretensão do réu de afastamento da sua condenação*****. INADMISSIBILIDADE: Aplicação do CDC e inversão do ônus da prova. Ausência de comprovação das alegações do apelante. Inscrição indevida no rol de inadimplentes. Constrangimentos aos familiares do consumidor falecido, o que por si só constitui dano moral a ser indenizado, que maculou a sua memória. Sentença mantida.**

DANOS MORAIS - VALOR DA INDENIZAÇÃO. ***Pretensão do réu de redução do valor fixado na r. sentença em R$ 15.000,00*****. INADMISSIBILIDADE:**

Acesso ao Sumário

Caráter dúplice, tanto punitivo do agente para que não reincida, quanto compensatório, em relação à vítima, buscando minimizar os aborrecimentos sofridos. Tendo em conta tais critérios, conclui-se que o valor fixado na r. sentença se mostra adequado diante das características do presente caso e atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Santander Brasil S.A. contra a r. sentença de fls. 128/131, complementada a fl. 160, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na ação de cobrança movida por Paulo Eduardo Terranova inventariante do espólio de Sidney Felisberto Terranova para determinar à instituição financeira a quitação do saldo contratual existente ao tempo do falecimento do mutuário, a restituição das prestações indevidamente debitadas na conta corrente dele e os respectivos juros e encargos proporcionais, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00. Diante da sucumbência em menor extensão da parte autora, a r. sentença, condenou o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Foram interpostos embargos de declaração pelo espólio autor (fls. 134/135), que foram acolhidos para acrescentar na r. sentença a determinação para que o banco réu pague à parte autora a "indenização remanescente" até o limite previsto na apólice (fl. 160).

O Banco réu apela (fls. 136/147) alegando que não houve recusa injustificada por parte do apelante em liquidar o contrato celebrado pelas partes, mas impedimento, porque o seguro prestamista não prevê cobertura para morte em razão de doença preexistente, mas apenas morte decorrente de acidente do segurado. Ressalta que a cobertura foi negada porque ficou constatado que o segurado era portador de doença preexistente diagnosticada antes do início de vigência do contrato de seguro. Explica que o beneficiário do seguro prestamista é o credor e não o segurado. Destaca a total impossibilidade de o próprio segurado, ou até mesmo do espólio, pretender o recebimento da indenização securitária contratada. Defende a inexistência de danos morais, sob o fundamento de que a cobrança decorreu de contrato regularmente firmado pelas partes. Subsidiariamente pede a redução do valor fixado a título de indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

O autor apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 162/169).

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de seguro prestamista com pedido de indenização por danos morais e materiais, movida contra o Banco Santander (Brasil) S.A. Afirma o autor que é filho e inventariante de Sidney Felisberto Terranova. Alega que o falecido era beneficiário do seguro prestamista em decorrência de um empréstimo por meio de uma Cédula de Crédito Bancário - CDC - confissão e renegociação de dívida pessoa física firmado no dia 8.5.2012, no valor de R$ 158.170,08 com vencimento para 30.4.2016. Informa que o falecimento ocorreu no dia 3.5.2015 e que o réu foi notificado do acontecimento no dia 19.5.2015. Esclarece que solicitou ao réu o encerramento da conta corrente e o pagamento do saldo devedor do empréstimo com o seguro prestamista. Explica que seu pedido foi negado e o nome do falecido incluído no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito. Destaca que no dia 31.7.2015 efetuou transferência bancária para a conta do seu pai falecido, no valor de R$ 17.500,00, para pagamento de algumas parcelas do empréstimo vencidas e vincendas na tentativa de impedir o cadastro do nome dele nos órgãos de proteção ao crédito.

Pretende o autor que o banco seja compelido a quitar o saldo devedor do contrato a partir da data do falecimento do contratante; a permitir o levantamento do saldo remanescente do seguro pelo autor; a devolver o valor de R$ 17.500,00, depositado por ele na conta corrente do falecido, com juros e correção; a excluir o nome do falecido do cadastro dos órgãos de proteção ao crédito e a pagar indenização por danos morais no valor equivalente a 50 salários mínimos ou em valor fixado pelo d. Juízo (fls. 1/13).

O Banco réu sustenta a negativa da cobertura sob o fundamento de que o seguro prestamista não prevê cobertura para morte em razão de doença preexistente, mas apenas para morte decorrente de acidente do segurado, que era portador de doença pré-existente ao tempo da contratação do seguro.

Pela análise do contrato verifica-se que houve a contratação do seguro prestamista, com a finalidade de quitar o saldo devedor do financiamento apurado na data do sinistro, no caso de morte natural ou acidental da segurada (fls. 27). Cai por terra assim um dos argumentos do apelante. O contrato também prevê a cobertura por morte natural. Somente a invalidez é que tem cobertura por acidente.

Acesso ao Sumário

Quanto ao segundo argumento, cabe dizer que a jurisprudência sedimentou entendimento de que é necessária prova da má-fé do contratante para a exclusão do risco por doença pré-existente.

Cabia à seguradora requisitar exames ou atestados médicos relativos à saúde do segurado para verificar eventual moléstia no momento da contratação

do seguro. Não se pode falar em má-fé sem a realização de exames prévios para demonstrar a declaração inverídica do segurado.

Ao contrário, o que se verifica é que o apelante aceitou como suficiente a declaração de que o segurado gozava de boa saúde e não portava doença que necessitasse de acompanhamento médico ou uso contínuo de medicamento (fls. 27/28).

Além disso, o contrato foi firmado com pessoa idosa, o que exigiria mais cautela do apelante quanto à demonstração do estado de saúde. Essa situação demonstra no mínimo imprudência do réu.

Por inexistir indícios de má-fé e por ter a seguradora aceito o risco de contratar sem a exigência de exames médicos do segurado, a indenização securitária é devida.

Ademais, não há maiores elementos para concluir pela má-fé do contratante.

Por essas considerações, é cabível o pagamento da indenização pleiteada.

Neste sentido:

"***CONTRATO BANCÁRIO - Financiamento de crédito direto ao consumidor - Pacto condicionado a contratação de seguro prestamista - Falecimento do segurado - Negativa de pagamento do seguro de vida por doença preexistente - Ausência de averiguação prévia das condições pessoais de saúde do segurado - Boa-fé presumida - Reconhecido o direito da beneficiária ao recebimento da indenização e determinada a quitação do financiamento - Sentença mantida - Recursos da BV Financeira e da Cardif não providos***" (Apelação nº 4033363-63.2013.8.26.0224, rel. Des. MAIA DA ROCHA, 21ª Câmara de Direito Privado, j. em 25/05/2015).

"***AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA FINANCIMENTO DE VEÍCULO. SEGURO PRESTAMISTA. ÓBITO DO SEGURADO. Indenização securitária. Negativa da Seguradora fundada em doença preexistente. Descabimento. Má-fé do segurado não provada pela seguradora, que não exigiu a realização de exames médicos prévios no momento da contratação. Cobertura securitária devida. Pagamento da indenização que deve ser feito diretamente aos herdeiros nos termos do contrato. Devolução dos valores pagos que se venceram após a data do óbito do segurado. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO***" (Apelação nº 0003429-42.2013.8.26.0091, Rel. Des. AFONSO BRÁZ, 17ª Câmara de Direito Privado, j. em 22/05/2015).

É inclusive o entendimento do C. STJ:

"***AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE***

VIDA. RECUSA DA COBERTURA. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS.

1. Não tendo sido exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação de má-fé do segurado pela omissão da existência de doença pré-existente. Precedentes específicos.

2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO"

[AgRg no AREsp 1186876/PB, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe. de 20/08/2012].

O autor, filho do falecido, comprovou que notificou o réu a respeito do falecimento do titular do empréstimo e mesmo assim o réu continuou debitando as parcelas relativas ao empréstimo em questão (fls. 36 e 44).

O nome do falecido foi incluído no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito em razão da negativa do réu ao pagamento do seguro prestamista (fl. 37/39).

O réu admite que a cobertura foi negada porque o Segurado era portador de doença preexistente.

Conclui-se, assim, que a inscrição do nome do falecido nos órgãos de proteção ao crédito é indevida.

A inclusão indevida no rol de inadimplentes causa constrangimentos, o que por si só constitui dano moral a ser indenizado. Para a configuração do dano moral puro não há a necessidade de prova de prejuízos materiais.

Além do mais, os sucessores do falecido sofreram danos morais em razão do constrangimento ocorrido com a mácula à memória de seu pai.

Nesse mesmo sentido já decidiu esta Colenda 37ª Câmara de Direito Privado:

"***AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO - Dever da entidade financeira de indenizar configurado - Teoria do risco da atividade adotada, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil e 14 do Código de Defesa do Consumidor, já que ausentes as excludentes (caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro).***

DANOS MORAIS - Inscrição indevida do nome do autor nos órgãos de Proteção ao Crédito, em razão de dívida quitada - O dano moral decorrente da remessa indevida do nome do consumidor aos órgãos de proteção ao crédito tem característica de ser in re ipsa, sujeitando-se a prestadora de serviços, que fez a remessa indevida, a responder por ele - Valor fixado de maneira prudente e equitativa - Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação Cível nº 0014594-79.2011.8.26.0019,

Acesso ao Sumário

relator Desembargador LEONEL COSTA, j. 28.6.2012).

Os precedentes jurisprudenciais acima citados enfrentam questões semelhantes a dos autos, razão pela qual ilustram este julgamento.

Está evidente o dever de indenizar pelos danos morais sofridos. Houve falha na prestação de serviço da qual a parte autora foi vítima.

A indenização por danos morais não pode ser exagerada no sentido de causar enriquecimento a quem é indenizado e nem pode ser fixada em valor irrisório e insuficiente ao fim a que se destina que é o de evitar e desencorajar futuros equívocos e servir como indenização pelos dissabores experimentados.

A ausência de legislação específica torna difícil a fixação do *quantum* indenizatório, mas doutrina e jurisprudência conduzem o julgador a orientar-se por critérios como o da intensidade do sofrimento, da repercussão da ofensa e do grau da responsabilidade.

Ademais, a indenização por dano moral tem caráter dúplice, tanto punitivo do agente para que não reincida, quanto compensatório, em relação à vítima, buscando minimizar os aborrecimentos sofridos.

Tendo em conta tais critérios, conclui-se que o valor fixado na r. sentença em R$ 15.000,00 mostra-se adequado diante das características do presente caso, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Deste modo, nada há a se reparar na bem lançada r. sentença que fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006575-31.2015.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante CONDOMÍNIO BOSQUES DO JAPI, são apelados JOAQUIM RIBEIRO DA COSTA e ROSEMEIRE FONSECA DA COSTA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.960)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2017.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Despesa de Condomínio. Cobrança. Imóvel novo. Propositura da ação em face dos compromissários compradores que não tinham a posse do bem. Ilegitimidade passiva reconhecida. Inadmissibilidade da cobrança das cotas condominiais anteriores à entrega das chaves. Ação julgada improcedente. Apelação do autor. Dívida *propter rem*. Entendimento pacificado do E. STJ no sentido de que a efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o compromissário comprador a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais. (Resp nº 1.345.331). Comprovada a imissão de posse dos réus em data posterior ao débito cobrado. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação (fls. 113/127) interposta por Condomínio Bosques do Japi contra a r. sentença de fls. 106/111, que, em autos de ação de cobrança de despesas condominiais movida em face de Joaquim Ribeiro da Costa e Rosemeire Fonseca da Costa, julgou improcedentes os pedidos inicial e o contraposto, extinguindo o feito com julgamento do mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC/73. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% das custas, despesas processuais, compensando-se as verbas honorárias.

Em suas razões recursais, alega que a dívida é *propter rem*, de modo que os adquirentes respondem pelos débitos "independentemente do recebimento das chaves", com suporte na clausula 16, alínea 16.03, do Instrumento de Aquisição do imóvel e no artigo 1345 do Código Civil (fl. 115). Colaciona jurisprudência que sustenta a sua pretensão. Alega, ainda, que a r. sentença não se manifestou quanto às despesas vencidas após o recebimento das chaves, quando os apelados já detinham a posse do imóvel (fl. 116). Postula a reforma da r. sentença, "com a consequente condenação da Apelada no pagamento das despesas de condomínio, acrescidas dos encargos legais, custas, despesas processuais e honorários advocatícios na ordem de 20% (...) sobre o valor da causa" (fl. 127).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 131/139.

É o relatório do necessário.

Inicialmente, aplica-se ao caso o Código de Processo Civil de 2015, nos termos do Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça:

"*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC*".

O recurso não comporta provimento, respeitado entendimento em sentido contrário.

Trata-se de ação de cobrança de despesas condominiais, em que pretende o autor o recebimento das cotas vencidas em janeiro/2014 e março a julho/2014 (cfr. petição inicial, fls. 3, e demonstrativo discriminado do débito e vencimentos, fl. 7).

Ainda que a dívida condominial seja *propter rem*, ou seja, transfere-se com o imóvel ao titular do domínio, necessário verificar cada caso com cuidado, tendo em vista que a questão já foi consolidada pelo C. STJ, em sede de recurso representativo de controvérsia. Vale mencionar:

"*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONDOMÍNIO. DESPESAS COMUNS. AÇÃO DE COBRANÇA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO LEVADO A REGISTRO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROMITENTE VENDEDOR OU PROMISSÁRIO COMPRADOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. IMISSÃO NA POSSE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses: a)* ***O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação.*** *b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. c) Se ficar comprovado: (i) que o promissário comprador se imitira na posse; e (ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador. 2. No caso concreto, recurso especial não provido.*" (Resp nº 1.345.331).

Pois bem, no caso em exame, os réus foram imitidos na posse do bem somente em 30.06.2014, ocasião em que receberam as chaves, de modo que, cfr. entendimento acima, a partir dessa data é que passaram a ser responsáveis pelo pagamento das obrigações condominiais.

A r. sentença recorrida bem deixou consignado que: "*(...) É o ato de posse do adquirente que determina o nascimento da obrigação de participar do rateio proporcional devido ao condomínio e, portanto, ao Estado em sede*

Acesso ao Sumário

tributária. A posse do imóvel é que torna o promissário comprador responsável pelo pagamento das despesas do condomínio, das quais usufrui. É justamente em razão da utilização dos serviços e fruição das coisas comuns existente no condomínio que decorre a obrigação de responder pelas despesas.

Ainda que houvesse o título de propriedade, apenas a posse direita, isto é, até que recebe as chaves, lhe imporia tal dever em relação não à unidade do condomínio (sendo propter rem a obrigação), mas em relação à construtora que responde pelo pagamento dos encargos condominiais e impostos incidentes sobre o imóvel até a entrega da posse. (...)

Assim, cláusula que atribui ao comprador, antes da posse, o dever de pagar as obrigações condominiais é abusiva, e, nessa esteira, tollitur quaestio.

Ressalte-se por oportuno, que a parte ré no período cobrado, não havia recebido as chaves do imóvel, o que reforça ainda mais a fundamentação alhures esposada" (fls. 108/110).

Vale mencionar julgados desta Câmara, no mesmo sentido:

"*Cobrança. Despesas condominiais. Ação promovida contra a titular do domínio da unidade autônoma. Alegação de que o apartamento foi compromissado à venda a terceiros. Entendimento pacificado do E. STJ no sentido de que a efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o compromissário comprador a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais. Possibilidade de cobrar essa quantia, antes da entrega das chaves, do titular de domínio indicada no registro imobiliário. Verba devida. Embargos de declaração protelatórios. Manutenção da multa. Ação procedente. Sentença mantida. Majoração dos honorários recursais. Recurso improvido.*" (Apelação nº 1026037-07.2015.8.26.0007; Rel. Des. Ruy Coppola; j. 22.09.16).

"DESPESAS CONDOMINIAIS - Ação de cobrança de despesas condominiais pretéritas ao termo de entrega das chaves ao adquirente do imóvel - Legitimidade passiva da incorporadora, promitente-vendedora - Precedentes do E. STJ - Recurso improvido." (Apelação nº 1006834-07.2014.8.26.0068; Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira; j. 15.10.15).

Dessa forma, a r. sentença prolatada pelo Dr. Luiz Antonio de Campos Junior deu correta solução ao caso e deve ser mantida, tal como lançada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007023-83.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado

MATEUS MACHADO DE OLIVEIRA, é apelado RODRIGO A. DE OLIVEIRA COM. DE MÓVEIS - ME e Apelado/Apelante MERCADOLIVRE. COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação do autor e deram provimento, em parte, à apelação da corré Mercado Livre. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.272)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Ação declaratória de rescisão contratual cumulada com reparação de danos materiais e morais - Compra e venda feita em ambiente virtual - Televisão - Produto não entregue - Responsabilização da provedora de *site* que disponibiliza espaço - Não reconhecimento.

"Empresa que apenas disponibiliza espaço virtual para anúncio dos produtos e serviços ofertados por terceiros não pode ser responsabilizada em caso de frustração do negócio pela não entrega do produto, na medida em que não incorreu em nenhuma falha na prestação do serviço e tampouco praticou qualquer conduta abusiva ou ilícita".

Apelação do autor desprovida.

Apelação da corré Mercado Livre provida em parte.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 203/208 julgou procedente ação declaratória de rescisão contratual cumulada com reparação de danos materiais e morais para (1) declarar a rescisão do negócio celebrado e a inexigibilidade de todo e qualquer valor relativo à transação descrita na inicial; (2) condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de R$30.391,08 (trinta mil trezentos e noventa e um reais e oito centavos) a título de danos materiais, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros de mora desde a citação; (3) condenar

Acesso ao Sumário

as rés, solidariamente, ao pagamento de R$5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, corrigidos desde a data da r. sentença e acrescidos de juros de mora de um por cento ao mês, desde a citação. Condenou ainda as rés ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em dez por cento sobre o valor da condenação. Apela o autor a fls. 221/232 e pede a majoração dos danos morais para R$30.000,00 (trinta mil reais). Apela a corré Mercado Livre a fls. 235/253 e argui ilegitimidade passiva; ausência de responsabilidade; inexistência de danos morais. Contrarrazões da corré Mercado Livre (fls. 274/281). Contrarrazões do autor (fls. 283/297).

É o relatório.

Trata-se de declaratória de rescisão contratual cumulada com reparação de danos materiais e morais. O autor comprou da corré Rodrigo A. de Oliveira Com. de Móveis - ME uma televisão de 90 polegadas, via internet, por meio do *site* de compras da corré Mercado Livre, no dia 28/10/2013, efetuando o pagamento mediante três boletos bancários (fl. 33), no valor de R$29.999,99 (vinte e nove mil novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos), no dia 30/10/2013; o produto deveria ter sido entregue após o pagamento, porém, não foi entregue.

Alega o autor na petição inicial (fl. 02 - terceiro parágrafo) que efetuou o pagamento através do sistema próprio de pagamento da corré Mercado Livre denominado "Mercado Pago".

Todavia, em seu depoimento, ao lavrar o boletim de ocorrência, o autor afirmou que "efetuou contato eletrônico com a empresa 'Rodrigo A De Oliveira Comércio de Móveis - ME', e de comum acordo visando adiantar o processo para o recebimento da mercadoria, fez contato se propondo a pagar os boletos adiantados, sendo emitidos os boletos respectivos na data de 29/10/2013" (fl. 19). Ademais, verifica-se no e-mail de fl. 30: "Conforme conversamos (sic) caso não consiga efetuar pagamento pois excede limite do mercado pago, estarei dividindo Pag via boleto em 3 partes de 10 mil cada". Dessa forma, demonstrado que o autor não se utilizou da ferramenta "Mercado Pago" e negociou a compra direto com a corré Rodrigo, razão pela qual a corré Mercado Livre não pode ser responsabilizada.

No caso sob análise, a ré atuou tão só no sentido de possibilitar que os usuários do *site* fizessem contatos e negociassem entre si diretamente, não tendo nenhuma interferência sobre a efetivação dos negócios, a natureza e/ou qualidade dos produtos transacionados. Atuou ela, em essência, como disponibilizadora de espaço virtual para anúncio dos produtos e serviços ofertados por terceiros.

No sentido do que vem de ser exposto, veja-se o voto proferido na Apelação nº 0020037-78.2011.8.26.0223, Rel. Desembargador Andrade Neto, com o julgamento designado para esta Sessão de 18.5.2016, em cuja ementa se lê:

Acesso ao Sumário

> "Empresa que apenas disponibiliza espaço virtual para anúncio dos produtos e serviços ofertados por terceiros não pode ser responsabilizada em caso de frustração do negócio pela não entrega do produto, na medida em que não incorreu em nenhuma falha na prestação do serviço e tampouco praticou qualquer conduta abusiva ou ilícita".

Relativamente à corré Mercado Livre, nenhuma responsabilidade lhe cabe pela frustração do negócio, na medida em que não incorreu em nenhuma falha na prestação do serviço que lhe competia, limitando-se a permitir a utilização do espaço virtual para que as partes pudessem se contatar, sendo-lhe totalmente estranha a transação feita entre elas. Não se vislumbra nenhuma conduta abusiva ou ilícita por parte dessa corré, a ensejar o dever de indenizar, quer moral, quer material, não se lhe aplicando o disposto no art. 14 do CDC, na medida em que não integrou a cadeia produtiva.

Observo, outrossim, que a hipótese não é propriamente de falta de legitimidade passiva, mas sim de improcedência da demanda. Não sendo possível imputar à corré Mercado Livre responsabilidade pelos danos sofridos pelo autor, não tem ele o direito subjetivo de receber dela qualquer indenização, o que conduz a um pronunciamento jurisprudencial negativo de mérito.

Por conseguinte, nego provimento à apelação do autor e dou provimento, em parte, à apelação da corré Mercado Livre para julgar improcedente o pedido inicial em relação a ela, cabendo ao autor o pagamento de sucumbência no valor de R$500,00 (quinhentos reais), por apreciação equitativa (art. 85, § 8º, do CPC/2015); mantida a procedência do pedido inicial em relação à corré Rodrigo A. de Oliveira Com. de Móveis - ME, nos termos da r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012685-57.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado/apelante MARIO SHINGAKI.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO PRINCIPAL DESPROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O ADESIVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14956)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Prestação de Serviços. TV a cabo e telefonia. Agendamento, na central de atendimento da concessionária, de visita técnica para instalação de ponto adicional. Meliantes que obtiveram os dados cadastrais do consumidor e anteciparam a visita, passando-se por prepostos uniformizados da ré, praticando o roubo. Falha no serviço prestado. Configuração do ato ilícito. Conteúdo probatório que permite concluir a negligência da operadora na guarda dos dados cadastrais de seus clientes. Valor arbitrado compatível com a ofensa. Sucumbência recíproca. Não ocorrência, por força do que estabelece a Súmula 326, do colendo STJ, não revogada pelo NCPC. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PRINCIPAL DESPROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O ADESIVO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação, em ação de reparação por danos morais ajuizada contra a concessionária que, pela r. sentença de fls. 180/183, disponibilizada no DJe em 27.7.2016, de relatório adotado, foi julgada parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento da quantia de R$. 15.000,00, atualizada desde o arbitramento e acrescida de juros de mora de 1% ao mês do evento danoso (Súmula 54 do STJ), e, por conta da sucumbência recíproca, condenou ambas as partes na seguinte proporção: a) o autor ao pagamento de 70% das despesas processuais e verba honorária fixada em 10% do proveito econômico não obtido (R$. 35.000,00); e b) a ré com o pagamento de 30% das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Apela a ré (fls. 185/202). Sustenta que o crime foi praticado por terceiros, que utilizaram de meios fraudulentos criminosos, restando configurada, no caso, a excludente de responsabilidade. Aduz que "*(...), é impossível, a inferência de que a obtenção de dados do Apelado decorra, necessária e exclusivamente, de uma suposta vulnerabilidade, INCOMPROVADA, do sistema da Apelante*". (fls. 199, item 39). Pugna pelo afastamento da condenação na reparação moral, ou, alternativamente, pela redução do montante.

Apela adesivamente o autor (fls. 208/229). Pugna pela majoração da quantia fixada a título de dano moral (R$. 15.000,00) para (R$. 50.000,00), nos

termos do pedido inicial, tendo em vista a grave culpa da demandada. Aduz que a ré dever arcar integralmente com o ônus da sucumbência, nos termos da Súmula n. 326 do STJ.

Recursos tempestivos, preparados e respondidos.

VOTO

O recurso da ré é desprovido e parcialmente provido o adesivo.

O pedido inicial veio fundado na alegação de que foi vítima de roubo, em virtude de falha na prestação de serviços da concessionária de TV a cabo e telefonia, tendo em vista que terceiros tiveram acesso a dados cadastrais do autor e deles se utilizaram para antecipar a visita técnica, passando-se por prepostos uniformizados.

O douto juízo acolheu parcialmente o pedido de reparação moral, asseverando que "*Colhe-se dos autos que, agendada visita técnica com a ré, esta foi antecipada do período da tarde para a manhã de 21.6.2014, ocasião em que duas pessoas que se apresentaram como prepostos da ré, portando uniforme desta e fazendo uso de uma maleta, ingressaram no apartamento do autor e anunciaram o assalto. Segundo consta, a esposa do autor recebeu ligação telefônica de pessoa que se passou por preposto da ré, a qual a informou da antecipação da visita técnica e estava de posse de todos os dados do autor, tais como número de telefone, endereço, etc. O logro de que foi vítima o autor deu-se em virtude da vulnerabilidade do sistema de agendamento de visitas técnicas da ré, já que terceiros o acessaram e planejaram o assalto, não havendo alegação e muito menos prova da existência de culpa exclusiva da vítima*". (fls. 181, a partir do antepenúltimo §).

A ré é concessionária de TV a cabo e telefonia, portanto, sua atuação se dá no campo do serviço público federal, sendo evidente que se aplica ao caso a chamada *teoria do risco administrativo*, emergindo a sua responsabilidade, que é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da 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 princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"
>
> (...) "§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

E, não comprovada culpa exclusiva do consumidor, nem a ocorrência de caso fortuito ou força maior, evidente a obrigação de indenizar, pois a concessionária não se desincumbiu de provar que o autor teria culpa exclusiva pelo roubo de que foi vítima.

Acesso ao Sumário

Não há dúvida dos transtornos, sensações negativas, como a ansiedade, com o episódio de que trata a demanda. O fato acarretou mudança na rotina do autor e todas estas circunstâncias se amoldam àquelas situações que provocam perturbação de ordem psíquica, bem como ao restrito espectro de situações que possam atingir a honra subjetiva do cidadão, de molde a configurar danos morais indenizáveis. Não representam mero incômodo, enfado ou desconforto, mas atingem a honra da vítima.

Dessa forma, ficou demonstrado o nexo de causalidade entre a falha na prestação dos serviços por parte da concessionária-ré e a ocorrência dos danos morais causados em decorrência do roubo de que foi vítima o autor, impondo-se o dever de indenizar.

Na hipótese, ainda que a ré pretenda forrar-se de responsabilidade alegando que não eram prepostos seus os meliantes que praticaram o roubo, evidente que houve flagrante falta de diligência e cuidado na guarda dos dados cadastrais do consumidor.

Destinando-se a reparação a desestimular a repetição do ilícito e considerando a extensão dos danos e o caráter preventivo da reparação, bem como as particularidades do caso, revela-se suficiente o seu arbitramento em R$. 15.000,00, incabível, portanto, a redução pleiteada pela ré e a majoração pretendida pelo autor.

Por fim, comporta acolhimento o pleito do autor no que se refere ao ônus da sucumbência, que deve ser integralmente suportado pela ré, pois, de fato, o arbitramento do valor dos danos morais em quantia menor à pretendida não interfere no ônus sucumbencial, por força do que dispõe a Súmula 326 do STJ, que não foi revogada com o advento do NCPC[1].

Por tais razões, a r. sentença é reformada em parte, condenada a ré ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios, estes majorados para 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 2º, do CPC-15.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso principal e dou parcial provimento ao adesivo do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001828-11.2016.8.26.0242, da Comarca de Igarapava, em que é apelante WILSON RANGEL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MAGAZINE LUIZA S/A.

1 Súmula 326: Na ação de indenização por dano moral a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.986)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. Pleito para exibição de contrato, de que irradiada inscrição em cadastro de inadimplentes. Decisão terminativa, à consideração do artigo 485, I e VI, do Código de Processo Civil (ausência de interesse de agir). Apelo do autor. Desprovimento.

VOTO

RELATÓRIO

Abordagem para exibição de documento, decreto extintivo fundado no artigo 485, I e VI, do Código de Processo Civil (ausência do requisito do interesse de agir - fls. 29/38), apela o autor, batendo-se pelo prosseguimento da demanda.

Resposta recursal, a fls. 56/60.

FUNDAMENTAÇÃO

Aqui, à busca de cópia de contrato, a esclarecer a origem de apontamento levado a banco de dados de órgão de proteção ao crédito, na circunstância, com recusa implícita, constando que solicitação extrajudicial não obteve resposta, ao autor, se realmente ao abrigo do melhor direito (certeza de que nada deve), há que promover demanda direta, ali a perquirir a inexigibilidade do débito, em tese sendo-lhe ainda plausível cumular pleito reparatório, e, nessa perspectiva, porque, beneficiando-se da inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90), o esclarecimento, que está a perquirir, correndo por conta da ré, fornecedora, será dado contrastar naqueles autos, e, com melhor efetividade, a ensejar solução definitiva (composição da lide).

A jurisdição não cabe suscitar a título especulativo, ademais quando o interesse de agir, integrado desde recusa ou inadequada resposta à solicitação extrajudicial, assim autoriza formular pretensão direta, em ação de conhecimento, não se justificando abordagem cautelar, preparatória, em verdadeiro *bis in idem*, a repassar inércia ou descumprimento já pontuado em incidente extrajudicial.

Acesso ao Sumário

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1006875-65.2015.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é embargante EDUARDO BAPTISTA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36934)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente sem voto), MAIA DA ROCHA e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Omissão em relação a análise dos honorários recursais verificada. Honorários advocatícios majorados para o patamar de 15%, nos termos do art. 85, §11, CPC/2015. Omissão suprida. Recurso acolhido, com efeito modificativo.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do v. Acórdão de fls. 323/328 em razão de omissão acerca da análise dos honorários recursais.

De fato, verifica-se omissão em relação aos honorários recursais, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, CPC/2015:

"*O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§2º e 3º para a fase de conhecimento*".

Acesso ao Sumário

Assim, em razão do acolhimento do recurso de apelação do autor para majorar os danos morais, os honorários advocatícios do patrono do autor são arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação, nos termos do art. 85, §11, CPC/2015.

Portanto, supre-se, agora, a omissão verificada para majorar os honorários advocatícios para o patamar de 15% do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, acolhe-se o recurso, com efeito modificativo. Oportunamente, encaminhem-se os autos à d. Vara de origem.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2180177-66.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Marília, em que é embargante RITA BARBARA DE ASSIS CRIPA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14340)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER BARONE (Presidente), JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA e SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ.

São Paulo, 02 de março de 2017.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - V. Acórdão que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de agravo de instrumento - Irresignação da parte agravante - Cabimento em parte - Contradição caracterizada quanto à confirmação do efeito ativo concedido em despacho inicial e o quanto determinado no julgado - Embargos acolhidos, sem

Acesso ao Sumário

efeito modificativo.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos ao V. Acórdão de fls. 47/52, que, por votação unânime, deu provimento a recurso de agravo de instrumento.

A parte agravante, ora embargante, sustenta a ocorrência de contradição no julgado, no tocante à determinação que consta do V. Acórdão e o que foi deferido quando da concessão do efeito ativo do despacho inicial.

É o relatório.

Conforme se verifica do V. Acórdão embargado houve, de fato, contradição no julgado, tendo em vista que por ocasião da concessão do efeito ativo (fls.40/41) ficou consignado que a multa diária seria equivalente ao valor descontado indevidamente, enquanto no V. Acórdão as 'astreintes' foram fixadas na quantia de R$300,00.

Assim, acolho os embargos para sanar a contradição em exame, devendo, portanto, passar a constar do julgado a seguinte decisão:

> "De rigor, portanto, a confirmação do efeito ativo concedido para limitar os descontos feitos pelo agravado ao patamar de 30% dos rendimentos líquidos da parte autora, para pagamento de todos os empréstimos contratados, sob pena de multa diária equivalente ao valor descontado, limitada, porém, ao período de 30 dias.".

Ante o exposto, pelo meu voto, **ACOLHEM-SE** os embargos de declaração, sem efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 4008042-73.2013.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é embargante BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é embargado JOÃO TAVARES MACIEL (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e acolheram os embargos, com efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16928)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 13 de março de 2017.

Acesso ao Sumário

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - acórdão pelo qual, por votação unânime, quanto à parte conhecida, foi dado parcial provimento ao recurso interposto pelo embargado - julgamento sob a vigência do CPC/1973 - determinação de afastamento da cobrança cumulativa da comissão de permanência com multa e demais encargos moratórios e remuneratórios - não incidência da comissão de permanência, mas de juros remuneratórios, juros de mora e multa - necessidade de limitação da taxa de juros remuneratórios à mesma pactuada para o período da normalidade contratual, nos termos da Súmula nº 296 do C. STJ - embargos de declaração conhecidos e acolhidos, com efeito modificativo.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos em relação ao acórdão (fls. 282/299) pelo qual, por votação unânime, quanto à parte conhecida, foi dado parcial provimento ao recurso interposto pelo embargado.

A embargante alegou a ocorrência de contradição no julgado. A cobrança da comissão de permanência não foi pactuada. Entretanto, a aplicação desse encargo foi afastada pelo julgado. Não houve deliberação quanto aos encargos de mora pactuados. A cobrança de juros remuneratórios está autorizada pela Súmula 296 do STJ. Não há óbice na cobrança cumulativa desse encargo com juros de mora e multa. Pediu a manifestação expressa quanto à legalidade dos encargos pactuados para o período da inadimplência. Por conta do que expôs, pediu que seu recurso fosse provido.

O embargado, apesar de intimado, não ofertou resposta (cfme. Embargos tempestivos. certidão de fls. 09).

É a síntese necessária.

Os embargos de declaração merecem ser conhecidos e acolhidos, com efeito modificativo.

O recurso em referência tem por objetivo complementar ou aclarar a decisão omissa, obscura ou contraditória, ou ainda corrigir erros materiais, conforme disposto no artigo 1.022 do Código de Processo Civil/2015 (art. 535 do CPC/1973). É possível conferir-se efeito modificativo ou infringente, desde

Acesso ao Sumário

que a alteração do julgamento decorra da correção daqueles citados defeitos.

No presente caso, vislumbra-se a ocorrência de contradição. O embargado, na sua inicial, dentre outros argumentos, insurgiu-se contra a cobrança da comissão de permanência, cumulada com outros encargos moratórios.

Sobreveio a sentença que julgou a ação improcedente.

Interposto o apelo, o recurso foi parcialmente provido, para o fim de ser a ação julgada parcialmente procedente. A cumulação da cobrança da comissão de permanência com outros encargos foi afastada.

De fato, verifica-se a ocorrência de contradição no julgado. Não houve pactuação acerca da cobrança da comissão de permanência. No item 6 - ENCARGOS MORATÓRIOS (ITEM 15), as partes acordaram a cobrança de multa de 2,00% e juros remuneratórios de 14,20% para o período de inadimplência (fls. 40). Constou ainda na cláusula 6 do contrato: "***Encargos em razão da inadimplência***. *A falta de pagamento de qualquer parcela no seu vencimento autorizará a BV Financeira a cobrar os seguintes encargos sobre o valor em atraso, a serem pagos por mim durante o período da inadimplência, (a) juros remuneratórios para operações em atraso, calculados por dia de atraso, conforme a taxa informada no campo 6 do preâmbulo deste instrumento; (b) juros moratórios equivalentes a 1% (um por cento) ao mês, ou fração e (c) multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o valor em atraso*" (fls. 41).

Assim, por não ter sido pactuada a cobrança da comissão de permanência, subsiste a cobrança dos juros remuneratórios, juros de mora e multa, pactuado pelas partes para o período da inadimplência.

Não obstante, os juros remuneratórios fixados em 14,20% em caso de inadimplência não pode subsistir.

Os juros remuneratórios fixados em 14,20% para o período de inadimplência suplanta o percentual pactuado no contrato para o período da normalidade, o que não se pode admitir, consoante a Súmula nº 296 do STJ.[1] Assim, os embargos são acolhidos para o fim de o recurso ser parcialmente provido em relação a esse tema, para serem limitados os encargos nos moldes da referida súmula.

Assim, a fim de sanar a contradição apontada pela embargante os embargos são acolhidos, para o fim de ser reconhecido como pactuado para o período da inadimplência a cobrança de juros remuneratórios, os quais devem ser limitados nos moldes da referida súmula.

Diante do exposto, os embargos de declaração são **conhecidos** e **acolhidos, com efeito modificativo**.

Acesso ao Sumário

1 De seguinte redação: "Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0005479-22.2011.8.26.0120/50001, da Comarca de Cândido Mota, em que é embargante DARCY BERTHOLDO, é embargado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23484)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 14 de março de 2017.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão. Ocorrência. Acórdão que, apesar de ter reformado a sentença para afastar a extinção do feito sem resolução do mérito e julgar parcialmente procedente o pedido inicial a fim de condenar o réu a restituir ao autor valores indevidamente cobrados, deixou de fixar o termo inicial de juros e de correção monetária sobre a condenação, bem como os índices e taxas a serem aplicados. Juros de mora à taxa legal de 1% ao mês que incidem a partir da citação. Responsabilidade civil contratual (art. 405 do Código Civil). Correção monetária pela Tabela Prática do TJSP que incide da data do pagamento indevido. Mera recomposição do valor da moeda. Omissão sanada. Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Darcy Bertholdo (fls. 393/399) nos autos da ação revisional de contratos bancários por ele ajuizada em face de Banco do Brasil S/A, contra o v. acórdão (fls. 375/392) que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Embargante:

> "... para reformar a r. sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito e, aplicando-se a teoria da causa madura, julgar parcialmente procedente o pedido inicial para: (a) declarar: (a.i)

Acesso ao Sumário

ilegais as cláusulas contratuais que estabelecem a incidência de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano nos contratos em discussão; e (a.ii) abusiva a incidência de índice de correção monetária diverso ao BTNF para o período de março de 1990, devendo ser aplicado o referido índice; e (b) condenar o banco Apelado a restituir ao Apelante os valores indevidamente cobrados, na forma simples, conforme cálculo a ser realizado em liquidação.

O decreto de extinção sem resolução do mérito fica mantido em relação aos pedidos declaratórios de ilegalidade/abusividade das cláusulas que estabelecem os encargos de inadimplência, mas por fundamento diverso: a falta de interesse de agir do Apelante."

Sustenta o Embargante que o v. acórdão teria se omitido quanto à fixação do termo inicial de incidência de correção monetária e de juros de mora sobre o valor da condenação, bem como sobre o índice e taxas respectivas a serem adotadas. Alega que a correção monetária dos valores a serem ressarcidos deveria se dar desde a data de cada pagamento indevido, assim como os juros de mora, cujo índice deveria ser o da remuneração adotada para depósitos em caderneta de poupança, "Considerando-se que os juros remuneratórios decorrem da relação jurídica das partes em face do objeto do contrato, que possuía como fixador a poupança", isso sem prejuízo dos juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Pretende a reforma do v. acórdão.

É o relatório.

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão assim ementado:

"AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. Cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias. ILEGITIMIDADE ATIVA. Inocorrência. Possibilidade de ajuizamento de ação por somente um dos devedores solidários visando à revisão dos contratos. Litisconsórcio ativo que, apesar de unitário, não pode ser considerado necessário, pena de afronta ao princípio do acesso à justiça. Jurisprudência do STJ. Sentença reformada. Decreto de extinção afastado. Possibilidade de julgamento imediato do mérito. Teoria da causa madura. Art. 1.013, § 3º, I, do NCPC. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Inocorrência. Suposta incorreção do valor da causa que deveria ser suscitada em incidente apartado (impugnação ao valor da causa). Art. 261, *caput*, do CPC/1973, vigente à época da apresentação da contestação. Preliminar rejeitada. PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Prazo vintenário (art. 177 do Código Civil de 1916), contado das datas de pagamento das cédulas, não decorrido, diante do ajuizamento de ação cautelar de protesto interruptivo da prescrição dentro dos 20 anos. Prazo trienal (art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002), contado do reinício da contagem após a interrupção, também não decorrido. STJ, recursos repetitivos, REsp nº 1.361.730/RS. Prejudicial de mérito rejeitada. REVISÃO CONTRATUAL. A despeito

Acesso ao Sumário

da inaplicabilidade do CDC à espécie (os serviços bancários foram contratados para fomento da atividade econômica do autor), a revisão de cláusulas contratuais ilegais e/ou abusivas é viável, à luz do Código Civil e do Decreto-Lei nº 167/1967. JUROS REMUNERATÓRIOS. Ausência de índice fixado pelo Conselho Monetário Nacional. Limitação a 12% ao ano. Jurisprudência do STJ. Pedido julgado procedente nesse ponto. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. Possibilidade, desde que pactuada. STJ, recursos repetitivos, REsp nº 1.333.977/MT. Contratação expressa na espécie. Pedido julgado improcedente nesse ponto. ENCARGOS MORATÓRIOS. Abusividade. Falta de interesse de agir. Autor que alega ter quitado os contratos. Ausência de prova de que os pagamentos se deram após os vencimentos, circunstância sequer alegada. Inocorrência de cobrança dos encargos de mora questionados. Processo extinto sem resolução do mérito nesse ponto. CORREÇÃO MONETÁRIA. Março de 1990. BTNF (41,28%). Jurisprudência do STJ. Pedido julgado procedente nesse ponto. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. Inadmissibilidade. Ressarcimento dos valores indevidamente cobrados que deve se dar na forma simples. Ausência de prova inequívoca de má-fé. Enquanto pendente discussão judicial, a cobrança de encargo ou tarifa, posteriormente declarado abusivo, configura exercício regular de direito. Pedido julgado improcedente nesse ponto. *Recurso provido.*"

Os embargos devem ser acolhidos, para fixar o termo inicial de incidência de juros de mora e de correção monetária sobre o valor da condenação arbitrada pelo v. acórdão, realmente omisso nesse ponto.

No tocante aos juros de mora, eles devem incidir a partir da citação, por se tratar de responsabilidade civil contratual (art. 405 do Código Civil), à taxa legal de 1% ao mês.

Registre-se que juros de mora incidentes sobre o valor da condenação não se confundem com juros remuneratórios, que dependem de pedido expresso, não se podendo, por tal razão, sequer conhecer o pleito de incidência de juros remuneratórios ao mesmo índice adotado para os depósitos em caderneta de poupança e capitalizados, a partir das datas dos pagamentos indevidos, como pretende o Embargante, tendo em vista que, mesmo considerando-se possível tal hipótese, trata-se de inovação do pedido em sede de recurso, pois não deduzido na petição inicial.

A correção monetária sobre o valor da condenação, por seu turno, deve incidir das datas dos pagamentos indevidos, pois não se trata de sanção pelo inadimplemento, mas forma de atualização do valor monetário do indébito, sendo devida, portanto, desde a data do prejuízo.

Nesse sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal: Ap. 1005691-81.2014.8.26.0100, Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 26/03/2015; Ap. 0035949-05.2010.8.26.0562, Rel.

Acesso ao Sumário

Rebello Pinho, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 02/06/2014; Ap. 9169370-43.2008.8.26.0000, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 04/09/2013.

Diante do exposto, acolhem-se os embargos de declaração para sanar a omissão apontada e determinar a incidência, sobre o valor da condenação, de juros de mora de 1% ao mês contados da citação e de correção monetária pela Tabela Prática deste E. Tribunal desde as datas dos pagamentos indevidos realizados pelo Embargante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1001134-56.2016.8.26.0011/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PATRICIA ALVES BIBAS, é embargada AMERICAN AIRLINES INCORPORATION.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U. Declara voto o 4º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15285)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), EDSON LUIZ DE QUEIROZ, CARLOS ALBERTO LOPES e HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO.

São Paulo, 7 de março de 2017.

HELIO FARIA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegação de *error in procedendo*, contradição e omissão - Não caracterização - Patrono da suplicante que foi regularmente intimado para a sessão de julgamento da apelação, ciente da incidência do novo Código de Processo Civil artigo 942 e seguintes - Ausência de advogado que não impede o julgamento estendido - Se o patrono da suplicante não compareceu à sessão renunciou ao direito de sustentação oral - Inexistência da apontada nulidade - Pretensão à modificação da decisão para que outra que lhe seja favorável seja proferida - Caráter infringente - Rejeição.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão de fls. 195/204, que por maioria, em julgamento estendido, negou provimento ao apelo interposto pela autora, vencidos os 2º e 3º Desembargadores que declaram às fls. 205/214.

Alega a embargante que houve *error in procedendo*, por não ter sido obedecido o disposto no artigo 942, §1º, do novo CPC, pois se o resultado da apelação não foi unânime, o julgamento teria que prosseguir em sessão a ser designada com a presença dos outros julgadores, assegurando às partes o direito de sustentar oralmente perante eles.

Diz que a presença na sessão de julgamento é facultativa, pois já se conhecia a composição original para apreciação do apelo.

Afirma que houve omissão, contradição e premissa equivocada, pois que a demanda se trata de voo internacional, com atraso de 13 horas; no qual a embargante estava grávida e não foi imediatamente atendida, tendo restado evidente o dano moral por ela sofrido.

Argumenta que em voo internacional com atraso superior a 4 horas já se reconhece o dano moral *in re ipsa*, porquanto os julgados citados no acórdão contrariam a posição defendida na fundamentação do voto vencedor.

Ressalta existir omissão na exploração das similitudes dos julgados, bem como não ter seguido a jurisprudência colacionada pela suplicante ao longo da instrução processual.

Esclarece que o Desembargador Roque Antônio Mesquita de Oliveira, 4º Desembargador, ao acompanhar o voto do E. Relator está contrariando a jurisprudência formada por seus acórdãos, nos quais reconheceu o dano *in re ipsa* em casos análogos, em evidente ofensa ao artigo 926 do CPC.

Pugna pela nulidade do julgamento realizado, designando nova sessão para que os patronos da suplicante tenham oportunidade de sustentar oralmente perante os novos desembargadores.

Subsidiariamente pede sejam sanadas as apontadas omissões, contradições e falhas premissas, dando provimento ao apelo ou alternativamente que o Desembargador Roque Antônio Mesquita de Oliveira declare seu voto.

É o relatório.

Preliminarmente cumpre esclarecer que não houve *error in procedendo* no julgamento estendido.

Conforme dispõe o novo Código de Processo Civil:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a

Acesso ao Sumário

possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. (Grifo nosso).

O patrono da suplicante foi regularmente intimado da sessão de julgamento, realizada em 05 de julho p.p., em 24 de junho de 2016, e anteriormente protocolizou memoriais por escrito às fls. 172/174, considerando o adiamento do 3º Desembargador.

Ora, sendo regularmente intimado para a data designada para julgamento e não tendo comparecido ao ato, mesmo ciente de que, no caso em tela, já incidiam as regras do novo CPC, renunciou ao seu direito de sustentar oralmente. Inexiste, assim, a nulidade apontada.

No mais, o acórdão de fls. 195/204 não padece de nenhum dos vícios artigo 1022 do Código de Processo Civil vigente. Outra não é a intenção da embargante senão rediscutir a decisão que desacolheu seus interesses.

O que a suplicante denomina de contradição diz respeito, na verdade, ao entendimento da Douta Maioria acerca do mérito da questão debatida, não podendo ser alterado por meio dos presentes embargos.

A omissão verifica-se quando o julgado deixa de pronunciar-se sobre ponto controvertido. Na espécie, a questão controvertida foi apreciada, com fundamentação adequada e suficiente, não se caracterizando omissão.

A decisão colegiada apreciou os elementos colacionados aos autos e expôs suficientemente as razões pelas quais concluiu pela manutenção da sentença guerreada.

Restou consignado na decisão colegiada que apesar do atraso a embargada prestou toda a assistência necessária aos passageiros, inclusive à suplicante, para minimizar os transtornos causados diante dos problemas técnicos na aeronave.

Incontroverso o fato de que a transportadora disponibilizou hospedagem em Miami, alimentação, transporte comunicação e reacomodação em outro voo aos passageiros, que acabaram por desembarcar no Brasil com segurança no dia seguinte ao previsto para chegada.

O atraso de voo por si só não caracteriza dano moral, devendo os tribunais minimizar os efeitos da indústria do dano, sendo inadmitido que a indenização constitua fonte de enriquecimento indevido.

Necessária é análise da situação em cada caso concreto, sendo diversa a situação da embargante que recebeu o suporte necessário, condizente e esperado

Acesso ao Sumário

da embargada quando comparada a outros julgados em que os passageiros foram abandonados à própria sorte sem qualquer assistência.

Na verdade, o que busca a embargante é a reforma do julgado para obter outra decisão que lhe seja favorável.

Tal propósito empresta aos embargos nítido caráter infringente, ao que não constituem via adequada.

Pelo exposto, rejeito os embargos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 33680)

1) Cuida-se de embargos de declaração em face do acórdão de fls. 195/204 dos autos em apenso que negou provimento ao recurso de apelação.

Diz a recorrente que: i) existe nulidade no julgado por ofensa ao art. 942, §1º, do CPC, uma vez que deveria ter sido designada sessão de julgamento para outra data subsequente, assegurado às partes o direito de promoverem a sustentação oral e como isso não aconteceu não foi possível alertar a este julgador que em outras oportunidades havia votado com a divergência; ii) está presente a contradição quando se vê neste caso concreto que a recorrente estava grávida e o atraso no voo internacional foi superior a treze horas, o que caracteriza o dano moral, ao contrário do que consta nos julgados colacionados pelo desembargador relator; iii) existe também omissão no acórdão face ao disposto no art. 489 §1º, do CPC, quando se constata que os julgados colacionados no voto condutor estão em completa divergência com este caso concreto, sem que fossem dadas as razões pelas quais os precedentes colacionados pela embargante ao longo da instrução não foram seguidos; iv) o voto deste quarto desembargador acompanhando o relator se apresenta em completa contrariedade com "a jurisprudência formada por seus acórdãos" conforme colaciona, sem que houvesse a declaração do seu voto, violando o art. 926 do CPC e provocando insegurança jurídica; v) deve ser observado o efeito infringente ao presente recurso, expressamente reconhecido pelo CPC no art. 1023, §2º.

É o relatório.

VOTO.

2) Respeitado o entendimento do ilustre doutor advogado da recorrente, entendo que não ocorreu nenhuma nulidade no acórdão ora embargado diante do fato do julgamento ter continuado na mesma sessão logo após caracterizada a divergência. Isso porque o parágrafo 1º do art. 942 do CPC afirma peremptoriamente que "sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura

Acesso ao Sumário

componham o órgão colegiado".

A expressão "**sendo possível**" deve ser interpretada diante do que consta na cabeça do dispositivo, ou seja, **estando as partes presentes na sessão**, regularmente representadas pelos advogados, tomam ciência da divergência e, imediatamente, fazem saber aos julgadores que pretendem exercer "o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores".

É por essa razão que a lei determina as respectivas intimações das partes nas pessoas de seus advogados para a sessão de julgamento sob pena de nulidade (vide art. 272, §2º, do CPC), os quais podem comparecer ou não; **se não comparecerem**, como neste caso concreto, não podem depois alegar prejuízo em face de alguma circunstância ocorrida na sessão de julgamento que lhe foi desfavorável.

É relevante destacar que as partes **não tiveram interesse em exercer o direito de sustentação oral, garantido pelo art. 936, I, do CPC**, muito embora o artigo 133 da Constituição Federal, colacionado nas razões deste recurso (fls. 4) disponha que o advogado é essencial à administração da justiça (vide tira de julgamento de fls. 194 do apenso).

Portanto, considero que não houve qualquer ofensa ao art. 942, §1º, do CPC, respeitado o entendimento da embargante, de modo que rejeito a arguição de nulidade do acórdão embargado.

Em tema de embargos de declaração, a contradição prevista no art. 1022, do CPC, deve ser aquela existente no julgado com ele mesmo e não contradição com a lei ou com o entendimento da parte (confira-se STJ - 4ª T., REsp 218.528 - Edcl, Min. Cesar Rocha).

Neste caso concreto a recorrente alega que estava grávida na época dos fatos e o atraso foi superior a treze horas, enquanto que os precedentes colacionados no douto voto condutor concluíram em sentido contrário. Porém, examinando atentamente **a parte em negrito dos precedentes**, se verifica que o núcleo desses precedentes colacionados diz respeito à necessidade da empresa aérea fornecer assistência material ao passageiro em caso de viagem postergada por mais de quatro horas, sendo irrelevante a causa do atraso (fls. 201), sendo que o "mero inadimplemento contratual - que é um ato ilícito - não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral", destacando-se que "o aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade - notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos - é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido" (fls. 202).

Acesso ao Sumário

Esses pontos destacados dos precedentes é que interessaram ao desembargador relator para ressaltar sua conclusão no sentido de que a ora

requerente não suportou dano moral em face dos aborrecimentos decorrentes dos fatos que motivaram o ajuizamento da presente ação.

São por estes fundamentos que considero inexistente, data vênia, a apontada contradição.

Segundo o art. 1022, II, do CPC, os embargos de declaração são cabíveis para "suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento". Ora, a leitura do acórdão revela que os pontos abordados nas razões de apelação foram examinados adequadamente, sendo dados os motivos que levaram o voto condutor a manter a r. sentença, em harmonia com os precedentes colacionados, como destacado nos parágrafos acima consignados. Não houve, com a devida vênia, ofensa ao art. 489, §1º, do CPC, como pareceu à embargante.

Já foi decidido que "não há omissão sobre questão que, motivadamente, o acórdão embargado reputou impertinente ao caso concreto" (RTJ 152/960). Os fundamentos determinantes existentes nos precedentes foram destacados em negrito, mostrando que "o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos". Também entendo ser importante ressaltar que a ausência de declaração de voto deste quarto desembargador por ocasião do julgamento não implica em omissão, considerando que sendo voto concordante com o voto condutor essa declaração não era obrigatório, o que seria de rigor se o voto fosse vencido, a teor do art. 941, §3º, do CPC.

Portanto, igualmente afasto a alegação de omissão, respeitada a convicção do ilustre doutor advogado da recorrente.

Diz a embargante que o voto deste quarto desembargador, proferido em consonância com o voto condutor, ofendeu ao artigo 926 do CPC, provocando insegurança jurídica, porque em outros julgamentos assumiu entendimentos contrários àquele proferido neste caso concreto.

Contudo, sem razão nesse argumento. Em primeiro lugar porque o referido dispositivo se refere à necessidade dos tribunais uniformizarem "sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Essa providência deve observar as regras aplicáveis ao incidente de uniformização de jurisprudência disciplinado pelo Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, artigo 190, com a seguinte redação: "A uniformização de jurisprudência será por súmulas, por enunciado de jurisprudência pacificada ou por enunciado de tese jurídica fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas" (Artigo 190 com redação pelo Assento Regimental nº 552/2016).

Portanto, a existência de vários acórdãos de relatoria deste desembargador não permite concluir pela insegurança jurídica, posto que cada caso deve ser examinado e julgado de acordo com suas peculiaridades, como aconteceu neste processo. Não se trata de uniformização de jurisprudência para fins de segurança

Acesso ao Sumário

jurídica.

Em segundo lugar, ressalte-se que a existência desses acórdãos não provoca a vinculação do desembargador ao entendimento favorável ao caso concreto. O magistrado, em cada caso concreto submetido ao seu julgamento, poderá ou não adotar o entendimento que lhe parecer mais justo. Logo, respeitosamente, considero em rejeitar essa argumentação.

Finalmente, deixo consignado que não existe nenhum fundamento para se atribuir efeito infringente ao presente recurso, razão pela qual nem mesmo foi dada oportunidade para a parte contrária apresentar sua manifestação. O art. 1.023, §2º, do CPC, deixa claro que essa providência deve ser adotada caso o acolhimento dos embargos de declaração provoque a alteração do acórdão. Neste caso concreto, isso não aconteceu. Já foi decidido que essa intimação não é obrigatória (STJ - 5ª T., REsp 131.883, EDcl - Edcl, Min. José Arnaldo).

O STJ já deixou bem claras as circunstâncias nas quais deve ser atribuído o caráter infringente a este recurso: "A atribuição de efeitos infringentes aos embargos declaratórios é possível apenas em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária. Embargos de declaração rejeitados" (3ª Turma. EDcl. no REsp n. 480.697-RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. J. 5/5/2005; v.u.).

No mesmo sentido: "Os embargos de declaração só podem ter efeitos modificativos se a alteração do acórdão é consequência necessária do julgamento que supre a omissão ou expunge a contradição" (STJ - 2ª Turma, REsp nº 15.569-EDcl , rel. Min. Ari Pargendler, j. 08.08.1996).

3) Ante o exposto, o meu voto rejeita o recurso.

São Paulo, 7 de março de 2017.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1009424-40.2014.8.26.0590/50000, da Comarca de São Vicente, em que é embargante WILLIAM PESSOA ROSA (JUSTIÇA GRATUITA), são embargados BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A e USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A - USIMINAS 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: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.701)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN (Presidente sem voto), SILVIA ROCHA e FABIO TABOSA.

São Paulo, 10 de janeiro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Contradição. Inexistência. Apesar do escopo de prequestionamento, os embargos devem observar os pressupostos elencados nos incisos do art. 1022 do atual CPC. Sendo evidente o escopo infringencial com que se maneja o recurso, a sua rejeição é medida de rigor.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de embargos de declaração que **WILLIAM PESSOA ROSA** opõe contra o acórdão de fls. 167/177, que negou provimento ao seu apelo.

Aponta omissão em relação à renovação do contrato por vários anos e o posterior e injusto cancelamento unilateral e tentativa de renovação por valor maior, motivo pelo qual entende devida a condenação por danos morais. Aduz serem as empresas embargadas responsáveis de forma solidária pelo cancelamento indevido. Colaciona julgados.

Instadas a se manifestar, as partes não se opuseram à realização de julgamento virtual (fl. 43).

Relatados.

2. Tratando-se de recurso de fundamentação vinculada, os embargos de declaração só podem vir estribados nas hipóteses de cabimento dos incisos do art. 1022 do Código de Processo Civil atual (art. 535 do CPC de 1973), vale dizer, sua oposição fica limitada à ocorrência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material no aresto hostilizado.

No caso, com a devida vênia, constata-se que o embargante não pretende sanar omissões ou tampouco aclarar contradições ou obscuridades, mas sim infringir o julgado, finalidade para a qual não se prestam os embargos de declaração, que só podem ter escopo integrativo.

O Superior Tribunal de Justiça já proclamou: "***Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa.***" (REsp nº 11.465-0/SP, rel.

Acesso ao Sumário

Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23.11.92, p. 1.665 do DJU de 15.02.93).

E mais: "***Não se admitem embargos de declaração infringentes, isto é, que, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado anterior, na realidade buscam alterá-lo.***" (RTJ 90/659, RSTJ 109/365).

Ressalte-se que além de não ter ocorrido a rescisão unilateral do contrato de seguro de vida, a seguradora ainda ofereceu aos segurados uma opção considerada razoável e compatível de manter o contrato com o mesmo prêmio, mas com redução do capital segurado, ou de manter o capital segurado com reajuste do prêmio, o que está em consonância com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 880.605-RN).

Bem por isso, não havendo no aresto hostilizado qualquer irregularidade, exsurge evidente a inadequação do manejo do inconformismo aclaratório que não pode postular que se redecida, mercê do que é de rigor a sua rejeição.

3. Isto posto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1001696-61.2016.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que é embargante ROSILAINE RIBEIRO HIGA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado BANCO GMAC S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram parcialmente os embargos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6829)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOURÃO NETO (Presidente) e DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Erro material: Ocorrência. Afastamento do cerceamento de defesa, com fundamento nos artigos art. 370 e 355, inciso I, ambos do Novo Código de Processo Civil - Omissão: Ocorrência. Descabe a prestação de contas no bojo da ação de busca e apreensão - Cancelamento de protesto. Obrigação da instituição financeira - Demais omissões apontadas: Inocorrência -

Acesso ao Sumário

Prequestionamento ficto: Inteligência do artigo 1.025, do Novo CPC - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos por ROSILAINE RIBEIRO HIGA em face do v. acórdão de fls. 190/197, que, por votação unânime, negou provimento ao recurso de apelação interposto pela requerida, ora embargante.

Sustenta a embargante que houve erro material no v. acórdão ao aplicar o art. 130 e art. 330, I, ambos do CPC, pois são claramente alheios ao contexto apresentado. Alega omissão quanto às questões referentes à abusividade do contrato, prestação de contas do credor ao devedor (quando realizada a venda do veículo) e pedido de baixa do protesto nominal da embargante pela embargada. Prequestiona a matéria.

Em atendimento ao que dispõe o artigo 1023, § 2º, do CPC/2015, a parte embargada foi intimada para se manifestar acerca do presente recurso (fl. 07), mas deixou o prazo transcorrer *in albis* (fls. 09).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Sob a égide do Novo Diploma Processual Civil, **que guia o julgamento destes embargos**, mais precisamente de seu artigo 1.022, ainda se considera o cabimento dos embargos de declaração para as hipóteses em que, na decisão, houver omissão, obscuridade, contradição ou erro material.

In casu, melhor analisando o feito e de acordo com as informações trazidas pela embargante, o v. acórdão embargado contém erro material, pois por equívoco, ao analisar o alegado cerceamento de defesa, aplicou os artigos 130 e 330, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973. Assim, referidos artigos devem ser substituídos pelos correspondentes ao Novo Código de Processo Civil, quais sejam: art. 370 e art. 355, inciso I.

Quanto às omissões apontadas pela embargante, no que se refere à realização de prestação de contas nos autos da ação de busca e apreensão e a realização da baixa de eventual protesto em face da ré, os embargos deveram ser acolhidos, para complementar a fundamentação do *decisum*:

> *"Na ação de busca e apreensão descabe a realização de prestação de contas acerca da alienação do veículo objeto da garantia fiduciária, pois seu âmbito é restrito, com escopo apenas de propiciar ao credor fiduciário a recuperação do bem dado em garantia em decorrência da*

Acesso ao Sumário

mora do devedor.

Após a quitação da dívida, cabe à instituição financeira providenciar o cancelamento do protesto, pagando as taxas respectivas, conforme disposto no art. 26 da lei nº 94.492/97."

Por derradeiro, nos demais pontos, o acórdão embargado não padece de qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material, pois ficou justificado o entendimento ali exarado, o que se deu após minuciosa análise da documentação inserta aos autos, bastando a leitura do acórdão para constatar-se que não há qualquer tema a ser tratado expressamente nesta oportunidade.

Por fim, face ao prequestionamento apresentado, evitando-se o formalismo desnecessário, como devidamente observado pelo ilustre Cassio Scarpinella Bueno ("Novo Código de Processo Civil Anotado", Saraiva, 2015, páginas 661/662), faz- se presente no Novo Código de Processo Civil (artigo 1.025), o "prequestionamento ficto":

"Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

Por esses fundamentos, ACOLHO PARCIALMENTE os EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0001593-05.2012.8.26.0597/50001, da Comarca de Sertãozinho, em que é embargante BANCO SOFISA S/A, é embargado CELSO VON ZASTROW ORTOLAN.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos, com efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16759)**

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

São Paulo, 3 de fevereiro de 2017.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: Embargos de Declaração - Pretensão ao reconhecimento da sucumbência do autor em relação ao banco embargante, que teve extinto o processo, nos termos do artigo 267, VI do CPC - Admissibilidade - Observância do princípio da causalidade - Matéria passível de pronunciamento de ofício (Art. 1.022, inc. II do CPC/2015) - Condenação do sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios em favor do embargante fixados em R$ 1.500,00, em atendimento ao art. 20, § 4º, do CPC - EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITO MODIFICATIVO.

VOTO

1.- Trata-se de embargos de declaração opostos ao Acórdão de fls. 237/240 que, por votação unânime, não conheceu de embargos infringentes opostos em face de acórdão que, por maioria de votos, dera provimento a recurso de apelação para reconhecer a ilegitimidade passiva do banco apelante bem como a sua ausência de responsabilidade quanto ao protesto indevido.

Sustenta o embargante, em síntese, que no acórdão proferido no recurso de apelação, não obstante tenha sido reconhecida a ilegitimidade passiva do banco réu e sua ausência de responsabilidade civil pelo protesto, o que restou confirmado no acórdão dos embargos infringentes, não houve a consequente condenação da empresa autora no pagamento da sucumbência - custas e honorários -, que é incontroversamente devida. Assim, sendo a sucumbência corolário do resultado do julgamento do recurso de apelação e dos embargos infringentes, pode o Tribunal manifestar-se até de ofício a esse respeito, merecendo, portanto, acolhida os presentes embargos de declaração para condenar Celso Von Zastrow Ortolan ao pagamento da sucumbência - custas e honorários advocatícios ao Banco Sofisa S/A.

O embargado, em sua resposta, sustenta que esta fase processual não é adequada para quaisquer modificações no acórdão embargado e que não se aplicam as disposições do CPC/2015 (fls. 250/252).

É o relatório.

2.- Os embargos merecem acolhida.

Preliminarmente, embora não haja qualquer irregularidade no acórdão embargado, o fato é que o inciso II do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 prevê o cabimento de embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para "suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento".

Assim, viável a apreciação, nesta sede, do pedido de fixação de honorários

Acesso ao Sumário

sucumbenciais em razão do reconhecimento da ilegitimidade passiva do banco ora embargante para a ação de cancelamento de protesto c.c. nulidade de título e indenização por danos morais, por se tratar de mero corolário da sucumbência, nesse tópico, do autor Celso Von Zastrow Ortolan.

Com efeito, reconhecida a ilegitimidade passiva do então apelante Banco Sofisa S/A, era mesmo necessária a sua fixação pelo acórdão que julgou o recurso de apelação.

Impõe-se, assim, a condenação do embargado ao pagamento das verbas de sucumbência, especialmente honorários, pois houve a instauração regular do processo e seu desenvolvimento, inclusive com apresentação de resposta, o que carreia ao sucumbente o ônus de arcar com tais despesas em razão do princípio da causalidade.

3.- Pelo exposto, acolho os embargos de declaração para arbitrar honorários sucumbenciais em favor do Banco Sofisa S/A em R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), em razão do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, com fundamento na equidade prevista no art. 20, § 4º, do CPC/73, vigente à época do julgamento do recurso de apelação, os quais fixo em R$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), tendo como parâmetros o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0008955-77.2011.8.26.0020/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CONDOMÍNIO JARDIM VILLA REAL, é embargado ITAÚ UNIBANCO 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: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.447)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA ROCHA (Presidente sem voto), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

FABIO TABOSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração. Erro material.

Equívoco de digitação na parte do v. acórdão que apontou a data do ajuizamento da demanda, momento ao qual retroage o efeito interruptivo da prescrição ditado pela citação. Erro evidente, passível de correção independentemente da oposição de embargos, inclusive. Desnecessidade nesses termos da intimação da parte contrária para se manifestar sobre os embargos, a teor do art. 1.023, § 2º do CPC/2015, por não se tratar de modificação do julgado, mas de mera correção de equívoco flagrante, exprimindo o que foi efetivamente julgado. Embargos declaratórios acolhidos.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *embargos de declaração* opostos pelo autor em face do v. acórdão de fls. 184/192, que negou provimento a recurso de apelação interposto pelo réu e pronunciou de ofício a prescrição quanto a parte do débito, reformando a r. sentença de procedência de demanda de cobrança de encargos condominiais.

Aduz o embargante a existência de erro material no v. acórdão, na medida em que, ao reconhecer a consumação do prazo prescricional quinquenal no tocante a parte da dívida condominial e assentar que a interrupção da prescrição pela citação retroage à data do ajuizamento do feito, teria equivocamente apontado o dia 26/8/2011, e não 18 de julho do mesmo ano, como sendo o de propositura da demanda. Pede, em conclusão, o acolhimento dos embargos, com a correção do erro apontado.

É o relatório.

Assiste razão ao embargante, sendo o erro material evidente e a rigor passível de correção independentemente de embargos declaratórios; de toda forma, tendo a parte utilizado dessa via recursal integrativa, vai o equívoco corrigido no âmbito dos embargos de declaração opostos.

Com efeito, o ajuizamento da demanda não ocorreu em 26 de agosto de 2011, como constou do v. acordão, e tampouco no dia 18 de julho desse mesmo ano, como equivocadamente apontado pelo condomínio-autor, ora embargante, mas sim em 14/7/11, conforme se observa do protocolo constante da parte inferior da primeira página da petição inicial.

De rigor assim o acolhimento dos presentes embargos para a correção não apenas do erro de digitação no penúltimo parágrafo do voto condutor do v. acórdão, para que onde constou "*...a demanda foi ajuizada em 26 de agosto de 2011, voltando-se à cobrança de encargos vencidos desde dezembro*

Acesso ao Sumário

de 1999 (conforme demonstrativo de fls. 13/17), ou seja, mais de onze anos antes. Na esteira do que se expôs, cumpre reconhecer a consumação do prazo prescricional quinquenal para todas as prestações vencidas anteriormente a 26 de agosto de 2006..." passe a constar *"...'...a demanda foi ajuizada em 14 de julho de 2011, voltando-se à cobrança de encargos vencidos desde dezembro de 1999 (conforme demonstrativo de fls. 13/17), ou seja, mais de onze anos antes. Na esteira do que se expôs, cumpre reconhecer a consumação do prazo prescricional quinquenal para todas as prestações vencidas anteriormente a 14 de julho de 2006...'"*, mas também do erro de mesma natureza existente na ementa do julgado, a fim de que onde constou "*...Prescrição pronunciada quanto às parcelas vencidas anteriormente a 26 de agosto de 2006. Sentença de procedência da demanda parcialmente reformada*" passe a constar "*... Prescrição pronunciada quanto às parcelas vencidas anteriormente a 14 de julho de 2006. Sentença de procedência da demanda parcialmente reformada*".

Por fim, registra-se não ser o caso de intimar o ora embargado para manifestação sobre os embargos, previamente a seu julgamento, nos termos do art. 1.023, § 2º, do CPC/2015, pois não se está aqui modificando a decisão embargada; pelo contrário, se está apenas corrigindo erro material flagrante para assim exprimir o que foi efetivamente julgado, de forma que, como já dito, seria até mesmo dispensável a utilização da via dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **acolhem-se** os embargos declaratórios.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2255710-31.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante TRANSERP – EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO, é agravado RAFAEL LIMA SOLIMANI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.212)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2017.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em Ação de rito ordinário ajuizada pelo ora agravado, deferiu tutela antecipada, pleiteada para suspender os efeitos de autuações por infração de trânsito lavradas pela TRANSERP, bem assim a pontuação decorrente delas. As autuações impugnadas foram lavradas por policial militar, que é autoridade para tanto competente. Recurso provido.

VOTO

I. TRANSERP – EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE DE RIBEIRÃO PRETO S.A. interpõe este Agravo de Instrumento contra r. decisão do D. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto, que, em "Ação Anulatória de Infração de Trânsito" movida por RAFAEL LIMA SOLIMANI (processo nº 1026295-38.2016.8.26.0506), deferiu antecipação de tutela, "*para o fim de, até final decisão, suspender os efeitos da(s) multa(s) lavrada(s) pela TRANSERP contra a parte autora (fls. 17/18), o*

que deverá ser feito no prazo de cinco dias, sob pena de multa de R$ 200,00 por dia de atraso." (fls. 29).

Nas razões, assevera em resumo: a) todas as formalidades exigidas pelos artigos 280 a 282 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei federal nº 9.503/97) foram efetivamente observadas; b) cabe ao agravado comprovar que a requerida persegue lucro e que suas atividades eminentemente públicas são incompatíveis com o exercício do poder de polícia; c) as autuações F26576141 e F26576142 foram lavradas por policiais militares e não por agente civil de trânsito; d) há um Convênio firmado entre a Secretaria de Segurança Pública e o Município, autorizando a fiscalização e as autuações de trânsito por parte de policiais militares; e) o agravado é infrator contumaz das leis de trânsito; g) há diversos precedentes na jurisprudência pátria favoráveis à atuação da agravante na qualidade de entidade executiva de trânsito, inclusive em relação a EMDEC de Campinas – que também é uma sociedade de economia mista – e a CET de São Paulo. Pede o acolhimento do agravo, com a concessão de efeito suspensivo, para o fim de sobrestar a ordem judicial "*que culminou com a suspensão dos efeitos de duas autuações lavradas contra o agravado, evitando-se, dessa forma, que o ato ora recorrido cause prejuízos de difícil e incerta reparação, recrudescendo-se a sensação de impunidade no trânsito*." (fls. 18).

Processo o recurso com efeito suspensivo (fls. 73), não sobreveio resposta do agravado (certidão de fls. 77). Este, em síntese, o relatório.

II. O agravo comporta provimento.

Trata-se de ação ordinária movida pelo ora agravado, objetivando a anulação dos autos de infração de trânsito nº F26576141 e nº F26576142, bem assim o cancelamento da pontuação, daí decorrente, lançada em seu prontuário.

O pedido de tutela de urgência foi deferido, sob os seguintes fundamentos (fls.28/29):

"Vistos.

(...)

Trata-se de ação ordinária por meio da qual se insurge a parte autora contra multas de trânsito lavradas pela TRANSERP, sob o fundamento de que esta, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, não possui competência para aplicar sanções de natureza pecuniária e administrativa.

De fato, vem se consolidando na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que não é possível haver a delegação da atividade sancionatória do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública.

(...)

Em outras palavras, a fim de se afastar qualquer conflito de interesse entre o público e o privado, não se admite a imposição de sanções decorrentes do poder de polícia por sociedade de economia mista, como

Acesso ao Sumário

é o casa da TRANSERP.

Neste sentido, confira-se o posicionamento adotado pelo STJ:

(...)

Por todo o exposto, reputo presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória de urgência, que fica, pois, deferida para o fim de, até final decisão, suspender os efeitos da(s) multa(s) lavrada(s) pela TRANSERP contra a parte autora (fls. 17/18), o que deverá ser feito no prazo de cinco dias, sob pena de multa de R$ 200,00 por dia de atraso, nos termos dos artigos 537, do Novo Código de Processo Civil.

(...)

Intimem-se.".

Ao que se verifica da documentação acostada, ao agravado foram impostas duas multa de trânsito, por "*dirigir veículo utilizando-se de telefone celular*" (fls. 41) e por "*deixar o condutor de usar o cinto de segurança*" (fls. 42).

Há realmente orientação jurisprudencial – do E. Superior Tribunal de Justiça e colacionada no decisório – no sentido da inviabilidade de que pessoas jurídicas de direito privado, como a sociedade de economia mista agravante, imponham multas por violação à legislação de trânsito. O E. Supremo Tribunal Federal, de seu turno, vem de reconhecer como de repercussão geral questão como a versada nestes autos (Agravo no Recurso Extraordinário nº 661.186-MG), em V. Acórdão com a seguinte ementa: "***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***" (j. 22.03.2012, Rel. o Min. LUIZ FUX).

Também esta Câmara de Direito Público teve oportunidade de decidir, em V. Aresto da lavra do Des. RICARDO DIP: "***Em sua categoria repressiva, o poder de polícia pressupõe o atributo da coercibilidade, chegando ao ponto de autorizar-se, quando necessário, "o emprego de força pública" para a consecução dos fins repressivos (Hely Lopes MEIRELLES). O poder de polícia – ao menos, como ficou dito, no aspecto repressivo – não pode delegar-se a particulares, porque se estaria a delegar-lhes um uso de legítima violência estatal. - Podendo admitir-se a delegação a particulares, p.ex., de atos fiscalizadores do tráfego e do trânsito, não é possível, todavia, delegar-lhes atos que constituam a expressão coercitiva própria do poder público. - Julgado paramétrico do STJ: REsp 817.534 - 2ª Turma - Min. MAURO CAMPBELL MARQUES.***" (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 0031289-83.210.8.26.0071, de Bauru, Rel. Des. RICARDO DIP, voto 24.955).

A recorrente, porém, alega que o agente responsável pelas autuações (F26576141 e F26576142) era na verdade policial militar, servidor público devidamente investido de poder de polícia. A alegação não é despicienda, tanto

Acesso ao Sumário

que policial militar é agente estatal, e – ressalvadas as limitações desta esfera de cognição provisória – acha-se suficientemente comprovada a alegação, constando das autuações de trânsito referidas que o "agente" era PM.

Assim, dá-se provimento ao recurso para que sejam mantidos os efeitos dos autos de infração de nos F26576141 e F26576142, porque lavrados por policial militar (fls. 41/42).

III. Por todo o exposto, dão provimento ao recurso, nos termos acima explicitados.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2257494-43.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante RENATA ALVES LEOPOLDO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 34.071)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 1º de março de 2017.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. Antecipação de tutela em ação que servidora pública clama pelo direito de usufruir férias integrais no mês de janeiro. Patente irreversibilidade da medida (art. 300, § 3º, CPC). Necessidade de aguardar o momento de cognição exauriente. Recurso não provido.

VOTO

Tempestivo agravo de instrumento tirado da decisão reproduzida a f. 28/9, que, em autos de ação ordinária objetivando reconhecimento do direito de

usufruir férias integrais a partir de 2 de janeiro, indeferiu a antecipação da tutela.

Bate-se a agravante pela concessão da medida. Sustenta que o direito de usufruir férias integrais é constitucional, não podendo ser reduzido o período ante o afastamento por licença-médica. Aduz que o dano irreparável *reside no fato de que não poderá voltar no tempo e poder gozar as férias com sua família;* a difícil reparação consiste no decurso de mais um ano *para tão somente então conseguir reunir a família para gozar as férias como havia planejado.*

Indeferi a medida pelo despacho de f. 197.

Contrarrazões apresentadas a f. 201/9.

É o relatório.

1. A decisão agravada dispôs, no que interessa:

Pleiteia a demandante tutela de urgência para que seja concedida o direito de gozo de férias integrais, embora tenha se ausentado de suas atividades em razão de licença médica.

Em que pese a alegação da autora, o fato é que deixou de ser demonstrado suficientemente a probabilidade do direito invocado.

Sendo funcionária do Município de São Bernardo do Campo, a autora deve se submeter à legislação daquele órgão, não podendo o Judiciário intervir em assunto da Administração Pública.

Por sua vez, a pretensão inicial se aparta do atendimento ao contraditório e se concedida a liminar se terá a antecipação do resultado da ação sem a oitiva da parte contrária em desacordo com o princípio constitucional.

Processe-se sem liminar.

2.2. *O exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele*[1].

Outrossim, a jurisprudência superior considera o juízo em questão privativo da instância natural, ressalvadas as hipóteses suso citadas: *a liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder geral de cautela do magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato negatório da liminar e/ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro de instância superior*[2].

Implica dizer que *a concessão ou não da liminar, pois, só pode ser revista pela instância recursora se houve ilegalidade manifesta ou abuso de poder, hipótese inocorrida na espécie; notadamente porque não se vislumbra a ineficácia da medida caso concedida a final*[3].

1 Agravo de Instrumento nº 92.010-5/2, Des. Vallim Bellocchi.

2 STJ – RT 674/202.

3 cf. Agravo de Instrumento nº 284.603.5/3, Des. José Habice, dentre outros.

Acesso ao Sumário

O entendimento é sufragado nesta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Interposição de recurso contra decisão que deferiu a liminar, determinando sustação de ordem administrativa de desocupação de área pública, cumulada com demolitória, ao menos até a vinda das informações pela autoridade apontada como coatora – Não se trata de decisão abusiva ou teratológica – Plausibilidade do direito alegado – Perigo de dano configurado – Livre convencimento motivado do juiz – Recurso não provido[4].

Ação anulatória de débito fiscal. Suspensão da exigibilidade do crédito constituído pelo auto de infração nº 3.096.852-5, bem como a não inscrição na dívida ativa e no CADIN até o julgamento da ação principal. Admissibilidade. Presença dos requisitos elencados nos incisos I e II, do artigo 273 do Código de Processo Civil. Revisão pelo juízo de segundo grau do deferimento ou indeferimento antecipatório da tutela, adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável. Decisão mantida. Agravo improvido[5].

Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu antecipação de tutela somente autoriza emissão da liminar em segundo grau nas hipóteses de teratologia ou ilegalidade da decisão agravada. Exame dos requisitos ensejadores da medida afetos ao juízo monocrático. Decisão confirmada. Recurso não provido[6].

Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu antecipação de tutela somente autoriza emissão da liminar em segundo grau nas hipóteses de teratologia ou ilegalidade da decisão agravada. Exame dos requisitos ensejadores da medida afetos ao juízo monocrático. Decisão confirmada. Recurso não provido[7].

3. Deveras, o sagrado direito constitucional de usufruir férias integrais no mês de janeiro, obviamente se subordina à legislação que rege a relação do servidor com o Município, no caso, o respectivo Estatuto.

Considerando que o pedido principal se refere à confirmação da tutela, pleiteada para o fim de usufruir trinta dias de férias a partir de 2 de janeiro – já prejudicado – ou, subsidiariamente, pagamento das férias em pecúnia, acrescido do terço constitucional, a tutela recursal não poderia ser concedida ante a patente irreversibilidade dos efeitos da decisão, vedada a sua concessão na forma do disposto no § 3º, do art. 300, do NCPC.

A ação principal, portanto, envolve matéria fática, controvertida, impondo-se o regular contraditório, não demonstrados os pressupostos jurídicos para antecipação da tutela. Pressupostos familiares não são suficientes para

Acesso ao Sumário

4 Agravo de Instrumento nº 0016641-49.2012.8.26.0000, Des. Magalhães Coelho.

5 Agravo de Instrumento nº 0273472-70.2011.8.26.0000, Des. Guerrieri Rezende.

6 Agravo de Instrumento nº 990.10.429681-1, de minha relatoria.

7 Agravo de Instrumento nº 990.10.429681-1, de minha relatoria.

aferição do direito.

Por enquanto, prevalece a presunção de legitimidade dos atos administrativos, ainda não abalados pelos argumentos da agravante, sem considerar o caráter satisfativo da medida.

Inexistindo teratologia ou qualquer ilegalidade, a decisão é de ser mantida por seus próprios fundamentos.

Posto isso, nego provimento ao recurso. Comunique-se ao Juízo *a quo.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006777-74.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLEUBERT DOS SANTOS GOMES, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.653)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente), AROLDO VIOTTI e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 13 de março de 2017.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: RECURSO – Tutela de Urgência. O artigo 1.019, do novo Código de Processo Civil, permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal. Ausência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito pleiteado pela agravante, a fim de conceder-lhe a tutela de urgência. Decisão mantida.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por "*CLEUBERT DOS SANTOS GOMES*" contra a r. decisão que, em sede de ação ordinária ajuizada contra a "*FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*", indeferiu o pedido de

Acesso ao Sumário

tutela de urgência voltado à continuidade de participação nas demais fases do concurso público de provas e títulos, Edital DP – 5/321/2014, do qual foi considerado inapto na fase de avaliação psicológica.

Sustenta, em síntese, em síntese, que preenche os requisitos necessários para a obtenção da liminar.

A liminar foi indeferida (fls. 90-93), sobrevindo a respectiva contraminuta (fls. 99-110).

É o breve relato.

O recurso não comporta provimento.

Como já asseverado quando da apreciação da liminar, o artigo 1.019, do novo Código de Processo Civil, permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

Tratando-se de tutela de urgência o relator deverá aferir a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, a fim de conceder a liminar (artigo 300, do novo Código de Processo Civil).

No caso específico dos autos, não se vislumbram a presença dos requisitos necessários à obtenção da liminar, porquanto nesta fase inicial do procedimento as provas constantes dos autos afastam a probabilidade do direito pleiteado.

A jurisprudência dos Egrégios Tribunais Superiores, de forma pacífica, reconhece a validade da exigência da aprovação em exame psicológico, desde que: **1)** haja previsão legal e editalícia; **2)** os critérios adotados para a avaliação sejam objetivos; e **3)** caiba interposição de recurso contra o resultado, que deve ser público (***STF – 2ª Turma, AI 504.987 ED/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/05/2011; STJ – 6ª Turma, AgRg no RMS 29879/RO, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 12/11/2013*).**

Nesse diapasão, a exigência está prevista no edital de abertura e encontra previsão legal (Lei Complementar nº 697/92, artigo 2º, inciso I), havendo previsão expressa quanto à forma de divulgação do resultado, privilegiando-se a publicidade, com alusão à "*entrevista devolutiva*", além de assegurar o respectivo recurso (vide fls. 43-68).

Ademais, na fase inicial do procedimento, a mera arguição de arbitrariedade e subjetividade da avaliação, por si só, não se presta para demonstrar a ilegalidade do ato administrativo que o considerou inapto para as demais fases do certame.

Curial, pois, a manutenção da r. decisão agravada.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2255396-85.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 10ª 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 14.439)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 20 de março de 2017.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Concurso Público Candidato que concorreu a vagas destinadas a portadores de deficiência e que constou como aprovado em lista especial provisória. Perícia médica do DPME que considerou não ser o impetrante portador de deficiência. Declaração de médico particular confirmando a deficiência física parcial permanente. Presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo que deve subsistir. Dilação probatória incabível em sede de mandado de segurança. Decisão reformada. Liminar cassada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 99/100(autos originais) que, em mandado de segurança com pedido de liminar impetrado em face do Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e o Presidente da Fundação Para o vestibular da Universidade Estadual Julio de Mesquita – VUNESP, deferiu a liminar para determinar à autoridade impetrada que reconheça, ao menos durante o curso do presente processo, e para efeito do concurso público em andamento, a deficiência física do impetrante.

A agravante sustenta, em síntese, que se trata ação ajuizada pelo agravado com o intuito de garantir o seu direito ao acesso a cargo público de agente penitenciário, tendo concorrido em concurso público a uma das vagas reservadas

Acesso ao Sumário

aos portadores de deficiência física. Alega que a prova para a concessão de liminar deve ser inequívoca, não podendo gerar mais de uma interpretação e deve claramente demonstrar o direito pleiteado. No entanto, entende que os receituários médicos anexados aos autos pelo agravado indicam que possui limitação apenas parcial para o trabalho em geral. Ressalta que o exame médico de fls. 58/59 atesta que o impetrante sofre apenas de leve limitação nos movimentos da coluna cervical e na força dos membros superiores, ou seja, não se pode inferir que o autor possua a condição de deficiente físico para fins de classificação em concurso público. Alega que o agravado foi examinado por médico oficial do Estado de São que, por sua vez, constatou que suas limitações físicas eram mínimas. Assevera que entre a versão dos fatos relatadas por médico púbico no laudo pericial e emitida por médico particular, deve prevalecer a primeira em razão da presunção de veracidade e legalidade dos atos da administração pública. Requer o provimento do recurso para que seja cassada a liminar deferida. (fls. 01/08)

Recurso tempestivo.

Foi concedido efeito suspensivo ao recurso (fls.22).

Não houve apresentação de contraminuta (fls.27).

É O RELATÓRIO.

Roberto Cargos de Oliveira, candidato inscrito para as vagas reservadas aos portadores de deficiência para o concurso público de provas e títulos na carreira de Agente Penitenciário – CCP 082/2016, após obter aprovação em todas as fases do certame, foi, ao final, considerado não portador de deficiência física para fins de classificação no certame, conforme laudo produzido pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME (fls.18/19).

Impetrou o presente mandado de segurança em que se pretende o reconhecimento da condição de deficiente físico a fim de continuar a sua participação no certame e assumir uma das vagas para deficientes físicos para o cargo pretendido (fls. 1/10 dos autos originais), foi concedida a liminar e determinado que o autor seja, por ora, mantido no certame na condição de deficiente físico.

No caso, o autor alega ter sofrido acidente de trânsito na data de 25.06.2010, no qual, veio a fraturar a coluna cervical, passando por tratamento cirúrgico quando da ocorrência da lesão. O agravado anexou aos autos laudo de lesão corporal elaborado pelo Instituto Médico Legal – IML atestando ter sofrido lesão corporal de natureza grave em razão do acidente que agravou hérnia de disco cervical pré-existente, restando sequelas leves de limitação nos movimentos da coluna cervical e leve diminuição da força motora, sem perda permanente da capacidade para o trabalho (fls. 58/59 dos autos originais).

O impetrante anexou, ainda, declaração elaborada por médico particular

atestando que o ora agravo possui sequelas neurológicas e tem acentuado grau de limitação dos movimentos, da coluna cervical e de membros superiores, caracterizadoras de deficiência física parcial e permanente (fls. 60/61).

No entanto, o médico perito do DPME concluiu não ser o impetrante portador de deficiência na acepção legal, eis que apresentou bom estado geral e entrou na sala de perícias carregando ele próprio uma sacola de exames com a mão direita e uma mala com a mão esquerda sem dificuldade, retirando a camisa sozinho. O perito avaliou, ainda, que a coluna cervical do agravado não possui atrofia ou deformidades, realizando "amplitude de movimentos sem restrições; força muscular Grau V bilateralmente" (fls. 18/19).

Em princípio, a divergência entre as avaliações médicas só pode ser solucionada mediante dilação probatória incabível no procedimento do mandado de segurança.

No mais, depreende-se que o impetrante, num primeiro momento, não possui limitação física de monta ou severa capaz de enquadrá-lo como Portador de deficiência para fins de classificação nas vagas destinadas aos deficientes físicos.

No caso, deve prevalecer a presunção veracidade e legitimidade do ato administrativo impugnado, não sendo recomendável a presunção do desrespeito a direito líquido e certo.

Nesse sentido decido esta Corte em casos análogos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de segurança – Concurso público - Agravada que apresenta restrições físicas - Decisão recorrida que deferiu em parte o pedido para a posse da impetrante no cargo para o qual foi aprovada em concurso público, na vaga especial de deficiente físico - Insurgência - Cabimento - Necessidade de dilação probatória para provar a deficiência física da agravada - Decisão modificada Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº. 2174877-26.2016.8.26.0000, E. TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Relator: Marcos Pimentel Tamassia, julgado em 06.10.2016).

"MANDADO DE SEGURANÇA - Indeferimento de liminar - Alegação de ofensa a direito líquido e certo - Candidatas aprovadas no concurso na condição especial de PNE - Junta médica oficial que atestou não serem elas portadoras da condição especial exigida no edital e determinou à nomeação do próximo candidato - Existência de divergências entre as avaliações médicas apresentadas no momento da inscrição e a admissional - Necessidade, em princípio, de dilação probatória para o deslinde da causa - Ausência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar, especialmente o "fumus boni iuris" - Decisão agravada que não padece de ilegalidade ou abuso de poder, não comportando reforma - Agravo

Acesso ao Sumário

não provido." (Agravo de Instrumento nº 2015779-39.2015.8.26.0000, E. TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Relator: Manoel Ribeiro, julgado em 25.02.15).

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para cassar a liminar anteriormente deferida.

Assinalo, ainda, que na hipótese de oferta de embargos de declaração, o julgamento se dará virtualmente, salvo oposição expressa das partes em cinco dias contados da intimação do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2028298-75.2017.8.26.0000, da Comarca de Caieiras, em que é agravante MUNICÍPIO DE CAIEIRAS, é agravada ISABEL DE FÁTIMA FERNANDES.

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 24.360)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente sem voto), BANDEIRA LINS e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 3 de abril de 2017.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – Licença-Prêmio – Concessão – Admissibilidade – Preenchimento dos requisitos previstos na Lei Municipal nº 2.418/94 – Inexistência de ilegalidade, irregularidade, teratologia ou nulidade a recomendar a reforma da decisão recorrida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Prefeitura Municipal de Caieiras contra a respeitável decisão de fls. 304, que, nos autos da ação ordinária proposta por Isabel de Fátima Fernandes, em fase de cumprimento de sentença, apontou que a agravada preencheu o requisito temporal para a aquisição do direito à licença prêmio.

Sustenta a agravante, em apertada síntese, que, nos termos da Lei

Municipal nº 2.418/94, a servidora não cumpriu o requisito de efetivo exercício por 05 (cinco) anos em razão dos períodos em que esteve em licença médica.

Regularmente processado o recurso sem outorga do efeito suspensivo (fls. 311), foi apresentada contraminuta. (fls. 313/321).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Extrai-se dos autos que a agravada foi condenada a condicionar a concessão do benefício da licença prêmio ao preenchimento dos requisitos da Lei nº 2.418/94, a serem apurados administrativamente.

E, malgrado as argumentações da recorrente, destaca-se o decidido no acórdão exequendo que reconheceu o direito ao benefício à agravante, ressaltando que "não há previsão legal que as faltas justificadas, independentemente de quantas atingidas no período aquisitivo, estejam entre as causas que impedem o servidor a usufruir do direito".

Com efeito, a legislação municipal não consigna que o período referente à licença médica deve ser excluído do cômputo para fins de aquisição do direito à licença prêmio, não cabendo, deste modo, a interpretação restritiva adotada pela Fazenda Municipal.

Destarte, é de rigor a manutenção da respeitável decisão de primeiro.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2033028-32.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCELO GUEDES DA FONSECA PEREIRA, são agravados SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE DESPESAS DE PESSOAL DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.052)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 3 de abril de 2017.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Liminar que defere a continuidade do pagamento dos vencimentos do agravante, que está preso em razão da prisão preventiva. Pretensão de pagamento dos vencimentos atrasados desde a decretação da prisão ou desde o ajuizamento. Não cabimento. Mandado de segurança que não se confunde com ação de cobrança ou ação de procedimento comum, não produzindo efeitos patrimoniais pretéritos. Inteligência do art. 927 do NCPC e da Súmula nº 271 do STF. Ademais, liminar em sede de mandado de segurança que não se destina a regrar pagamento de fatos pretéritos, mas para cessar eventual ato administrativo. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto por Marcelo Guedes da Fonseca Pereira contra a r. decisão de fls. 13/15, que deferiu parcialmente a liminar pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado em face do Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo e Outros, para determinar a continuidade do pagamento dos vencimentos do agravante, que está preso, em razão de decretação de prisão preventiva.

O agravante, em suas razões (fls. 01/12) sustenta que a r. decisão deveria ser reformada, pois presente o direito líquido e certo, bem como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Nesse sentido, aduz que está na iminência de ter o restabelecimento dos vencimentos a que faz jus por ocupar cargo público, que foi inconstitucionalmente suprimidos, ante a prisão preventiva, além dos graves transtornos financeiros decorrentes da supressão de seus vencimentos.

Pugna pelo provimento do recurso, para a restituição dos vencimentos desde a data da distribuição da presente ação (16/12/2016) ou, subsidiariamente, para a devolução dos valores desde a data da concessão parcial da tutela de urgência (19/01/2017).

O pedido de liminar não foi deferido (fls. 54/55).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 59).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que deferiu parcialmente a liminar em mandado de segurança para determinar a continuidade do pagamento dos vencimentos do agravante, que está preso, em razão de decretação de prisão preventiva e, por outro lado, indeferiu o pleito de pagamento de valores retroativos.

Assim, pretende o agravante o provimento do recurso para que a liminar seja ampliada, para determinar o pagamento dos atrasados, desde a decretação da prisão, em 11/2016 ou desde o ajuizamento.

2. Inviável a providência.

O mandado de segurança não se confunde com ação de cobrança ou ação de procedimento comum, não produzindo efeitos patrimoniais pretéritos.

A matéria é objeto de súmula do STF, que deve ser observada por força do art. 927 do NCPC.

A súmula nº 271 coloca:

> **Súmula 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito,** os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Logo, absolutamente inviável que nesta demanda seja determinado o pagamento de períodos anteriores à impetração.

3. **O mesmo se pode dizer quanto à pretendida liminar retroativa, para alcançar o período desde a impetração até a concessão da liminar, pois a liminar não se destina a regrar pagamento de fatos anteriores,** mas serve para fazer cessar o eventual ato administrativo.

Por ora, essa a análise cabível, **sob pena de se adentrar no mérito do mandado de segurança, o que não se admite na estreita via do agravo de instrumento.**

Isto posto, **conheço e nego provimento** ao recurso, mantendo na íntegra a r. decisão de fls. 13/15.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051728-56.2017.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES, é agravado ALEXANDRE TOSHIO FUNAKI.

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 6.575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 5 de abril de 2017.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Transporte de passageiros através do aplicativo Uber. Presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar. Comprovada a natureza privada do transporte e a possibilidade de ineficácia da medida se concedida apenas ao final. Decisão que concedeu a liminar. Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 37/39 dos autos de origem, de lavra do eminente Magistrado **Dr. Bruno Machado Miano**, proferida nos autos do mandando de segurança, que deferiu a liminar, determinando à autoridade impetrada, que se abstenha de praticar quaisquer atos que impeçam ou impossibilitem o impetrante de livremente exercer sua atividade profissional de transporte privado individual de passageiros, como parceiro do UBER, deixando de aplicar, até final julgamento, as sanções previstas na Lei Municipal nº 5.947/06 (art. 21), sob pena de crime de desobediência.

É o Relatório.

Pretende o agravante a reforma da r. decisão que deferiu a liminar em mandado de segurança, em razão da inexistência de verossimilhança nas alegações do impetrante.

Alega, ainda, que o pedido para que as autoridades se abstenham de praticar quaisquer atos que restrinjam ou impossibilitem o livre exercício da atividade profissional de transporte privado individual de passageiros, como parceiro/credenciado do UBER é totalmente descabido, vez que não é possível impedir o Estado de exercer seu dever de fiscalização.

Observe-se que a matéria aqui tratada restringe-se somente à análise da presença ou não dos requisitos ensejadores da medida liminar, sem adentrar no mérito da causa.

Para a concessão de liminar em mandado de segurança, necessária a presença de fundamento relevante e a possibilidade do ato impugnado resultar na ineficácia da ordem, se concedida a final (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, III).

Acesso ao Sumário

No presente caso, presente o relevante fundamento, mormente se considerado que a Lei Municipal nº 5.947/06 regulamenta os serviços de transporte individual de passageiros em veículos automotores de aluguel – táxi, executado sob regime de permissão, portanto, com característica de serviço público, que não se aplica ao serviço desempenhado pelo agravante, qual seja, transporte de passageiro através do aplicativo Uber, de natureza privada.

Não bastasse isso, a prestação de serviços de transporte urbano de caráter privado pode ser exercida sem qualquer restrição, conforme se infere da Lei nº 12.587/12, que dispõe sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana.

Evidente, ainda, que o agravado sofrerá prejuízo de difícil reparação caso não possa exercer livremente sua atividade econômica, donde decorre a possibilidade do ato impugnado resultar na ineficácia da ordem, se concedida a final.

Nesse sentido, a jurisprudência desta C. Corte:

Mandado de segurança. Transporte privado individual Uber. Decisão que indeferiu a liminar. Vedação da atividade com base na Lei Municipal nº 13.775/2010, destinada aos taxistas, que exercem transporte público individual. Atividade prevista na Lei Federal nº 12.587/2012, que trata do transporte privado individual. Presença dos requisitos legais (art. 7º, LMS). Decisão reformada. Recurso provido (TJSP – 9ª C. Dir. Público – AI 2235314-33.2016.8.26.0000 – Rel. Moreira de Carvalho – j. 22.02.2017).

Processual civil. Liminar em mandado de segurança. Campinas. "Parceiro Uber". Vedação da atividade com base na Lei Municipal nº 13.775/2010, destinada aos taxistas que exercem transporte público individual. Atividade prevista na Lei Federal nº 12.587/2012, que trata do transporte privado individual. Presença dos requisitos legais (art. 7º, LMS). Recurso provido, confirmada a tutela recursal (TJSP – 7ª C. Dir. Público – AI 2242063-66.2016.8.26.0000 – Rel. Coimba Schimidt – j. 15.02.2017).

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Liminar. Exercício da atividade disponibilizada pelo aplicativo Uber no Município de Campinas. Pretensão mandamental voltada ao reconhecimento do suposto direito líquido e certo do impetrante de exercer livremente sua atividade econômica, obstando a autoridade apontada como coatora de atuarem fora de sua competência legal. Decisão agravada que indeferiu a medida liminar pleiteada, ante a ausência dos requisitos necessários ao deferimento da tutela de urgência inteligência do art. 7º, III da Lei nº 12.016/09. Relevância dos argumentos deduzidos em Juízo, associada ao risco de ineficácia do provimento jurisdicional. Prevalência dos princípios da liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho natureza privada do transporte individual

Acesso ao Sumário

de passageiros desempenhado pelo impetrante, cujo exercício foi previsto pelos arts. 3º e 4º da Lei Federal nº 12.857/12 e que não depende de prévia regulamentação do Poder Público. Lei Municipal nº 13.775/10 que regulamentou tão somente a execução dos serviços de transporte dos taxistas. Decisão reformada. Recurso provido, com observação (TJSP – 4ª C. Dir. Público – AI 2252524-97.2016.8.26.0000 – Rel. Paulo Barcellos Gatti – j. 06.02.2017).

Assim, presentes os requisitos ensejadores do deferimento da liminar, comprovada a natureza privada do transporte exercido pelo agravado e a possível ineficácia da medida se concedida somente a final, considerando-se a possibilidade de apreensões e imposição de multas pela autoridade coatora.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2232077-88.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DE SÃO PAULO – CDHU, é agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para suspender a execução fiscal até o cumprimento do acordo de parcelamento, vencida a 2ª Juíza, Desª Beatriz Braga, que dava parcial provimento ao recurso em maior extensão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.989)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 9 de março de 2017.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – IPTU e taxa do lixo – Exercícios de 2010 a 2012 – Município de Campinas – Exceção de pré-

Acesso ao Sumário

executividade rejeitada – Pretensão à reforma da decisão – Admissibilidade parcial – Ilegitimidade passiva *'ad causam'* – Inocorrência – Contrato de venda e compra não registrado no Cartório Imobiliário – Cabe ao legislador municipal eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no art. 34, do CTN – Questão pacificada – Súmula 399, do C. STJ – Configurada a legitimidade passiva da agravante – Imunidade recíproca – Não cabimento – Benefício que não se estende às sociedades de economia mista – Precedentes desta corte – Suspensão da execução fiscal pelo parcelamento – Coexecutada que vem adimplindo com as parcelas do acordo – Inteligência do art. 151, VI, do CTN – Inadimplemento de qualquer parcela que ensejará o prosseguimento da execução fiscal – Decisão agravada reformada em parte - Agravo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela **Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de São Paulo – CDHU** da r. decisão digitalizada nas págs. 74/76 que, em execução fiscal proposta pelo **Município de Campinas** cobrando IPTU e taxa de lixo dos exercícios de 2010 e 2012, no valor de R$ 4.928,16, rejeitou exceção de pré-executividade ao entendimento de ser ela parte legítima para ocupar o polo passivo da ação.

Insurge-se a agravante sustentando não ser parte legítima para figurar no polo passivo, eis que vendeu o imóvel a terceiro. Alega que, por ser entidade assistencial voltada para atender a programas habitacionais do Estado, possui imunidade recíproca, embora se trate de sociedade de economia mista. Argui, ainda, a impenhorabilidade da propriedade dos imóveis, porquanto inexiste relação de comércio das unidades habitacionais da CDHU com seus mutuários, mas sim um fim de interesse público social. Requer concessão de efeito suspensivo e, a final, provimento ao agravo.

Regularmente processado o recurso, o agravado foi intimado e apresentou contraminuta (págs. 83/103).

É o relatório.

O agravo comporta parcial provimento.

De acordo com a doutrina e jurisprudência dominante, a objeção de pré-

Acesso ao Sumário

executividade permite o exame de questões de ordem pública, ainda que o juízo não esteja seguro, e desde que não haja necessidade de dilação probatória. Desse modo, é possível suscitar para exame judicial matéria relativa às condições da ação, entre as quais a **legitimidade de parte**, litispendência, **higidez do título executivo**, prescrição, decadência, pagamento.

Corolário lógico consignar que a exceção de pré-executividade, como se tem entendido, é espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, na qual o executado pode promover a sua defesa, independentemente de garantia do juízo, pugnando pela extinção do processo por falta de preenchimento dos requisitos legais.

Aliás, reza a Súmula 393 do STJ:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Com efeito, trata-se de execução fiscal proposta pelo **Município de Campinas** contra **Marilsa Aparecida dos Anjos** e a agravante cobrando IPTU e taxa do lixo dos exercícios de 2010 a 2012, no valor de R$ 4.928,16.

De fato, cumpre observar dos documentos constantes dos autos que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU foi criada mediante prévia autorização da Lei estadual 905/75, com a finalidade de ***"... promover a ascensão social das famílias urbanas com renda equivalente a até cinco salários mínimos e a propiciar, em relação a essas famílias: I – redução gradual, até sua eliminação, do déficit habitacional; II – atendimento da demanda de habitações das novas famílias; III – condições para melhoria e ampliação das habitações já existentes; IV – acesso aos serviços urbanos essenciais; e V – estímulo e fortalecimento da capacidade de organização comunitária".***

Insta consignar, a título de esclarecimento, que a Lei municipal n.º 13.083/2007 expressamente prevê hipótese de remissão de créditos tributários inscritos ou não em dívida ativa incidentes sobre imóveis de propriedade da CDHU, inclusive os relativos ao período cobrado nesta execução fiscal, mas que, no caso vertente, não tem aplicação em razão do disposto no § 1.º, do art. 9, de referida lei:

> "Art. 9º-A - Ficam remitidos, até a data da promulgação desta Lei, os créditos tributários inscritos ou não na dívida ativa do Município ou em cobrança judicial, incidentes sobre os imóveis de propriedade da Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano do Estado de São Paulo - CDHU, relativos ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana IPTU e taxas imobiliárias, assim como emolumentos para exame, verificação e licença de execução. (acrescido pela Lei nº

Acesso ao Sumário

14.921, de 24/11/2014)

§ 1º - A remissão prevista no caput deste artigo não se aplica aos imóveis compromissados à venda pela CDHU.

Em outras palavras, o imóvel tributado foi compromissado à venda, de forma que se reputa devida a cobrança.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva *'ad causam'*, sem razão a agravante.

Consigne-se que o contrato de cessão de posse e promessa de compra e venda de pág. 61 não foi levado a registro, de forma que a agravante permanece na condição de proprietária do imóvel no Cartório Imobiliário, não sendo possível excluí-la do polo passivo da ação, menos ainda reconhecer a alegada ilegitimidade passiva *'ad causam'*.

A esse respeito, o C. STJ, por sua Primeira Turma, deixou assente caber ao legislador municipal eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações insertas no art. 34, do CTN, que define como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título, podendo a autoridade administrativa optar por um ou outro, com vistas a facilitar o procedimento de arrecadação.

Oportuno consignar que vários outros precedentes seguiram-se na mesma trilha, no sentido de ser permitida a concomitância do titular do domínio útil do imóvel e do seu possuidor a qualquer título, quanto à sujeição passiva da relação jurídico-tributária. Mister conferir especial destaque ao REsp nº 752.815/SP, relatado pelo Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 15.03.2007, no qual restou patente que a existência de possuidor, apto a ser considerado contribuinte de IPTU, não teria o condão de implicar a exclusão automática do titular do domínio, ou seja, aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis, do polo passivo da obrigação tributária, de modo que o possuidor, na qualidade de compromissário-comprador, pode ser tido como contribuinte do IPTU, em conjunto com o proprietário do imóvel.

Estes entendimentos do C. STJ consolidaram-se, rumando na edição da Súmula 399:

"Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU (Imposto predial e territorial urbano)".

Destarte, verifica-se que a hipótese vertente corresponde ao sufragado entendimento do STJ, nos termos do REsp n.º 1.111.202/SP, que ora se transcreve:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR).

Acesso ao Sumário

1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

2. **A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU**. Precedentes REsp nº 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.6.2008; (...) 3. Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (...) Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08". (REsp nº 1.111.202/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 18.6.2009) – **grifei.**

Assim, o fato de ter sido alienado o imóvel a terceiro não conduziria à exclusão automática do titular do domínio, ou seja, aquele que tem a propriedade registrada no Cartório de Imóveis, do polo passivo da obrigação tributária, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva *'ad causam'* da agravante, cujo nome ainda consta como proprietária do imóvel na certidão do Cartório Imobiliário.

Nesse sentido já se posicionou esta E. 18.ª Câmara de Direito Público:

"Execução Fiscal – IPTU – Isenção concedida pela Lei Municipal n.º 2.316, de 21/11/1990 à CDHU para imóveis enquanto estiverem em seu domínio Execução promovida contra a mutuária – Incidência da Súmula 399 do STJ – Recurso improvido" (Agravo de instrumento n.º 994.09.259225-0, Rel. Osvaldo Capraro, j. 04/02/2010) - grifei.

Portanto, fica afastada a alegação de ilegitimidade passiva *'ad causam'* da agravante.

No que se refere à imunidade recíproca, preservados entendimentos em sentido contrário, a agravante não faz jus à imunidade tributária.

Isto porque, conforme dispõe o parágrafo 2.º, do art. 173, da Constituição Federal, "*as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado"*.

Com efeito, tenho que às sociedades de economia mista não deve ser estendido o benefício da imunidade tributária previsto no art. 150, VI, "a", da CF, pois se trata de empresa com patrimônio próprio e que recebe tarifa, atuando, verdadeiramente, sob regime de direito privado, aplicando-se ao caso a exceção prevista no §3º do art. 150, da C.F:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2.º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3.º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com **exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel."(grifei)**

O festejado jurista Roque Antonio Carrazza, assim se manifesta sobre a previsão constitucional do § 3.º do supracitado artigo:

"Com a só leitura deste parágrafo já percebemos que, sempre que uma pessoa política explorar atividades econômicas, sujeita-se aos impostos pertinentes (IPI, ICMS, imposto sobre a importação, etc.). O princípio da imunidade recíproca já não vale para ela. Assim, por exemplo, mantém armazéns para que seus funcionários neles adquiram produtos, não há como considera-la imune ao ICMS. Pelo contrário, como qualquer pessoa privada, é passível de ser acolhida por este imposto.

(...)

Em suma, quando a pessoa política desempenha atividades tipicamente privadas o princípio da imunidade recíproca não a beneficia. Ele só alcança quando desempenha suas funções típicas (atividades públicas, isto é, estatais propriamente ditas).

A imunidade também não beneficia as pessoas políticas enquanto exercem atividades econômicas, mediante contraprestação ou recebimento de preços ou tarifas. (in, Curso de Direito Constitucional Tributário, 26ª ed., Ed. Malheiros, 2010, fls. 75).

De fato, cumpre observar que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU foi criada mediante prévia autorização da Lei estadual 905/75, conforme explicitado, tendo por função precípua atuar no desenvolvimento habitacional e econômico, em especial à população de baixa renda.

No entanto, não obstante seu capital social seja majoritariamente público,

Acesso ao Sumário

fato é que se trata de sociedade de economia mista, sujeita ao regime jurídico de direito privado, não fazendo jus a qualquer benefício fiscal, ao teor do art. 173, § 2.º, da Constituição Federal:

> "Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". (...)
>
> "§ 2.º - As empresas públicas e as **sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios não extensivos às do setor privado". - grifei -**

A respeito do tema, colaciona Leandro Paulsen, in "*Direito Tributário: Constituição e Código Tributário*", 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010:

> "(...) Em regra, não alcança empresas públicas e sociedades de economia mista. As empresas públicas e sociedades de economia mista estão excluídas da imunidade, não sendo beneficiadas, salvo quando **prestadoras de serviço público em regime de monopólio**" (p. 226, nota 6 ao art. 150, VI, "a", CTN).
>
> "(...) A *contrario sensu*, as empresas públicas e as sociedades de economia mista poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis às do setor privado, se prestadoras de serviço público, exercido em regime de exclusividade" (p. 430, nota 1 ao art. 173, § 2.º, CTN).

Como se pode ver, esse não é o caso da CDHU que, embora tenha objeto social dirigido ao atendimento de projetos habitacionais populares e à promoção de desenvolvimento urbano no Estado de São Paulo, certo é que tal atividade confronta com a de outras empresas do setor privado, o que impede lhe seja concedida imunidade recíproca, sob a pena de violação do princípio da isonomia e da livre concorrência.

Nesse sentido, já se posicionou a 15.ª Câmara de Direito Público:

> APELAÇÃO – EXECUÇAO FISCAL – IPTU – Exercícios de 2008 a 2011 – Município de Francisco Morato – **Imóvel tributado pertencente à CDHU – Alegação de imunidade recíproca – Descabimento, eis que o benefício não se estende às sociedades de economia mista** – Precedentes desta Corte – RECURSO PROVIDO" (Apelação nº 0903956-73.2012.8.26.0197, rel. Des. Rodrigues de Aguiar, j. 06/11/2014) - **grifei.**

E também a 14.ª Câmara de Direito Público:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU – Exercícios de 2008 a 2011 – Decisão que rejeitou exceção de pré-executividade – **Alegação de imunidade recíproca – Descabimento – Benefício que não se estende às sociedades de economia mista** – Precedentes desta

Acesso ao Sumário

Corte – Honorários advocatícios – Sucumbência indevida na hipótese de rejeição da exceção. Recurso parcialmente provido" (Agravo de instrumento nº 2032121-96.2013.8.26.0000, rel. Des. João Alberto Pezarini, j. 12/12/2013) – **grifei.**

Esta 18ª Câmara também já decidiu nesse sentido quando do julgamento da **Apelação n.º 2193675-06.2014.8.26.0000, da comarca de Botucatu.**

Difere-se, portanto, a agravante de empresas delegatárias do serviço público que atuam em regime de monopólio, tais como a ECT e a Infraero, pois, neste caso, se equiparam à pessoa política delegante e se beneficiam do princípio da imunidade recíproca.

No caso vertente, a contrário senso, em se tratando de empresa que não detém o monopólio estatal, não se aplica a hipótese da imunidade recíproca prevista no § 2º do art. 150, da CF, mas sim a exceção contida no § 3º do referido artigo.

Some-se a isso o entendimento da mais abalizada doutrina no seguinte sentido, ao qual me filio:

"Todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, como entidades paraestatais que são, devem ajustar-se ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas, porque, como já visto, todas exercem, em sentido amplo, atividades econômicas. Desse modo, não importará se o objeto é a prestação de serviço público ou o desempenho de atividade econômica stricto sensu. Na medida em que o Estado as instituiu, cobrindo-lhe com as vestes do direito privado, deve arcar com os efeitos tributários normais incidentes sobre as demais empresas privadas. A imunidade e os privilégios fiscais só se justificam para as pessoas de direito público, estas sim representando o próprio Estado. Por outro lado, não conseguimos vislumbrar no § 2º do citado art. 173 da CF amparo para essa distinção: ***as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*** *Desse modo, não podemos aceitar essa visão que privilegia tributariamente o Estado no que toca às entidades paraestatais, quando ele mesmo tem à sua disposição outros mecanismos (administração direta, autarquias, fundações públicas) suscetíveis da incidência desses privilégios, como emana do texto constitucional."* (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (Manual de Direito Administrativo, Lumen Juris, 20ª Ed, 2008, pp. 473) - grifos nossos -

Portanto, independentemente de a empresa pública ou a sociedade de economia mista prestar serviço público ou não, via de regra, reveste-se primordialmente de atributos de pessoa jurídica de direito privado, inclusive quanto às obrigações tributárias.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, fica afastada também a alegação de imunidade.

Apenas em um ponto a r. decisão agravada merece reparo.

Cumpre destacar que o próprio Município-exequente, em sua contraminuta, informou que o débito fiscal exequendo foi parcelado e está com pagamento em dia pela coexecutada (págs. 104/107).

Assim, desnecessária a inscrição do acordo de parcelamento em dívida ativa, posto que a dívida já foi submetida a controle administrativo de legalidade pelo órgão competente para apuração de sua liquidez e certeza do crédito, para que fosse possível o ajuizamento da execução fiscal (§3º, do art. 2º, da Lei n.º 6.830).

O que se está executando nos autos em análise não é a transação de parcelamento ou seu saldo, mas a dívida que lhe deu ensejo e se configura no objeto do acordo.

Cumpre esclarecer, ainda, que a execução pode prosseguir pelo saldo devedor, mediante simples cálculo aritmético, sendo desnecessária nova inscrição em dívida ativa do saldo devedor (em caso de não pagamento integral do acordo) e emissão de nova CDA, até porque o nome da executada Marilsa Aparecida dos Anjos constou expressamente da CDA de págs. 25 que embasa a execução fiscal.

Ademais, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão do parcelamento está prevista no inciso VI, do art. 151, do CTN, sendo o caso de suspender a execução enquanto o acordo estiver sendo adimplido pela coexecutada, não se vislumbrando a possibilidade de reconhecimento da falta de higidez do título executivo, nem mesmo de proceder-se à penhora.

Vale observar que a coexecutada Marilsa Aparecida dos Anjos compareceu espontaneamente ao órgão municipal requerendo administrativamente o parcelamento da dívida, demonstrando que teve ciência da dívida tributária e do valor total cobrado, tanto que confessou ser devedora e comprometendo-se a quitar o montante de forma parcelada.

De fato, o parcelamento administrativo do débito não corresponde à transação, traduzindo-se na confissão da dívida pelo devedor, sem extinção da obrigação tributária, uma vez que tal avença extrajudicial permite suspender a exigibilidade do crédito tributário, aguardando-se o cumprimento do parcelamento (art. 151, VI, do CTN), pois, na hipótese de a coexecutada deixar de adimplir o prometido, a execução poderá voltar a tramitar regularmente sem a necessidade de que outra seja manejada trazendo mais sobrecarga ao Judiciário.

Ademais, importa mencionar que a extinção da execução, que acarretaria também a do crédito tributário, somente ocorreria, nesse passo da execução, se a coexecutada quitasse integralmente o crédito tributário (art. 156, I do CTN).

Todavia, parcelou o débito e vem adimplindo até o momento com suas

obrigações, conforme termos de acordo, segundo informado pelo Município-exequente.

Portanto, a adesão ao programa de pagamento parcelado do tributo pela contribuinte, na forma regulada e autorizada pelo legislador, encerra nítido reconhecimento da obrigação tributária pela devedora, obstando a extinção da ação executiva, que deverá ter regular prosseguimento, observada a suspensão da ação, enquanto fielmente cumprido o acordo.

Não podemos olvidar que, nos termos do art. 792 do CPC/73, aplicado subsidiariamente à Lei de Execução Fiscal, nos termos do artigo 1º da Lei 6.830/80, ***"Convindo às partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação"***, o que ocorre no caso vertente.

Dessa forma, cabe reformar, em parte, a decisão agravada apenas para o fim de reconhecer que a execução fiscal se encontra suspensa pelo parcelamento do débito (art. 151, VI, do CTN), não havendo que se falar, neste momento, em penhora.

Caso seja inadimplido pelo contribuinte, o crédito tributário correspondente retomará a sua exigibilidade, com prosseguimento da ação executiva.

Ante o exposto, **dá-se provimento parcial ao agravo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009304- 96.2017.8.26.0000, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é agravante SILVIA REGINA BUZZI DE BEM, são agravados SPPREV – SÃO PAULO PREVIDÊNCIA e 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: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.605)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Incidência de imposto de renda em pagamento de indenização por danos materiais – Não cabimento – Inteligência

do decidido pelo STJ no julgamento do REsp. nº 1.152.764-CE, pelo rito dos recursos repetitivos – Precedentes – Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento contra a decisão de fls. 44/47 e 52, que acolheu em parte impugnação ao cumprimento de sentença, entendendo pela incidência de imposto de renda em pagamento de indenização por danos materiais.

A agravante alega que não incide imposto de renda sobre verbas de natureza indenizatória, nos termos da jurisprudência transcrita (fls. 01/05).

Processado sem a atribuição de efeito suspensivo (fls. 55), foram oferecidas contrarrazões (fls. 61/63).

Recurso tempestivo, com gratuidade (fls. 07), sem oposição quanto à realização do julgamento virtual.

É o relatório.

A recorrente é servidora pública inativa que ajuizou ação de procedimento comum pedindo o pagamento de indenização por danos materiais em razão de demora da Administração para expedição de certidão de tempo de contribuição, pretensão parcialmente acolhida pelo acórdão de fls. 14/19, de minha relatoria, determinado o pagamento do montante indenizatório segundo os critérios descritos às fls. 18.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, a Fazenda do Estado de São Paulo apresentou impugnação apontando excesso nos cálculos apresentados pela credora (fls. 26/33), o que foi parcialmente acolhido pela decisão de fls. 44/47 e 52, ora atacada.

A decisão agravada resolveu outras questões relativas ao crédito (como, por exemplo, os encargos incidentes), todavia, nesta fase, a discussão está limitada à incidência do imposto de renda no pagamento a ser realizado.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgamento realizado pelo rito dos recursos repetitivos, já pacificou o entendimento de que não incide imposto de renda em pagamento de indenização por dano moral (REsp. nº 1.152.764-CE, rel. Min. Luiz Fux, j. 23/06/2010).

Todavia, naquele julgamento foi invocada a lição de Hugo de Brito Machado (*in Regime Tributário das Indenizações*, Dialética), transcrita na própria ementa do acórdão, na qual restou expressamente consignado que:

"Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. ***Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre***

da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto.

(...)

Configurado esse panorama, tenho que aplicar o princípio de que a ***base de cálculo do imposto de renda (ou de qualquer outro imposto) só pode ser fixada por via de lei oriunda do poder competente. É o comando do art. 127, IV, do CTN. Se a lei não insere a "indenização", qualquer que seja o seu tipo, como renda tributável, inocorrendo, portanto, fato gerador e base de cálculo, não pode o fisco exigir imposto sobre essa situação fática****."* (negrito e sublinhado nosso).

Ou seja, ainda que aquele julgamento tenha enfrentado a questão da indenização por dano moral, o mesmo entendimento se aplica a indenização por dano material. Nesse sentido, afastando a incidência do imposto de renda em outros casos envolvendo reparação de danos materiais: STJ, AgRg no REsp. nº 1.457.830-RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 16/09/2014, AgRg no AREsp. Nº 40.019-BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11/12/2012.

Deste modo, o inconformismo recursal deve ser acolhido, pois incabível a incidência do imposto de renda no pagamento a ser realizado.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006596-73.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PLANETA NOVE MERCADORIA E COMUNICAÇÃO LTDA., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª 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 30.362)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 7 de abril de 2017.

ERBETTA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: NULIDADE DA CDA – Taxa de licença – Alegada ausência de comprovação da notificação do lançamento – Inocorrência – Dever do contribuinte em demonstrar o alegado vício na constituição do crédito – Precedente do STJ ao qual se imprimiu o regime do art. 543-C do CPC de 1973, sistemática essa atualmente disciplinada pelos arts. 1.036 e seguintes do NCPC – Recurso não provido.

LEGITIMIDADE PASSIVA – Execução fiscal – Taxa de licença – Município de São Paulo – Insurgência contra a decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade – Descabimento da objeção, "in casu", por depender da produção de provas a solução da questão – Documentos encartados pela recorrente que se mostram insuficientes para afastar a presunção de veracidade dos títulos executivos – Recurso não provido.

PRESCRIÇÃO – Execução fiscal – Taxa de licença – Exercícios de 2003 a 2008 – Município de São Paulo – Alegada ocorrência da prescrição – Inocorrência – Retomada do prazo com o ajuizamento da execução – Precedente do STJ ao qual se imprimiu o regime do art. 543-C do CPC de 1973 – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta. Busca a agravante a reforma do *decisum* aos seguintes argumentos, em resumo: o executivo fiscal deve ser extinto, pois o lançamento efetivado pela Municipalidade sem a devida notificação ao contribuinte é nulo; ademais, há ilegitimidade de parte, eis que a sociedade estabelecida em São Paulo é a "Promovisão Promoções e Merchandsing Ltda.", pessoa jurídica distinta da agravante; por fim, parte dos créditos tributários, referente aos exercícios de 2003 a 2005, está prescrita.

Regularmente processado sem a concessão do efeito suspensivo, seguindo-se com contraminuta.

É o relatório.

Não comporta acolhida o recurso.

Trata-se de execução fiscal que versa sobre taxa de licença dos exercícios

Acesso ao Sumário

de 2003 a 2008, conforme se verifica das CDAs que acompanham a inicial (fls. 24/29).

Por primeiro, no que toca à alegada nulidade do lançamento por ausência de notificação, há de ser observado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça assentado no âmbito do REsp nº 1.114.780/SC segundo o qual milita em prol da Fazenda a presunção de validade do lançamento do tributo por meio do envio do carnê ao endereço da devedora, cabendo a esta comprovar o não recebimento.

Registre-se que, no presente caso, as CDAs que instruem a inicial do executivo fiscal indicam as datas em que a agravante foi notificada, isto é, em 20/12/08 (fls. 24) e 19/03/09 (fls. 25/29).

Convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar questão semelhante à trazida nestes autos, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 742.770-PR (2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 01/10/15, DJe 09/10/15), assim se pronunciou:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO DO IPTU. ENTENDIMENTO FIXADO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.111.124/PR. REGULARIDADE DA COBRANÇA. SÚMULA 7/STJ E 280/STF.

(...)

2. Há nesta Corte jurisprudência consolidada no sentido de que a notificação do lançamento do IPTU e das taxas municipais ocorre com o envio da correspondente guia de recolhimento do tributo para o endereço do imóvel ou do contribuinte, com as informações que lhe permitam, caso não concorde com a cobrança, impugná-la administrativa ou judicialmente.

(...)

Agravo regimental improvido".

Quanto à invocada ilegitimidade passiva, cumpre dizer que, de regra, a via mais adequada para a suscitação da questão é a dos embargos, nada impedindo, todavia, por consultar a economia processual, o conhecimento da mesma por meio da chamada exceção de pré-executividade, que encontra amparo legal no parágrafo único do art. 803 do NCPC, e que vinha sendo admitida pela Doutrina e pela Jurisprudência, desde que não se vislumbre nessa iniciativa mero expediente destinado a burlar o escoamento do prazo para os embargos.

No caso, foi acertada a rejeição da exceção de pré-executividade neste aspecto, por requerer o desate da controvérsia dilação probatória, descabida no âmbito da exceção, dados os seus contornos.

Com efeito, a documentação apresentada pela agravante não se mostra

Acesso ao Sumário

suficiente para a conclusão em torno da inexistência de relação jurídica entre ela e o Município de São Paulo.

Anote-se que o contrato social e o extrato da Junta Comercial relativo à Promovisão Promoções e Merchandising Ltda. (fls. 50/55), empresa distinta que o recorrente alega ser a efetiva prestadora de serviços no local da autuação (São Paulo), indicam que o início de suas atividades se deu somente em 02/01/07, data posterior aos primeiros exercícios cobrados no executivo fiscal.

Assim, não conseguiu a recorrente afastar a presunção de veracidade que milita em favor dos lançamentos impugnados.

Feitas essas considerações, passa-se à análise da alegada ocorrência da prescrição.

Consigne-se, de início, que as razões de inconformismo neste ponto estão dissociadas do caso, eis que o crédito excutido provém de taxa (fls. 24/29) e não ISS como alega a agravante.

De todo o modo, no tocante ao tema da prescrição, há de ser observado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça assentado por ocasião do julgamento do REsp 1120295/SP (1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, v.u., em 12/05/10, DJe de 21/05/10), cujo acórdão respectivo foi submetido ao regime do art. 543-C do CPC de 1973, e de cuja ementa extrai-se:

"(...).

16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

(...)".

A propósito da taxa, considera-se constituído o crédito respectivo com o lançamento, que se aperfeiçoa com a notificação para o pagamento.

Assim, no caso de que se cuida, a constituição definitiva do crédito exequendo ocorreu com a notificação do contribuinte, isto é, em 20/12/08 (exercício de 2003) e 19/03/09 (exercícios de 2004 a 2008), marcos a partir dos quais começou a correr o quinquênio prescricional.

Acesso ao Sumário

No entanto, com a propositura desta execução em 14/10/09, interrompeu-se nessa data e antes de seu esgotamento a fluência do prazo prescricional, retomando-se, a partir de então, por inteiro sua contagem.

À vista dessas considerações, então, o caso é de se confirmar, porque escorreita, a respeitável decisão agravada.

Na conformidade do exposto, então, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2029311-12.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SAMUEL ANTONIO ZANFERDINI.

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 14.627)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Obrigação de fazer – Modificação na aposentadoria do impetrante – Contagem de tempo especial e regra de paridade e integralidade – Execução provisória – Inadmissibilidade – Vedação de acordo com a regra legal e com a jurisprudência – Inteligência dos artigos 7º, §§ 2º e 5º, da Lei nº 12.016/09 e art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 – Necessidade de trânsito em julgado. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **São Paulo Previdência SPPrev e outra**, contra decisão interlocutória do Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (fls. 95/97 do processo digital de primeiro grau), em mandado de segurança impetrado por **Samuel Antonio Zanferdini**. O recurso é tirado de decisão que rejeitou impugnação, autorizando a execução provisória de obrigação de fazer.

As agravantes pretendem o provimento do recurso para a reforma integral da r. decisão, arguindo, em resumo, que no caso existe vedação legal à execução provisória.

Deferida a antecipação da tutela recursal, foram dispensadas informações e houve resposta ao recurso.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O agravado impetrou mandado de segurança para ter reconhecido seu direito à contagem de tempo especial para fins de aposentadoria, com regra de paridade e integralidade, o que foi reconhecido pelo acórdão, em apelação, cujo cumprimento se objetiva.

Todavia, é incontroverso que não houve trânsito em julgado no quanto decidido.

Não obstante os argumentos lançados, a decisão recorrida comporta reparo.

O art. 1.059 do novo Código de Processo Civil expressamente determina a aplicação do disposto nos arts. 1º a 4º da Lei 8.437/92 e no art. 7º, §2º, da Lei 12.016/2009 à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública.

E conforme consta do parágrafo 2º do art. 7º da Lei do Mandado de Segurança:

> *"§ 2º. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza"* (Grifei).

Em cotejo com isso, também é necessário observar o caso sob a luz das disposições contidas na Lei nº 9.494/97, que, em seu art. 2º-B, determina:

> *"Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado".*

Portanto, em razão das hipóteses elencadas nesses dispositivos legais, dentre as quais se incluem "*a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza*", não se admite qualquer forma de provimento antecipatório ou de execução provisória, situações para as quais se exige o prévio trânsito em julgado.

Imperioso, portanto, diante da legislação específica que incide no caso em tela, aguardar o trânsito em julgado para que se faça o cumprimento da obrigação de fazer pretendida, que implica em modificação na aposentadoria do impetrante, com extensão de vantagens e pagamentos.

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

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011260-38.2005.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante IZABELLA BAPTISTA LUIZ (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.995)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais, morais e estéticos. Parto. Distócia de ombro. Lesão de plexo braquial. Paralisia do braço direito.

1. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Julgador que evidencia a presença de elementos suficientes para a formação de seu convencimento, fundamentando de maneira suficiente e motivada as razões que o levam a decidir de determinada maneira. Exegese dos artigos 370 e 371 do CPC/2015 e artigo 93, X, da CF. Inexistência de nulidade do laudo simplesmente porque produzido por órgão estatal.

2. Parturiente obesa e feto não macrossômico. Inexistência de elementos que indicassem a realização de cesárea ao invés do parto normal. Gestante que respondeu ao parto normal induzido. Elementos de prova utilizados no processo que não demonstram, em nenhum momento, a responsabilidade dos requeridos em indenizar a autora. Por mais comoção que a

Acesso ao Sumário

situação relatada nos autos possa provocar, é certo que no caso dos autos não se evidenciou ato ilícito pela má prática médica que pudesse ser tido como causa eficiente da lesão sofrida. Improcedência do pleito indenizatório. Apelação não provida.

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de **recurso de apelação** interposto em face da r. sentença de fls. 540/545 que julgou improcedente a ação de reparação de danos ajuizada por **IZABELLA BAPTISTA LUIZ** em face da **UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP** e da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais, morais e estéticos, decorrentes de lesão do plexo braquial sofrida pela autora durante o parto, em razão de distócia de ombro, o que lhe ocasionou paralisia do braço direito e, por consequência, sua incapacidade parcial.

Inconformada, recorre a autora (fls. 551/561) sustentando, em preliminar, o cerceamento de defesa pela não designação de audiência para oitiva de testemunhas, além a imprestabilidade do laudo pericial produzido, que seria inconclusivo e parcial, eis que produzido por órgão público do Estado de São Paulo. No mérito, assevera, em síntese, a culpa do hospital público por não ter realizado cesárea, o que evitaria o dano, especialmente em se considerando tratar de gestante obesa e feto macrossômico; a permanência da parturiente por mais de 17 horas na espera do parto; ausência de tratamento após o nascimento da autora, sobrevindo alta imediatamente; a realização do parto normal sem se levar em conta os riscos inerentes, com desconsideração dos exames de pré-natal; a incapacidade da autora, que possui o braço direito atrofiado por conta da conduta médica inapropriada.

Recurso recebido **(fl. 562)** e contra-arrazoado a **fls. 565/571**. Cumpre anotar que a d. Procuradoria de Justiça, por parecer da ilustre Procuradora Regina Krauter Paim Pamplona, manifestou-se pelo não provimento do recurso **(fls. 577/589).**

Acesso ao Sumário

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. A r. sentença deve ser mantida.

2. Cumpre inicialmente salientar que o caso dos autos chegou ao meu conhecimento quando da prolação da anterior sentença de **fls. 382/388**, a qual foi anulada por meio do v. aresto de **fls. 446/456** para determinar o refazimento da perícia por outro profissional médico qualificado e especializado em obstetrícia. Cumprida a diligência, e novamente sentenciado o feito, tornam os autos para análise de nova apelação.

3. Extrai-se dos autos que **IZABELLA BAPTISTA LUIZ**, menor, apresenta paralisia do braço direito, em razão de lesão do plexo braquial sofrida durante seu parto, em razão de distócia do ombro, razão porque ajuizou a presente ação em face da **UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP** e da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais, morais e estéticos, sob o fundamento de que houve erro no procedimento de parto realizado no **HOSPITAL ESTADUAL DE SUMARÉ**, pertencente ao **ESTADO DE SÃO PAULO** e administrado pela referida universidade.

3.1. A pretensão inicial funda-se na alegação de que deveria ter sido realizada cesárea, porque a parturiente pesava 104,6 kg e a bebê, ora autora, possuía mais de 4 kg e nasceu com 51 cm, fatores de risco que desaconselhavam o parto normal realizado, dando ensejo à necessidade do procedimento adotado, com o uso de fórceps, que teria ocasionado a lesão do plexo braquial.

4. Preliminarmente, não há falar em cerceamento de prova. A apelante requer seja declarada nula a sentença pretendendo o regresso à fase instrutória para a produção de prova testemunhal, bem como refazimento da prova pericial, eis que no seu sentir, a realizada nos autos seria inconclusiva e estaria maculada de vício, já que produzida por órgão público do Estado de São Paulo.

4.1. Nulidade, contudo, não há. Isso porque tem o juiz, como destinatário da prova produzida nos autos, a faculdade de indeferir as diligências que lhe pareçam inúteis ou meramente protelatórias, possuindo, inclusive, a prerrogativa de julgar antecipadamente o feito, caso evidencie nos autos a presença de elementos suficientes para a formação de seu convencimento. No caso dos autos, em que pese quando da prolação da primeira sentença a prova pericial fosse, de fato, inconclusiva, com a complementação havida ficou possibilitado à julgadora monocrática apontar os motivos pelos quais decidiu pela improcedência do feito, embasando-se nas conclusões trazidas a juízo pelo perito de confiança, em estrita conformidade com o princípio do livre convencimento motivado, na perfeita exegese dos artigos 370 e 371 do CPC/2015 e artigo 93, inciso X, da Constituição Federal.

4.2. O simples fato de a perícia técnica ter sido produzida por órgão do Estado de São Paulo não traz em si nulidade – e nesse passo, não aponta a apelante, de maneira concreta, os motivos que a fazem acreditar tratar-se de laudo parcial –, e a colheita de prova testemunhal não teria o condão de afastar o quanto demonstrado pela prova técnica produzida.

5. Superado tal ponto, no mérito, o recurso não comporta provimento.

6. Com efeito, como se sabe, a Constituição de 1988 prevê a responsabilidade objetiva do Estado nos termos de seu artigo 37, § 6º. Compete ao autor da ação indenizatória o ônus de demonstrar que sofreu dano, em razão

Acesso ao Sumário

de ação ou omissão levada a efeito por determinado ente da Administração para que haja a obrigação de indenizar do Estado. Como ensina Marçal Justen Filho ('Curso de Direito Administrativo', p. 1.077, Saraiva): '... O ponto fundamental reside, então, na disciplina jurídica da atividade estatal, para efeito de verificação de juridicidade e de antijuridicidade. A objetivação da culpa. É mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. 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.'

6.1. No caso de dano moral, a configuração de ilícito que gere prejuízos ou danos à vítima, à sua imagem e honra, deve estar evidenciada, desde que, contudo, não sejam abrangidos os atos praticados no exercício regular de um direito. Ressalte-se que o dever de indenizar do Estado é bastante mais complexo do que pode indicar uma leitura apressada do art. 37, e parágrafos, da Constituição. Com efeito, pode ser a responsabilidade civil objetiva ou não, mas sempre decorre da presença dos seguintes elementos (mínimos): dano, conduta lesiva e nexo de causalidade entre eles.

7. Pois bem. No caso dos autos o nexo de causalidade entre a conduta médica e o dano gerado à autora não está demonstrado. Em que pese seja incontroverso nos autos que a autora sofreu lesão do plexo braquial, ficando com paralisia do membro superior direito, os elementos de prova utilizados no processo não demonstram, em momento algum, a responsabilidade dos requeridos em indenizar a autora. Por mais comoção que a situação relatada nos autos possa provocar, é certo que no caso dos autos não se evidenciou ato ilícito pela má prática médica que pudesse ser tido como causa eficiente da lesão sofrida.

8. A perícia médica atestou pouco valor de prognóstico na análise do risco de distócia de ombro: "a distócia de ombro é um evento impossível de ser previsto. Os fatores de risco não são específicos. Por mais experiente que seja o obstetra existem situações em que o desprendimento do feto é virtualmente impossível. (...) Muitas vezes lesões como a fratura de clavícula e lesão do plexo braquial ocorrem em consequência de uma tração excessiva necessária para salva a vida do concepto. Existem casos descritos de lesão do plexo braquial em partos espontâneos, não assistidos. Desse modo podemos inferir que a lesão do plexo braquial nem sempre está associada à tração excessiva do feto podendo ocorrer independente da manobra obstétrica." **(fl. 476)**

Acesso ao Sumário

8.1. Em se tratando de condição quase impossível de ser prevista, resta saber se o caso dos autos evidenciava a presença de fatores que, pela medicina,

indicariam a realização de cesárea a fim de evitar o dano à integridade corporal da autora e de sua genitora.

8.2. Nesse passo, não se olvida que sua mãe era gestante obesa, eis que a parturiente possuía 147,5 centímetros de altura **(fl. 519)** e pesava, no momento do parto, 104 quilos. Sob outra ótica, é certo que a autora nasceu com 4.125 gramas **(fl. 474 e 520).** Entretanto, restou evidenciado que a obesidade isolada não era fator que determinava a realização de cesárea, ademais, o peso da autora no momento do parto não a classificava como feto macrossômico – "o RN do sexo feminino pesou 4125g (não macrossômico)" **(fl. 520).**

8.3. O laudo pericial complementar acostado aos autos assegura que "os dados do exame obstétrico das **fls. 187** eram compatíveis com feto não macrossômico pela altura do fundo uterino e a vitalidade fetal estava presente" **(fls. 519/520);** "não temos registros de que o peso fetal era maior que 4000g nos autos enviados (carteira de pré-natal)" **(fl. 520);** "não houve indicação obstétrica para cesárea. O parto normal é parto a ser realizado sempre que não existir contraindicações. A obesidade isolada não está no rol das indicações de cesárea seja absoluta ou relativa" **(fl. 522);** "(...) no presente caso a obesidade isolada não era fator de risco, pois o feto não era macrossômico. A periciada ao ser internada não estava em trabalho de parto e o trabalho de parto foi induzido e respondeu à indução" **(fl. 523).**

9. Na linha do quanto comprovado, tem- se que muito embora a mãe da autora fosse obesa, tal condição não indicava, por si só, a necessidade de realização de cesárea. O peso da autora até a última consulta de pré-natal não ultrapassava 4 quilos, permitindo concluir que atingiu o patamar de 4.125 gramas nos últimos dias que antecederam o parto, não alcançada, ainda assim, a condição de feto macrossômico, reitere-se. Nesse passo, pertinente a observação feita pela julgadora monocrática de que "nenhum indicativo de parto cesáreo havia, não sendo certo afirmar que pelo peso da mãe ou pelo tamanho do feto, havia indicação de parto cesáreo, caso contrário nenhuma mulher considerada obesa daria à luz de parto vaginal, como é muito comum em países da Europa e dos Estados Unidos da América."

10. Note que a hipótese de adoção de método com fórceps foi afastada pela perícia médica **(fl. 523),** que também consignou que "o trabalho de parto foi induzido com emprego de droga capaz de estimular as contrações uterinas e o trabalho de parto ao se instalar seguiu dentro do tempo esperado para primigesta. O exame para admissão foi às 16h: 22min. E às 9 h: 38min. ocorreu a expulsão fetal fls. 195. O período expulsivo durou 8 minutos conforme registros do partograma, fls. 195." **(fl. 520).**

11. E relativamente à alegação de não foi prestado nenhum tratamento após o nascimento da autora, sobrevindo alta imediatamente, é certo que o laudo

Acesso ao Sumário

pericial afasta tal argumento ao atestar que "A criança nasceu pesando 4.125grs e 51 cm. Não chorou. O APGAR foi 4 e 7. Durante o parto teve paralisia do plexo braquial. Recebeu alta com três dias de vida. Em casa começou com febre alta e choro intenso. Retornou ao hospital e permaneceu internada por um dia em observação. Nada foi diagnosticado. Durante essa internação a mãe foi encaminhada ao ortopedista com suspeita de fratura de clavícula e depois diagnosticada a lesão do plexo braquial. Foi solicitado eletroneuromiografia (ENM), sendo encaminhada para tratamento com neuropediatra e fisioterapia que permaneceu até os três anos de idade quando recebeu alta" **(fls. 474/475).** Note ainda que o laudo complementar atesta que a autora continua em tratamento de fisioterapia até os dias atuais **(fl. 519).**

12. De tudo quanto alegado e comprovado nos autos, infere-se que realmente a autora, nascida de gestante obesa no momento do parto, nasceu com 4.125 gramas e sofreu lesão do plexo braquial ao nascer. Em que pese a situação descrita nos autos, que resultou na incapacidade parcial da autora por paralisia do braço direito, não se vislumbrou a presença de erro médico, que dando origem à lesão, justificasse o pleito indenizatório. A contrário senso, restou demonstrada a inexistência de elementos que indicassem a cesárea ao invés do parto normal, eis que a obesidade, por si só, não a aconselhava, especialmente porque o feto não era considerado macrossômico e a gestante respondeu aos procedimentos adotados para a indução do parto. Apresentada a complicação na hora do parto, houve a adoção de medidas e manobras médicas para a liberação dos ombros do feto, o que resultou na lesão do plexo braquial direito. Tão logo diagnosticado o infortúnio que acometeu a autora, foi encaminhada para tratamento com neuropediatra e fisioterapia, sendo a parturiente assistida por psicóloga.

13. Assim, outra conclusão não há senão a de que não houve erro no procedimento de parto e, muito embora a autora ostente sequela em razão da complicação havida na hora do nascimento, é certo que a prática médica foi – ao que tudo indica – corretamente empregada, pelo que improcedente a pretensão indenizatória. Mantida, assim, a r. **sentença vergastada.**

14. Ante o exposto, por meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004505-02.2015.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é apelada RITA DE CÁSSIA LIMA FRANCO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos

oficial e da SPPREV, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.184)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: SERVIDORA ESTADUAL INATIVA DA SECRETARIA DA FAZENDA – RECÁLCULO DOS ADICIONAIS TEMPORAIS PARA INCIDÊNCIA SOBRE O PRÊMIO DE INCENTIVO À QUALIDADE (PIQ) – VERBA CUJA NATUREZA GERAL E PERMANENTE RESTOU CONFIRMADA PELA EDIÇÃO DA LCE 1.199/13 – DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL NO MESMO SENTIDO – MANTIDA A SENTENÇA QUE DETERMINOU QUE O "PIQ" INTEGRE A BASE DE CÁLCULO DOS QUINQUÊNIOS – PARCIALMENTE PROVIDOS O RECURSO DA SPPREV E O REEXAME NECESSÁRIO, APENAS PARA DECRETAR QUE AS DIFERENÇAS ATRASADAS SEJAM 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 870.947.

VOTO

Cuida-se de ação ajuizada por servidora estadual inativa da Secretaria da Fazenda em face da SPPREV (São Paulo Previdência) objetivando o recálculo dos adicionais de tempo de serviço para que também incidam sobre o Prêmio de Incentivo (PIQ), instituído pela Lei 8.975/94.

A r. sentença de págs. 72/79 julgou procedente o pedido para condenar a ré a incluir no cálculo do quinquênio e sexta-parte o valor pago a título de Prêmio de Incentivo à Qualidade PIQ e a pagar os atrasados, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e juros de mora, nos termos do artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, em sua redação original. Condenou a ré ao pagamento de despesas processuais e honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios a serem definidos quando da liquidação.

Suscitou-se o reexame necessário.

Apela a SPPREV alegando, em resumo, que o PIQ foi declarado como possuindo natureza de gratificação e não de aumento de vencimentos, conforme Súmula nº 9, do Conselho Supervisor do Sistema de Juizados Especiais do Tribunal de Justiça, não podendo, assim, integrar a base de cálculo dos quinquênios. Ademais, sustenta que os quinquênios incidem sobre o salário base. Por fim, pleiteia a aplicação da Lei nº 11.960/09 para a correção monetária e juros de mora.

Tempestivo, o recurso foi contra-arrazoado (págs. 101/108).

É o relatório.

A Lei 8.975/94 criou o Prêmio de Incentivo como gratificação não incorporada aos vencimentos dos funcionários, entretanto, leis posteriores (leis nºs 9.185/95 e 9.463/96) modificaram a característica da verba de incentivo, transformando-a de gratificação temporária e *pro labore faciendo* em gratificação geral e permanente, restando inconteste pela edição da LC 1.199/2013, a qual, em seu artigo 5º, estendeu seu pagamento aos inativos.

A natureza geral e permanente do PIQ também já foi declarada por decisão do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça no Incidente de Inconstitucionalidade nº 99.247.016-00, onde expressamente se considerou tratar a verba de remuneração que, assim, não poderia ser suprimida dos vencimentos dos autores naquela demanda.

Neste mesmo sentido, já decidiu esta C. 13ª Câmara de Direito Público:

Prêmio Incentivo *– Lei n° 8.975/94 – Vantagem permanente – Incidência sobre o 13º e férias – Recurso provido.* (Apelação nº 0007815-69.2012.8.26.0053, relª. Desª. LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI).

Servidor Público – Prêmio de Incentivo à Qualidade – Natureza jurídica do benefício – Perda de seu caráter transitório – Incorporação nos vencimentos – Valor a ser considerado no 13º salário – Procedência do pedido – Recurso da Fazenda do Estado desprovido. Honorários de advogado – Condenação da Fazenda Pública – Critério do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil – Condições impostas, no entanto, pelo §3°, letras a e c, do mesmo dispositivo – Recurso dos autores provido. (Apelação nº 719.684.5/6-00, rel. Des. BORELLI THOMAZ)

SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – Prêmio de Incentivo instituído pela Lei n°8.975/94 – Pretensão de inclusão no cálculo do décimo terceiro salário e acréscimo de um terço das férias – Cabimento – Verba de caráter geral e permanente que integra a remuneração – Observância ao disposto no art.1º e §1° da Lei Complementar Estadual nº 644/89 e art.7°, incisos VIII e XVII, c.c art.39, § 3º da Constituição Federal. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS fixados em 10% sobre o valor da

Acesso ao Sumário

condenação. Sentença de procedência reformada nesta parte. Recurso dos autores provido, desprovidos os remanescentes. (Apelação nº 856.195-5/4-00, rel. Des. PEIRETTI DE GODOY)

Com efeito, está expresso no artigo 129, da Constituição Estadual:

*Art. 129 - Ao servidor público estadual é assegurado o percebimento do **adicional por tempo de serviço**, concedido no mínimo, por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a 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.*

Quanto aos adicionais por tempo de serviço, aplica-se o artigo 127 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, que preceitua: *o funcionário terá direito, após cada período de 5 (cinco) anos, contínuos, ou não, à percepção de adicional por tempo de serviço, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o vencimento ou remuneração, a que se incorpora para todos os efeitos.*

A própria legislação estabeleceu que o cálculo dos quinquênios deve, pois, recair sobre os vencimentos integrais, excluindo-se a sexta-parte de seu cálculo.

Ressalte-se que o entendimento aqui esposado não implica ofensa ao art. 37, XIV, da Constituição Federal, por não ocorrer incidência recíproca entre vantagens, o chamado efeito cascata, diante da **exclusão de eventual sexta-parte da base de cálculo dos quinquênios**, já que tratam de uma mesma recompensa: a assiduidade do servidor (STF, RE 563.708, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 06/02/2013).

Este entendimento foi exarado na Assunção de Competência na Apelação n° 0087273-47.2005.8.26.0000 a respeito dos servidores em atividade (Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 18/05/2012).

E excepcionam-se, também, obviamente, as verbas eventuais de natureza assistencial, sem liame com a ideia de vencimento, tais como eventual restituição de imposto de renda retido a maior, auxílio-alimentação, entre outros que possam vir a existir.

Como a "gratificação" mencionada não possui esse caráter jurídico, sendo, na realidade, aumento disfarçado de salário, compõe o vencimento devendo-se fazer incidir, sobre ela também, o adicional por tempo de serviço conforme requerido.

Isto porque a Administração Pública tem por costume conceder aumentos nos vencimentos sob a rubrica de gratificação, exatamente para tentar se subtrair da obrigação de fazer incidir os quinquênios sobre ela.

Assim, bem lançada a r. sentença, que merece prevalecer nesta parte.

Acesso ao Sumário

Pequeno reparo merece o julgado no que tange aos acréscimos incidentes sobre o débito.

Muito embora possua entendimento pela inconstitucionalidade da Lei 11.960/09, curvei-me ao entendimento do STF, adotado por esta Câmara, nos seguintes termos:

Enquanto não decididos (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, **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, igualmente e na íntegra, o disposto no artigo 5º, da Lei 11.960/09 sem qualquer alteração.

Isto posto, dou provimento em parte ao recurso da SPPREV e ao reexame necessário, apenas com relação ao critério dos juros e da correção monetária, como acima exposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0422153-37.1999.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes IZILDA MARIA VALENTE ZACARELLI, ANTONIA DE SOLIDADE E SILVA, MAURICIO LEVY NETO, DANUSA ALMEIDA SANTOS RAMOS, ARLINDA MORGADO ROSSI, MARILIA DE SOUZA MARCELINO, MARIA JOSE BRITO DA SILVA, VALMAR DE BARROS MEDEIROS (E OUTROS(AS)), ELIDA RIBEIRO RAMOS, ROSELI DA SILVA

ZAPATER, JOSE ANTONIO DE ANDRADE, MARIA DE LOURDES ALVES VASCONCELOS, MARLI BELLON, TEREZINHA DA SILVA, ANA BUENO DE GODOY, BENEDICTO LUIZ GIACOMO, MARIA REGINA RAMOS ROSA, MARIA HERENITA SANTOS PAULO, JURACI DA SILVA, SENIR RUBENS ROSSI, EMILIA GLORIA RODRIGUES LOZOV, MILENA PEREIA BUENO, TELMA CUNHA DE OLIVEIRA, NELI DOS SANTOS TAIRA, JOSIAS BERNARDES DE GODOY, GERALDO JOSE SEVEREANO, VALERIA DA ROVARE, ELSA MATIKO IKEDA RIBAS, IVONE CARVALHO E GOMES, JOSE AYALA, DIVINA PEREIRA DE AMORIM, MARIA EMILIA OLIVEIRA SILVA, DORALICE GONCALVES XAVIER DOS SANTOS, CLEONICE DOS SANTOS, RAQUEL MARIA APARECIDA CARLOS FANTAZIA SANTOS, ADRIANA DE LIMA COSTA, ARISTIDES BERNARDO, PEDRO CABRAL, MILTON ANTONIO SANTOS ALVES, MARIA DE FATIMA MARTINS SILVA, PAULO CESAR DE FREITAS SCRIPELLITI, MARIA LUCIA MORITA MARINO, DARCI DOS SANTOS DA SILVA, JOSE APARECIDO HONORIO DE SOUZA, MARIA NOGUEIRA MORAIS PEIXOTO, MIRTES BATISTA SILVA, EVANI PANTALEAO ALBINO CARDOSO, DALILA MARCELINO FERREIRA, NANCY DE CASTRO RIBEIRO e PAULO NUNES, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.484)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 2 de março de 2017.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: TÍTULO JUDICIAL. Execução. Servidores públicos municipais. Revisão do reajuste de fevereiro de 1995. Não comporta aplicação retroativa, menos ainda contra a coisa julgada, o comando da Súmula Vinculante nº 42, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 11-03-2015: "É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária". Decisão de incidente de inconstitucionalidade de lei, na forma dos artigos 480

Acesso ao Sumário

e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, não tem o mesmo efeito "erga omnes" dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade, mas efeito restrito às partes do processo, sem efeito, portanto, sobre a coisa julgada formada anteriormente. Quanto à tese da coisa julgada inconstitucional, em que o título judicial é definitivamente constituído com base em lei posteriormente declarada inconstitucional, seja em controle difuso ou em controle concentrado, o próprio Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a questão, determinando o cumprimento do título, ainda que inconstitucional. Recurso provido para prosseguimento da execução conforme o título judicial formado.

VOTO

A sentença, proferida em 25 de maio de 2016, pela eminente juíza, Doutora Cynthia Thomé, julgou extinta execução contra Município de São Paulo com base na inexigibilidade do título judicial fundado em lei declarada inconstitucional, por afronta da Lei Municipal 10688/88 à Súmula Vinculante nº 42 (fls. 1186).

Apela o autor pelo prosseguimento da execução, invocando precedente específico deste relator, e alegando que STF e STJ só reconhecem inexigibilidade do título se a decisão de inconstitucionalidade for anterior ao trânsito em julgado, não há decisão do STF declarando inconstitucionais as leis municipais aplicadas, houve formação válida do título executivo, e as defesas de inconstitucionalidade não formuladas devem ser consideradas deduzidas e repelidas.

Recurso respondido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Processo julgado em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal, que manteve o acórdão proferido por esta Corte, de modo que não cabe declarar a inexigibilidade do título por inconstitucionalidade da lei que lhe embasa, sob pena de usurpar a função do STF de intérprete máximo da Constituição Federal, tendo a própria Suprema Corte analisado a demanda e não declarado a invalidade das leis.

Ademais, como exposto no precedente específico invocado, o comando da Súmula Vinculante nº 42 não deve ser aplicado de forma retroativa e contra a coisa julgada, e a tese da coisa julgada inconstitucional não implica na invalidade automática do título, exigindo decisão contrária em ação rescisória, como já tivemos oportunidade de nos pronunciar:

Não comporta aplicação retroativa, menos ainda contra a coisa julgada, o comando da Súmula Vinculante nº 42, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 11-03-2015: "É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária".

Decisão de incidente de inconstitucionalidade de lei, na forma dos artigos 480 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, não tem o mesmo efeito erga omnes dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade, mas efeito restrito às partes dos processos, sem efeito, portanto, sobre a coisa julgada formada anteriormente.

(...)

Quanto à tese da coisa julgada inconstitucional, em que o título judicial é definitivamente constituído com base em lei posteriormente declarada inconstitucional, seja em controle difuso ou em controle concentrado, o próprio Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a questão, determinando o cumprimento do título, ainda que "inconstitucional":

(...) A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia "ex tunc", como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 RTJ 164/506-509 RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, "in abstracto", da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes (ARE 918066 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, Processo Eletrônico DJe-248 DIVULG 09-12-2015 PUBLIC 10-12-2015).

(...)

(Apelação nº 1032687-29.2015.8.26.0053; Relator: Edson Ferreira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 20/05/2016; Data de registro: 20/05/2016).

De rigor, portanto, o cumprimento do título executivo, tal qual se formou.

Assim decidiu a sentença da fase de conhecimento (fls. 202):

Nessa ordem de ideias, portanto, a solução que melhor se adapta à espécie

Acesso ao Sumário

é que o direito dos funcionários municipais deverá cingir-se no recálculo de seus vencimentos e provento com reajuste pela lei n. 10.688/88 e 10.722/89 por treze dias, ou seja, até 14 de fevereiro de 1.995, exclusive, data da publicação da lei n. 11.72/95.

A partir daí, adotado novo sistema de reajuste de vencimentos e nos dias seguintes desse mês, deverá subsistir a sistemática de reajuste da lei n. 11.722/95, incluindo-se o percentual de 6% nos termos de seu artigo 2º, o qual deverá ser deduzido porque já pago aos autores em março de 1.995 do índice proporcional da lei revogada.

Posto isto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação ajuizada por VALMAR DE BARROS MEDEIROS e OUTROS (49), todos relacionados acima, contra a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, assegurando aos autores o direito a percepção dos primeiros treze dias de fevereiro de 1.995 pela sistemática da legislação anterior, proporcionalmente, deduzindo-se o percentual de aumento de 6% estabelecido no artigo 2º da lei n. 11.722/95. Sobre as diferenças e eventuais reflexos nos meses posteriores incidirão [sic] correção monetária de acordo com os índices oficiais e na forma prevista nos artigos 116 da Constituição do Estado, observada a tabela de cálculo do Tribunal de Justiça e juros de mora de 6% a. a. desde a citação.

Sentença aclarada para incluir a obrigação de apostilamento (fls. 206):

E embora fosse julgada parcialmente procedente a ação com relação ao direito que foi assegurado aos demandantes, de acordo com os termos do dispositivo, de fls. 202, fazem eles realmente jus quanto ao que foi estabelecido ao necessário apostilamento.

Parcialmente reformada por acórdão desta Corte, ampliando a condenação para cálculo do mês inteiro de fevereiro, não somente os trezes primeiros dias (fls. 310):

Portanto, o reajuste salarial tem de ser concedido em face do mês de fevereiro de 1995 consoante o sagrado nas Leis nº 10.688/88 e nº 10.722/89, em consonância com o disposto nos artigos 5º, inciso XXXVI, e 37, inciso XV, ambos da Constituição Federal, bem como no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

Por outro lado, não há de se cogitar de reflexos integrais nos meses subsequentes, como pretendem os autores, cingindo-se o reajuste devido ao mês de fevereiro de 1995, incidindo sobre os posteriores as disposições da lei nova, em observância ao princípio "tempus regit actum".

E, esclarecendo quanto ao índice de 82,51%, o acórdão da fase de execução (fls. 794):

Desta forma, o percentual de reajuste referente ao mês de fevereiro de 1995, aplicável ao presente caso, deve ser aquele já determinado no v. acórdão

Acesso ao Sumário

de fls. 305/311; ou seja, 82,51%, na forma das Leis Municipais nº 10.688/88 e 10.722/89. (...)

Destarte, cabível a reforma da r. sentença, para o fim de fixar-se o reajuste em comento no percentual de 82,51%.

Logo, para retomada da execução com vistas ao cumprimento do título judicial formado, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011949-33.2015.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA DE FÁTIMA DA SILVA PATRICIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V.U. Declarará voto convergente o 3º Juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.264)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), EDSON FERREIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2017.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: SAÚDE PÚBLICA – Fornecimento da *fosfoetanolamina* sintética para o tratamento de câncer – Relatos de pacientes – Artigos na *internert* – Requisito essencial ao fornecimento da substância para tratamento de saúde é a prescrição médica – Inexistência, no caso – Impossibilidade de fornecimento – Sentença de procedência reformada – Recursos de apelação providos.

VOTO

Relatório

Ação de obrigação de fazer objetivando o fornecimento da substância *fosfoetalonamina* sintética, necessário por ser portadora de *glioblastoma cerebral.*

Acesso ao Sumário

A r. sentença, de relatório adotado, acolheu o pedido.[1]

Recorrem a FESP e a USP, pela reforma da sentença; recurso sem resposta.[2]

Fundamentação

Pretende a autora obter substância química para fim medicamentoso, a chamada *fosfoetanolamina* sintética, que tomou conhecimento através da mídia e de pessoas que fizeram uso da substância.

Primeiramente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade de parte passiva da FESP, que pode (deve) perfeitamente integrar e responder ao processo em referência.

Pretende a autora a obtenção de substância química para fim medicamentoso e o art. 196 da Constituição Federal assegura o direito à saúde, sendo pacífico que todos os entes públicos são responsáveis solidários pelo cumprimento dessa obrigação.

A USP é a instituição que possui a substância medicamentosa, mas não tem o dever constitucional de fornecê-la à autora, por isso, além da legitimidade, a necessidade da Fazenda do Estado figurar no polo passivo.

Também afasto a preliminar de ilegitimidade da USP porque só ela detém a tecnologia para produzir a substância *fosfoetanolamina* sintética, tanto que forneceu a substância a centenas de pessoas por mais de 20 anos; de nada adiantaria determinar ao Estado o fornecimento de substância que ninguém produz.

Também não houve cerceamento de defesa, dispensável a prova pericial para apurar a pertinência da substância medicamentosa pleiteada, como se verá a seguir.

No mérito, revejo meu posicionamento para dar provimento aos recursos de apelação.

A questão é polêmica e já foi analisada sob algumas óticas.

Como último acontecimento sobre o assunto há de lembrar a liminar concedida nos autos da ADI 5501 pelo C. STF, suspendendo a eficácia da Lei 13.269/16, que autorizava o uso da substância *fosfoetanolamina* sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, ante a ausência de controle prévio de viabilidade sanitária.

Entendeu o STF que a aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação para fins comerciais.

Acesso ao Sumário

1 Sentença, fls. 109/118.

2 Recursos de apelação, fls. 126/144 e 151/186.

No entanto, mesmo ausente o registro na Vigilância Sanitária, neste momento, entendo que o requisito primordial para se determinar o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética é a presença da prescrição médica.

Determinar o fornecimento de substância ainda em caráter experimental sem prescrição médica é medida temerária, pois faltará a posologia indicada ao caso; a paciente não tomará conhecimento dos riscos de possível interação com o tratamento já realizado, ainda mais considerando a gravidade da doença, imprescindível o acompanhamento de um profissional da área para o uso de toda e qualquer substância ingerida pela paciente.

Nesse sentido o entendimento deste Tribunal, inclusive desta Câmara:

"Ação de rito ordinário movida por pessoa portadora de "Neoplasia Maligna de Mama e Cólon", objetivando o recebimento de substância experimental ("fosfoetanolamina sintética") para o seu tratamento. Demanda julgada procedente. Recurso da Fazenda Estadual objetivando o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva. Acolhimento. Ausência de comprovação médica da eficácia da substância pleiteada. Decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu, em efeito expansivo, a suspensão de liminares em casos da espécie. Ausência, ademais, de prescrição médica. Substância que não conta com registro na Anvisa. Lei nº 13.296/2016, que autorizava o fornecimento da substância, que teve suspensa a sua eficácia. Recurso provido." **(Ap. 1011619-36.2015.8.26.0566; Relator(a): Aroldo Viotti; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/07/2016).**

Apelação/Remessa Necessária – Fornecimento da substância "Fosfoetanolamina Sintética". Sentença de procedência. Apelo das rés. Direito à saúde. Inexistência de prescrição médica que indique o tratamento ao paciente. Atuação do Poder Judiciário que não pode suprir os conhecimentos técnicos e científicos da medicina, deferindo uso de substância sem indicação de profissional. Precedentes do E. STF e do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Recursos providos e remessa necessária acolhida." **(Ap. 1009822-25.2015.8.26.0566; Relator(a): Antonio Celso Faria; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/07/2016).**

"OBRIGAÇÃO DE FAZER. Fornecimento de "fosfoetalonamina sintética", substância química desenvolvida por pesquisadores do Instituto de Química de São Carlos da USP. Substância que vinha sendo distribuída pelo Instituto, em caráter experimental, até a vinda de portaria

Acesso ao Sumário

de proibição (Portaria IQSC 1389/2014), diante da necessidade de registro e licença da pesquisa científica nos órgãos competentes. Demandante que, por sua vontade, decide fazer uso da substância e exige o fornecimento regular da mesma, sem receita médica. Ação julgada procedente, para a condenação da USP, excluído o Estado de São Paulo do polo passivo da lide. Sentença reformada. As pesquisas científicas não podem contrariar os fins institucionais da Universidade de São Paulo, cuja finalidade primordial é a promoção do ensino, não a fabricação e a distribuição de medicamentos ou substâncias medicinais. Ausência de comprovação da eficácia da substância para o tratamento do mal que acomete a autora. Necessidade de prescrição médica. Risco de dano à saúde. Sentença reformada, para a improcedência da ação, mantida a exclusão do Estado de São Paulo. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS." **(Ap. 1001315-75.2015.8.26.0566; Relator(a): Isabel Cogan; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/08/2015).**

Ante o exposto, dou provimento aos recursos de apelação da FESP e da USP e julgo improcedente a ação.

Arcará a autora com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez p/cento) do valor da causa atualizado, que ficará obrigada desde que perca a gratuidade processual concedida (CPC de 2015, art. 98, § 3º).

Dispositivo

RECURSOS DE APELAÇÃO PROVIDOS.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 9967)

Com sobejo respeito aos fundamentos gizados no voto do Excelentíssimo Relator, lançados com as costumeiras percuciência e propriedade, roga-se vênia para deles dissentir.

O venerando acórdão do Excelso **Supremo Tribunal Federal** que matou as derradeiras esperanças de vida dos pacientes terminais portadores de neoplasia maligna no julgamento da **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501**, a despeito dos votos divergentes dos Excelentíssimos Ministros **Luiz Edson Fachin, Gilmar Mendes, Rosa Weber** e **Dias Toffoli**, está de nossa parte a merecer severas restrições de ordem humanitária, sempre com o devido e habitual respeito.

O que para logo se nota é que foram subjugados os preceptivos da

Acesso ao Sumário

Resolução 38, de 12 de agosto de 2013, da **ANVISA** que libera o uso compassivo de medicamentos experimentais em casos graves e o **artigo 24** da **Lei Federal 6.360/76**, que autoriza medicamentos novos, de uso exclusivamente experimental, ficarem isentos de registro perante aquele órgão federal de vigilância sanitária:

> ***"Art. 24. Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde".*** (o grifo o foi por nós)

De par com esta regência normativa inescapável, parece-nos haja uma questão de ordem lógica e metodológica que instava fosse decidida pela Suprema Corte como **prejudicial**[3] a qualquer valoração sobre a constitucionalidade de se proibir a produção, a distribuição e o uso da fosfoetanolamina sintética no Brasil.

E, tal premissa consistia em definir se sobredito composto, quando sintetizado em laboratório, deve ser categorizado como "**medicamento**", em acepção farmacológica, ou se sua ressonância bioquímica melhor se amoldaria ao conceito genérico e neutral de "**substância**", como uma infinidade de outras livremente comercializadas.

Há até quem sugerisse tratar-se de "**suplemento alimentar**" e é nesta condição que passou a ser comercializado nos **Estados Unidos da América** depois da balda tentativa de execração pública dos Cientistas brasileiros.

Esta indagação é deveras relevante e ainda hoje permanece irrespondida à vista de que, conforme se venha a trilhar um ou outro caminho, tanto as reflexões como os efeitos sociais e jurídicos a esse respeito serão díspares e capazes mesmo de influir na deflagração da legitimidade ativa ad causam e no interesse de agir da entidade corporativa que se habilitou a promover-lhe a judicialização.

Quem esteja acompanhando *pari passu* os desdobramentos deste polêmico ***leading case***, em suas singularidades tanto políticas quanto judiciárias, não olvidará que na Audiência Pública realizada pelo Senado da República antes da promulgação da **Lei 13.269/16**, algumas das questões mais palpitantes foram debatidas em acurácia por legisladores, cientistas, sanitaristas, psicólogos e até pacientes oncológicos de refinada formação intelectual, naquela oportunidade tendo sido lido um documento encaminhado pela Reitoria da Universidade de São Paulo pautando que a fosfoetanolamina sintética não poderia ser cientificamente considerada como "medicamento".

Depois de distribuída gratuitamente por cerca de 20 anos no Instituto de Química da Universidade de São Paulo sem intercorrências negativas noticiadas

Acesso ao Sumário

3 "A prejudicialidade também abrange questões de fato, em si mesmas, de modo que não seria possível recair o iudicium sobre elas, desligadas das questões de direito" - PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Tomo IX, 1976, p. 34.

(o que certamente teria compelido os pesquisadores a um recuo autodefensivo da própria reputação no meio científico) e, ao reverso, com bons indícios de sucesso terapêutico para algumas espécies de neoplasia maligna, é improvável que se trate de um composto **tóxico**, ou na mais cômoda das conjecturas, provido de maior toxicidade que substâncias como o álcool e o tabaco, ressabidamente cancerígenas e cujo comércio não só não é proibido como estimulado e explorado tributariamente pelo Estado.

Ao liberar a ANVISA o fármaco "***Caelyx***", composto de fosfoetalonamina sintética em grau de pureza inferior ao atingido pelos pesquisadores de São Carlos e já com resultados otimistas para conter a queda de cabelos em pacientes vitimados de câncer de mama, a vigilância sanitária praticamente assinou a ausência de toxicidade da substância para o organismo humano, deixando os adversários da "fosfo" numa situação intelectualmente assaz desconfortável.

A conduta deontologicamente ortodoxa seria, melhor reflexionando, não a de proibir terminantemente a produção e o acesso, mas agilizar o estabelecimento de critérios objetivo-emergenciais para tanto, o que o médico naturalmente já prescreve "de ofício" na rotina dos consultórios tanto em relação a "medicamentos" como a "substâncias" ou, para algumas moléstias, estabelecendo mesmo uma personalizada dieta alimentar.

O mais curioso é que, suspendendo provisoriamente embora os efeitos da **Lei 13.269/16**, ainda não definiu o Excelso **Supremo Tribunal Federal** qual a natureza do composto de que se está a proibir (medicamento, substância ou alimento?), sendo indeclinável que venha a dirimir esta questão prejudicial antes do julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade.

Alguns pesquisadores tem proclamado que a fosfoetanolamina não é artificialmente criada, mas algo conatural ao organismo humano já na sua primeira refeição – o leite materno – não porém em quantidade suficiente para debelar uma formação tumoral.

Valha-nos registrar que aqui não se cuida de ação judicial versante sobre interesses transindividuais, em que milhares de pessoas seriam, em tese, automaticamente beneficiadas pela decisão judicial, e assim a segurança do sistema normativo da saúde pública como valor da coletividade estaria se afigurando suscetível de ser de alguma maneira colocada em periclitação.

E, se assim é, convinhável concluir que não seria sequer necessário invocar a **Resolução 38** e a **Lei Federal 6.360/76** para assegurar o direito de acesso à "fosfo" pelos pacientes ditos "**terminais**" ou que já tenham passado sem êxito pelos tratamentos da Medicina convencional.

O próprio Sistema de Direito, calcando-se no **princípio de dignidade humana** insculpido no pórtico da **Constituição de República**, inconfundivelmente já o permite.

Tal significa que o proponente da ação se acha em situação análoga à do **estado de necessidade**, instituto que originado embora do Direito Penal, tem sua aplicabilidade estendida a quase todos os departamentos jurídicos e, no que aqui mais de perto interessa, ao Direito Civil e ao Direito Administrativo.

Para a conjectura em que dois bens jurídicos relevantes estejam em acidental beligerância e somente um deles tenda a sobreviver, o Direito insufla a uma ***ponderação de valores*** e excepcionalmente um deles se sacrifique para **remover o perigo**.

O Código Civil, ao cogitar da possibilidade de se autorizar alguém a deteriorar ou destruir coisa alheia, ou ainda lesar pessoa, a fim de remover **perigo iminente**, estaria igualmente a conspirar à ordem pública, mas as energias literais do **parágrafo único do art. 188** excepcionam que "***o ato será legítimo quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário***".

Vista sob o prisma do Direito Administrativo, a situação substancialmente não se altera.

Freitas do Amaral[4] o insere entre as causas de exclusão da ilicitude, definindo como "***uma atuação imediata e urgente com vista a salvaguarda de bens essenciais" (...) "abrangida pela ideia de Direito, por um princípio de juridicidade***"

Paulo Otero[5] oportuniza luminares acréscimos, infiltrando o estado de necessidade no quadro atual do direito positivo como uma "*cláusula de conformidade normativa da atuação da Administração Pública pela qual opera uma derrogação das regras aplicadas em circunstâncias normais, substituindo-a por uma "**legalidade alternativa***", e podendo incidir sobre normas de competência, forma, procedimento e de conteúdo material.

O que se está a propor, melhor nos exprimindo, é uma "**juridicidade alternativa**" para toldar de justificabilidade a decisão íntima do paciente de se valer da "**medicina alternativa**", e isto absolutamente não atenta contra a ordem pública, antes a resguarda, porquanto sempre haverão situações inusitadas, em todas as ramificações das atividades humanas, a exigirem soluções igualmente excepcionais.

Só as sociedades em estagnação civilizatória não as possuem ou não as deixam fluir.

Intangibilidade normativa do sistema sanitário público versus chance de sobrevivência do autor da ação, uma equação jurídica que por razões humanitárias somente pode ser solvida mediante a intransposição da vontade do paciente,

Acesso ao Sumário

4 FREITAS DO AMARAL (c. Colaboração de LINO TORGAL), Curso de Direito Administrativo, II, Coimbra: Almedina, 2001.

5 PAULO OTERO. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

isso porque a liberação e o fornecimento de sobredita substância, **repita-se**, tão-somente na esfera individual, poderá prevenir ao menos dois enormes danos simultâneos – a persistência da grave comoção social que se alastrou por todo o País e o provável sacrifício da vida do paciente, que igualmente atentam contra a ordem pública.

E assim se compreende porque constitui **direito de personalidade**[6] do vitimado pela doença tendencialmente fatal, com todos os atributos ínsitos a este direito, decidir pelos métodos terapêuticos que melhor lhe convenha.

Orbita-se por então no clube restrito dos **direitos absolutos**[7], que não podem ser condicionados por imposições de nenhuma natureza.

A estética moral e filosófica do Voto divergente do perínclito Ministro **LUIZ EDSON FACHIN** reside exatamente no reconhecimento da moderna construção dos **direitos de personalidade,** para os quais ainda tem havido notórias resistências ideológicas entre nós, a reconhecer em cada pessoa um **ser único no Universo, singular, intransponível**, completamente imune à ingerência estatal em se tratando de escolher quais meios de salvaguardar sua sobrevivência.

Notável, o dito do sábio e saudoso juscivilista **SILVIO RODRIGUES**: *in litteris*

> ***"Talvez se possa afirmar que o primeiro direito do ser humano é o de sobreviver"[8].***

Estas pessoas gravemente enfermas, em regra, já tiveram suas expectativas frustradas por outros métodos terapêuticos e ninguém pode moralmente tolhê-las da **capacidade de autodeterminação**[9], porque reserva intocável de personalidade, de perseguir a cura ou a leniência de uma enfermidade cujas perspectivas se delineiam assaz sombrias.

---

6 Pretende englobar toda a equipagem do indivíduo, de certo modo comum ao ser humano em geral. Assim, considera aí tutelada a existência (**a vida, os meios de conservação da vida, o corpo e a saúde**), o espírito (v. g. a criação cultural e, enquanto objetivações do espírito pessoal), os produtos culturais, inventivos, estéticos e industriais), a vontade (enquanto força anímica que habilita o homem a autodeterminar-se, a tomar decisões e a conformar o mundo circundante, a vida sentimental (onde destaca o sentimento ético), a restante vida anímica (entendendo tutelável a particular constituição anímica, e o bem estar anímico) e certas relações pessoais com as coisas e com outras pessoas - HEINRICH HUBMANN, *Das Persönlichkeitensrecht*, Colonia, Bohlau, 1967, páginas 253, 256, 261, 265 – o grifo é nosso.

7 Nenhum dos direitos de personalidade é relativo; o fato de serem dirigidos ao Estado, se a ofensa provém de autoridade pública, de modo nenhum os relativiza: apenas, aí, se põe ao vivo que a evolução política e jurídica já alcançou muni-los de pretensões e ações que mantivessem o Estado, que também é pessoa, dentro dos limites que os direitos das gentes, a Constituição e as leis lhe traçaram – PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo VII, 4a edição, 1983, Editora Revista dos Tribunais, p. 6.

8 SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, Max Limonad, 2ª ed. vol. 6, p. 368.

9 HEINRICH HUBMANN considera que a lesão da força de vontade rouba ao homem a sua dignidade e empurra-o para baixo, para o grau do animal - *Das Persönlichkeitensrecht*, Colonia, Bohlau, 1967, página 254.

Para os pacientes de neoplasia maligna em estágio avançado de comprometimento da saúde, ditos "terminais", **não há outra escolha**, e qualquer deles detém discernimento para assumir conscientemente os riscos, ainda que desconhecidos, bem ressaltou o nobre Ministro **FACHIN.**

Uma vez mais o caso em exame guarda perfeita analogia aos requisitos do estado de necessidade.

Apesar de o valor unitário da cápsula ser insignificante, o dogmatismo farisaico se apressou a objetar que não se poderia impor ao Poder Público, sobre o qual pesa o encargo social de manter a saúde dos concidadãos, a obrigação de estipendiar o acesso a métodos cientificamente rechaçáveis ou exóticos.

Escusado lembrar que não só não é o caso, porquanto a fórmula foi concebida por Cientista de renome internacional (uma publicação estrangeira especializada em Ciência classificou o Dr. Chierice entre os 40 mais respeitados cientistas do Planeta), assim como o interesse de agir decorre do fato irresistível de que, ao menos por agora, **o Estado é o detentor do monopólio da manipulação de sobredita substância em laboratório,** doutra forma muitos dos necessitados com certeza tentarão obtê-la no comércio clandestino, com todas as armadilhas à espreita.

Em seu magistral voto divergente, o Ministro **GILMAR MENDES** desarticulou o positivismo conformista, enfatizando um caso da Corte Constitucional Alemã em que o Estado foi excepcionalmente obrigado a garantir "tratamento alternativo" a uma pessoa portadora de doença grave incurável.

Priorizar individualmente o único recurso em tese capaz de salvar a vida do paciente, em detrimento da segurança do sistema normativo-sanitário pode não ser o desejável em termos de excelência hermenêutica – e efetivamente não o é – mas dos males o menor quando inevitável e excepcionalmente se tenha de lidar com elementos metajurídicos desconhecidos para não resvalar numa Magna Carta que em seu pórtico, como no caso da lei germânica citada pelo Ministro, consagra o ***megaprincípio da dignidade humana.***

Entenda-se: a faculdade eletiva inapelável pelo uso desta inovadora substância só ao paciente compete – **e a ninguém mais** – e isto preferencialmente não ocorrerá sem a chancela de um profissional da Medicina, o que se inclina a minimizar satisfatoriamente os riscos, se é que eles possam realmente existir.

Não é a vez primeira que a sociedade organizada, pretextando a segurança científica, se deixa tomar de refém pelos interesses corporativos, para quem boa memória possua.

Décadas atrás, quando da introdução no Brasil da milenar arte médica da Acupuntura chinesa, a mesmíssima problemática se instalou e os mesmíssimos interesses corporativos que agora se armam contra os eminentes pesquisadores do Instituto de Química de São Carlos impingiram aos então inovadores a pecha

Acesso ao Sumário

de charlatães.

Dizia-se que espetar agulhas no corpo dos enfermos seria infracivilizado e terapeuticamente ineficaz, mas o tempo cuidou de reconduzir os detratores ao ostracismo que por "direito natural" lhes cabe.

A história prodigiosamente se repete, com a particularidade de agora se estar forjando uma pseudo-compaixão calcada em se precaver de pretensos efeitos colaterais sobre o organismo das pessoas no limiar da morte, que ninguém explicita quais seriam, mas somente se podendo imaginar mais devastadores que os da atual quimioterapia, como se a morte mesma – e sobretudo a morte precedida da perda da esperança – não fosse o pior que lhes poderia suceder.

Sigmund Freud, o genial mapeador dos códigos secretos da psique, tinha uma sacada perspicaz para definir este tipo de comportamento que constitui apanágio das mentes mercuriais: "**preocupam-se em salvar a gaiola de passarinho enquanto a casa está a se consumir em chamas**"!

A verdade, porém, é que a Medicina Oficial resolve a grande maioria das enfermidades, devendo ser valorizada e priorizada, mas não as resolve todas e, como bem o disse o Filósofo **GASTON BACHELARD: "*nos julgamentos científicos, o racionalista mais determinado aceita quotidianamente a instrução de uma realidade que ele não conhece a fundo*"[10].**

Não se está com isto a fazer apologia do riquíssimo espectro de possibilidades curativas da Medicina Alternativa, mas lembrar à alma vulgar que **o saber universal é filosoficamente inapropriável por castas e também a Medicina não constitui monopólio de nenhuma pessoa ou classe, por constituir bem que pertence à Humanidade inteira.**

Nem seria de se estranhar que o alívio do sofrimento pudesse vir de um Cientista da Química. Hipócrates, o cognominado Pai da Medicina ocidental, era Físico.

Há muitas Medicinas e quaisquer delas, enquanto não atentem contra a ordem pública, são socialmente relevantíssimas, exprimindo a riqueza e a diversidade cultural de cada povo.

Lembremo-nos do Solitário do Cosme Velho, quando sentenciou:

> Não há curandeiros. **O direito de curar é equivalente ao direito de pensar e de falar.** Não há curandeiros, há médicos sem medicina, que é outra coisa[11]. (o grifo o foi por nós).

A própria **Organização Mundial de Saúde** tem repensado a prática médica e de uns tempos a esta parte passou a abdicar de um positivismo severo e a admitir, sob a rubrica de "**terapias integrativas**", a fitoterapia, florais,

Acesso ao Sumário

10 GASTON BACHELARD, in Revista Brasileira de Filosofia, Vol. XXI, 1971, p. 434.

11 Machado de Assis - *A Semana.*

acupuntura, reiki, a brasileiríssima fluidoterapia presencial ou à distância, e outras terapias milenares ou que integram a cultura popular de muitos povos ao redor do mundo e que até então eram recepcionadas como crendice.

A seu modo, o Ministério da Saúde do Brasil tem admitido ou mesmo estimulado muitas destas práticas medicinais não-convencionais em seus cadernos de atenção básica.

Mesmo subsidiariamente como "prática integrativa" poderia a "fosfo" ser ministrada, se "boa vontade" houvesse.

Quem acompanhou a assertiva declaração de voto do Ministro **DIAS TOFFOLI** em que, diga-se, corajosamente defendeu que o Estado não deve recusar a fosfoetanolamina sintética a pacientes terminais – esta também a tese que temos esposado incisivamente – notou que Sua Excelência não poderia ter sido mais explícito no alerta de que pode estar havendo uma disputa de mercado pela ignóbil "*indústria do câncer*", a mesma que mercantiliza a cura de outras enfermidades.

É bastante provável.

Infunde intuitiva suspeita que mesmo depois dos ingentes apelos da sociedade os testes estejam sendo realizados com ratos e camundongos – e não com humanos – em laboratórios privados, portanto, vulneráveis à influência econômica e política, muito embora não faltassem pacientes em estado crítico que voluntariamente aceitariam receber sob controle acadêmico as cápsulas e se submeter a testes de eficácia clínica por uma entidade de pesquisa imparcial e transparente.

O Brasil há pouco já teve de "quebrar", pelo pulso de um político intrépido, a patente dos medicamentos da AIDS para refrear a predação internacional.

Apenas à molda de exemplificação, há que se rememorar o caso clássico dos fármacos à base de ***canabidiol***, que já vinham sendo referendados ampla e eficazmente pela comunidade científica internacional para amenizar os efeitos depressivos ou convulsivantes nos portadores, entre outras, de ***Epilepsia, Mal de Alzheimer, Parkinson*** e ***Esquizofrenia***, e por conta do nosso preconceito de colonizados até o momento não foram liberados no comércio regular, obrigando os sofredores mais humildes a se prostrarem aos algozes do descaminho.

Ninguém, em sã consciência, ignora que a crise nacional gerada pela "pílula do câncer" resultou do letargo dos órgãos de controle sanitário em se pronunciar tempestiva e oficialmente sobre o composto em laboratório, o que poderá levar anos para se concretizar.

Pressupondo-se que os testes conclusivos venham a revelar a ineficácia do composto (tóxico, em doses normais, seguramente não o é), já por simples efeito placebo terá sido cientificamente válida a sua produção e distribuição, apenas por ter fomentado a esperança nos desesperançados.

Acesso ao Sumário

Citando o best-seller "***Anatomia da Esperança: A descoberta da Medicina da Emoção no combate às Doenças"***, de **JEROME GROOPMAN**, o erudito Ministro **GILMAR MENDES** tocou no âmago da questão, dizendo o que todos estamos fartos de saber: "***a fé e a esperança constituem o coração da cura***".

Diriam os psicossomatistas, possuídos de uma visão integradora do atendimento em Saúde e, por isso pioneiros na humanização dos hospitais, na criação dos serviços de interconsulta e nos suportes de atendimento de equipe com Grupos Balint e outros grupos de reflexão"[12], que a pílula do câncer propende, por um dos seus aspectos, a ser de qualquer maneira terapeuticamente eficaz.

Não se trata de uma angulação pautada na charlatanice ou no sortilégio, mas na moderna **Medicina Psicossomática**, a que estudiosos tão atualizados quanto o Ministro **MENDES**, identificam sob o dístico de "Nova Medicina Germânica", difundida entre outros pelo cientista alemão **RYKE GEERD HAMER**, a partir de observações criteriosas das leis biológicas e da ação dos neurotransmissores, ele próprio acometido de câncer nos testículos depois de um grave trauma emocional resultante de ter vivenciado tragédia na família.

Isto é Medicina pura, da melhor categoria, e não especulação.

Vertentes evolucionárias da Medicina Psicossomática brasileira não tem se mostrado desatentas a este paradigma inovador: *in verbis*

> "**Qualquer sentimento pode ter manifestação bioquímica, podendo não ser perceptível pelos métodos atuais de pesquisa. Anos atrás somente a emoção era considerada como produtora de manifestações bioquímicas, das quais resultavam a taquicardia, dispnéia, sudorese, etc.; todavia, estes sentimentos, acarretando alterações enzimáticas, hormonais, quando constantes, podem produzir alterações patológicas, como sói ocorrer na aterosclerose, hipertensão, câncer (certos tipos), doenças auto-imunes, etc. aliás, neurônios cerebrais através da tomografia computadorizada "high-speed" digital eletrônico mostravam como os alucinógenos podem causar alterações estruturais o que vem confirmar a fragilidade do ego. Parece que certos obsessivos "esclerosam" as sinapses daí a sua "poda", prejudica a saúde**."[13]

Se alguns estímulos deletérios são capazes de influir sobre os neurotransmissores, fora de dúvidas que outros, benfazejos, podem-no também.

A despeito da nossa posição contrária, que não está em soledade neste

Acesso ao Sumário

12 SAMUEL HULAK, *Psicossomática Atual*, in Revista da Associação Brasileira de Medicina Psicossomática, vol. 7, n.1/2 , janeiro a junho/2003, p. 88.

13 MILLER PAIVA, L. e PAIVA, NOGUEIRA SILVA A. *Psicossomática Ontem e Hoje*, in Revista da Associação Brasileira de Medicina Psicossomática, vol. 7, n.1/2, janeiro a junho/2003, p. 98.

Eg. Tribunal, da excelência dos votos divergentes e do placar apertado (6 x 4), o Excelso **Supremo Tribunal Federal** deliberou majoritariamente que a produção e a distribuição da fosfoetanolamina sintética está provisoriamente proibida em todo o território nacional, e quando o **Supremo** pronuncia sua decisão, "***constitui definitivamente, a lei, e a mais alta lei do país***"[14], que tem de ser incondicionalmente acatada, ainda que não se possa concordar.

Postas tais premissas, por meu voto**, dou provimento** aos apelos, convergindo ao voto do eminente Desembargador Relator **Ribeiro de Paula**, conquanto por fundamento outro.

SOUZA MEIRELLES, Desembargador, Terceiro Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007677-23.2014.8.26.0283, da Comarca de Itirapina, em que são apelantes J.R.P., S.M.P.C. e S.M.P.C.P., é apelado Ministério Público do Estado de São Paulo.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.866)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: *Apelação Cível* – Ação Civil Pública – Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, condenando o apelante ao pagamento dos valores ao qual foi a Municipalidade condenada a pagar em Reclamação Trabalhista transitada em julgada por assédio moral – Alegação de litispendência afastada – Sentença de primeiro grau mantida.

Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por J.R.P. contra a r. sentença

14 RUY BARBOSA, *Revista da Ordem dos Advogados do Distrito Federal 9/29*, ano de 1980.

de fls. 952/956, cujo relatório e fundamentos adoto, que julgou parcialmente procedente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público, condenando o apelante a ressarcir integralmente o Município de Analândia quanto ao prejuízo causado pelo pagamento da indenização à ex-servidora pública A.B.A.A., na Reclamação Trabalhista que tramitou perante a Vara do Trabalho de Pirassununga.

Requer em síntese o apelante, a nulidade da r. sentença de primeiro grau, alegando litispendência e, subsidiariamente a improcedência da ação, por ausência de provas.

O Ministério Público do Estado apresentou as contrarrazões às fls. 982/985. Tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo improvimento recursal às fls. 990/995.

Este em síntese, é o relatório.

Preliminarmente, a alegação de litispendência não merece acolhimento, pois o Processo nº 0007710-52.2010.8.26.0283 foi julgado improvido por ser 'extra petita', conforme v. acórdão de fls. 587/598 e no Processo nº 0001568-27.2013, deixou de se analisar o pedido de ressarcimento erário em relação à indenização devida a A.B.A.L., nos termos da r. sentença e do v. acórdão (fls. 651/657 e 791/811). Assim, restou necessário o ajuizamento da presente demanda para a devida análise do pedido.

Ao mérito.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra S.M.P., S.M.P.C.P. e o ora apelante J.R.P., ex-prefeito, pretendendo o ressarcimento ao erário publico de condenação já transitada em julgado da ação trabalhista, onde a Municipalidade foi condenada a pagar à A.B.A.L., ex-funcionária pública, indenização por atos de assédio moral (fls. 68/73).

A r. sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente a ação condenando J.R.P. ao ressarcimento do erário da indenização dispendida pela Municipalidade de Analândia na Reclamação Trabalhista supramencionada.

Acesso ao Sumário

A documentação acostada aos autos confirma sem sombra de dúvida, a responsabilidade do apelante nos atos de assédio moral causados à ex-servidora, A.B.A.A., bem como as provas oriundas do Processo nº 0001568-27.2013, não deixam dúvidas quanto a culpa do apelante nos atos de "perseguição" sofridos pela ex-servidora.

Em que pesem as alegações do apelante, restou evidente que os danos causados ao erário da Municipalidade de Analândia devem ser ressarcidos, vez que os atos praticados pelo apelante contra a servidora A. estão eivados de dolo e má-fé, ferindo os princípios da moralidade administrativa.

Como bem consignou a r. sentença:

"Na instrução processual da ação civil pública nº0001568-27.2013.8.26.0283, para cá trazida como prova emprestada (fls. 818/819), A. revelou que os réus, depois das eleições municipais de 2008 – quando J.R. mais uma vez sagrou-se vitorioso – passaram a ofendê-la rotineiramente, chamando-a de 'baininha' e 'bucetuda'. Confirmou que foi fixado em seu local de trabalho um cartaz com os dizeres 'fechado por luto' e que, posteriormente, foi probidade de ingressar no seu local de trabalho por ordem os réus. Acrescentou que tais fatos a levaram a pleitear a exoneração do cargo que ocupava.

Consigno que a credibilidade de tal depoimento simplesmente não pode ser colocada em xeque, pois: (a) não há indícios de que A. tivesse a intenção de 'ir à desforra', incriminando falsamente os réus;

(b) ela vem sustentando rigorosamente a mesma versão desde a época dos fatos, repetindo-se na reclamação trabalhista, na ação popular e, mais recentemente, na primeira ação civil pública; (c) as testemunhas de defesa nada esclareceram acerca dos fatos, apenas informando que 'não presenciaram' eventuais ofensas

(...)

Consigno que os argumentos suscitados de forma tão percuciente pelo relator, complementados pelos pontos trazidos na sentença, permanecem inalterados, J.R. foi sim, o responsável pelas ofensas perpetradas contra A., tal como firmado e reafirmado anteriormente, circunstância que eventualmente causou desfalque de mais de R$ 20.000,00 para o Município de Analândia. E, se assim ocorreu, não há qualquer empecilho para que, agora, seja condenado a ressarcir o erário que tão levianamente lesionou.".

Assim, comprovado os danos causados ao erário e que os atos praticados pelo apelante contra a servidora A. estão eivados de dolo e má-fé não merece acolhimento o pedido do apelante.

Nestes termos, é de rigor a manutenção da r. sentença que deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Portanto, ratifico a r. sentença, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por fim, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífica a desnecessidade de menção expressa de todos os dispositivos legais, sendo suficiente o julgamento da questão posta. Ademais, a oposição de embargos de declaração só é cabível, ainda que para fins de prequestionamento, quando a decisão estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (STJ, EDcl no RMS nº 18.205/SP, Quinta Turma, Relator Min. Felix Fischer, j. em 18.04.2006).

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007364-31.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante JUAREZ PEREIRA DE ANDRADE, é apelado INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.749)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 1º de março de 2017.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PRETENSÃO AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR DENOMINADO "HOMECARE" – CONTRIBUINTE DO IAMSPE – POSSIBILIDADE. 1. Dever do Estado de prestar assistência médica aos necessitados. 2. No caso vertente, a parte autora é contribuinte e beneficiária do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, fazendo jus ao referido tratamento, por meio do programa de Assistência Domiciliar, nos termos do artigo 72, inciso IV, do Decreto Estadual nº 13.420/79.

3. Os elementos de convicção produzidos nos autos demonstram a necessidade do atendimento domiciliar multidisciplinar à parte autora, paciente portadora de demência, em estado vegetativo. 4. O atendimento reclamado não configura mera comodidade. 5. Precedentes da jurisprudência deste E. TJSP. 6. A imposição de *astreinte* é razoável, especialmente porque a limitação imposta evita o desvirtuamento da pretensão jurisdicional. 7. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente, em Primeiro Grau.

Acesso ao Sumário

8. Sentença, reformada. 9. Ação, julgada procedente. 10. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 91/96, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de obrigação de fazer, objetivando o fornecimento de tratamento médico domiciliar e multidisciplinar denominado *home care*. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no valor correspondente a 10% sobre o montante atribuído à causa, observado o disposto no artigo 98, § 3º, do NCPC.

A parte apelante sustentou, em síntese, o seguinte: a) é portador de broncopneumonia, respira por aparelhos e recebe alimentação nutricional por gastrostomia; b) a alta do hospital está condicionada ao tratamento de *home care*; c) aplicabilidade, por equiparação, da Súmula nº 90 do E. TJSP; d) jurisprudência favorável à tese. Postulou, por fim, a procedência da ação.

O Recurso de apelação, tempestivo, dispensado de preparo, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, comporta provimento, respeitado, contudo, o entendimento em sentido contrário manifestado pelo D. juízo de Primeiro Grau.

Trata-se de ação de procedimento ordinário ajuizada contra o instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE, objetivando o fornecimento do tratamento multidisciplinar domiciliar denominado *home care* à parte autora, com 95 anos, portadora de broncopneumonia, que respira por aparelhos e recebe alimentação nutricional por gastrostomia.

Pois bem. A relevância do direito à saúde e à vida, mais a prova documental produzida nos autos, especialmente os relatórios médicos de fls. 15/17, não deixam dúvida a respeito da precária condição de saúde da parte autora, fazendo uso de diversos medicamentos e equipamentos médicos para sobreviver. Mas não é só. Conforme o relatório de visita concorrente (fls. 72/75), a parte autora tem insuficiência respiratória, com crises de broncoespasmos diárias, sendo medicada de urgência.

O dever de viabilizar o exercício do direito à saúde é do Estado, em sentido amplo, compreendendo na expressão a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme o disposto nos artigos 23, inciso II, e 30, inciso VII, da CF.

E a mencionada obrigação de prestar atendimento à saúde da população

Acesso ao Sumário

carente é solidária de todos os entes da federação, sendo este, a propósito, o entendimento deste E. Tribunal de Justiça que editou a Súmula n.º 37, nos seguintes termos: "*A ação para fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de direito público interno*." E, a pretensão, como se vê, foge do âmbito da mera comodidade.

Frise-se que, na hipótese em apreço, a parte autora é contribuinte do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE, fazendo jus ao tratamento previsto pelo programa de Assistência Domiciliar – AD, nos termos do artigo 72, inciso IV, do Decreto Estadual n.º 13.420/79.

Além disso, é relevante consignar o teor da Súmula nº 29, desta E. Corte de Justiça: "*Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de "home care", revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer*."

De outra parte, a despeito do entendimento pessoal deste Relator, no sentido de que a disponibilização de tratamento médico domiciliar individual, extrapola, em tese, o princípio da razoabilidade, a realidade indica, especificamente no caso concreto, que o fornecimento do reclamado é a medida que se impõe, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental previsto na CF.

Assim, a condenação da parte ré ao fornecimento de tratamento domiciliar denominado *home care*, com a disponibilização de enfermeiro e fisioterapeuta, conforme o relatório médico de fls. 17, é medida que se impõe, sob pena de multa diária de R$ 500,00, para a hipótese de inadimplemento da obrigação, limitada a R$ 20.000,00. Anote-se, ainda, que o relatório médico deverá ser renovado, periodicamente, a cada 3 meses, atestando a necessidade de continuidade do referido tratamento.

Confira-se, a propósito do tema ora debatido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, a seguir:

> *"Agravo de Instrumento. Obrigação de Fazer. Fornecimento de home care – IAMSPE – Devidamente comprovada à necessidade do tratamento prescrito – Aplicação da Súmula n. 90 do TJSP – Presentes os pressupostos da cautela enunciada no CPC – Decisão de indeferimento da concessão de liminar, reformada – Dá-se provimento ao recurso interposto."*
>
> (Apelação nº 2143578-31.2016.8.26.0000, Rel. o Des. Ricardo Anafe, julgamento: 23/11/16)
>
> *"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão para o fornecimento do serviço "home care", enfermagem 24 horas, além de seções de fisioterapia motora e respiratória, fonoaudiologia, consulta médica e nutricionista mensal – Admissibilidade – Autora, na condição de agregada de contribuinte do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público*

Acesso ao Sumário

Estadual, tem direito ao tratamento mais eficaz indicado por médico que acompanha se quadro clínico de saúde – Aplicação da Súmula nº 90 do TJSP – Precedentes. Recursos oficial e voluntário improvidos."

(Apelação nº 1011433-63.2015.8.26.0032, Rel. o Des. Carlos Eduardo Pachi, julgamento: 21/11/16)

"APELAÇÃO. Obrigação de fazer. Portadora de doença de Parkinson que vindica seja o INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE – compelido a lhe disponibilizar serviço de assistência à saúde básico, pelo sistema 'HOME CARE DE ENFERMAGEM'. Sentença de primeiro grau que acolheu em parte a pretensão. Manutenção que se impõe.

1. Objeção. Nulidade da r.sentença de primeiro grau. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Desenlace da controvérsia que passa apenas pela análise da legislação de regência e da prova documental coligida. Prejudicial repelida.

2. Mérito. A rigor, exigir-se do Estado, com base no direito à saúde consagrado no artigo 196, da Carta Magna, acompanhamento diário e ininterrupto mediante o atendimento pelo sistema "home care" não se mostra razoável, frente à notória e sabida carência de profissionais na rede pública de saúde.

2.1. Hipótese dos autos em que, no entanto, a requerente busca lhe seja disponibilizado serviço de assistência à saúde básico, pelo sistema 'HOME CARE DE ENFERMAGEM', com esteio na relação contratual que mantém junto ao IAMSPE, ente do qual é beneficiária. Artigo 72, inciso IV, do Decreto Estadual nº 13.420/79, que aprova o Regulamento do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE, que traz previsão expressa de disponibilização de serviço de assistência domiciliar. Requerente que comprovou ser beneficiária do IAMSPE e, ainda, fez prova da enfermidade da qual padece, bem como da recomendação médica quanto à necessidade dos serviços de assistência à saúde rogados. Precedentes desta Colenda Câmara.

3. Sentença mantida. Recurso não provido."

(Apelação nº 1011870-70.2015.8.26.0541, Rel. o Des. Oswaldo Luiz Palu; julgamento: 26/10/16)

"HOME CARE/BENEFICIÁRIA DO IAMSPE – Pretensão de condenação do réu a conceder à autora, idosa, portadora de glaucoma, com déficit auditivo, depressiva, o tratamento domiciliar – Aplicação do art. 2° do Decreto-lei estadual nº 257/90 e art. 72, inciso IV, do Decreto Estadual nº 13.420/79 – Previsão do Serviço de Assistência Domiciliar – Inteligência da Súmula nº 90 do TJSP – Prescrição médica que se mostra suficiente

Acesso ao Sumário

para comprovação da necessidade do tratamento – Sentença confirmada. Recurso desprovido."

(Apelação nº 1000485-48.2015.8.26.0651, Rel. o Des. Oscild de Lima Júnior; julgamento: 4/10/16)

Portanto, a procedência da ação de procedimento ordinário é de absoluto rigor, invertido o resultado inicial da lide, nos termos da fundamentação.

Finalmente, em razão da sucumbência e do resultado proclamado nesta oportunidade, arcará a parte ré com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no valor de R$ 1.500,00, nos termos do artigo 85, § 8º, do NCPC. E, tal montante remunera com dignidade e moderação o profissional que participou da lide.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, para os fins acima indicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0032084-14.2011.8.26.0602, da Comarca de Porto Feliz, em que é apelante DANIEL AUGUSTO TABORDA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SPPREV – SÃO PAULO PREVIDÊNCIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.805)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 1º de março de 2017.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Recurso apresentado mais de 15 (quinze) dias úteis após a intimação da decisão que extinguiu o feito – Pedido de reconsideração não interrompe nem suspende o prazo para interposição de recurso – Intempestividade – Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de ação de revisão de aposentadoria julgada procedente com observação, em fase de cumprimento de sentença. A r. decisão de fls. 477/478 julgou extinta a ação, com fundamento no artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil, com o entendimento de que a ordem judicial foi cumprida.

O autor se manifestou a fls. 481/483 alegando, em síntese, que a ele foi concedida aposentadoria com proventos integrais e que estes são aqueles correspondentes aos mesmos valores que recebia quando na ativa, e não a média que foi calculada pela SPPREV por ocasião de sua aposentadoria. Pede a reconsideração da decisão de extinção do feito.

A decisão de fl. 485 manteve a sentença proferida por seus próprios fundamentos.

O autor apresentou recurso de apelação a fls. 488/496 alegando, em síntese, que a obrigação de fazer não foi satisfeita. Diz que obteve êxito quanto ao pedido de proventos na integralidade, de forma que seus proventos de aposentadoria deveriam corresponder ao valor que recebia quando estava em atividade. Aduz que seus proventos foram calculados pela média aritmética que leva em consideração os 80% maiores salários de contribuição e que não tem sentido a ação ser julgada procedente, com trânsito em julgado, e não ter eficácia jurídica.

Recurso bem respondido (fls. 499/505).

Recurso regular e intempestivo (fl. 516).

É o relatório.

Trata-se de cumprimento de sentença extinto pela decisão de fls. 477/478, que reputou cumprida a obrigação de fazer. Referida decisão foi proferida em 03.05.2016 e disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 09.05.2016.

O prazo para a interposição de recurso de apelação é de 15 (quinze) dias úteis, nos termos dos artigos 219 e 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil. O artigo 1.003 determina, ainda, que o prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

O recurso de apelação (fls. 488/496) foi protocolado apenas em 24.08.2016, ou seja, mais de quinze dias úteis após a intimação dos advogados do autor.

Ainda que em 17.05.2016 o autor tenha apresentado pedido de reconsideração da decisão, que foi indeferido, é certo que o pedido de reconsideração não suspende e nem interrompe o prazo para interposição recurso.

Assim, considerando que a sentença que extinguiu o feito foi proferida

Acesso ao Sumário

em 03.05.2016 (fl.478) e disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico cem 09.05.2016 (fl. 480), e que o presente recurso foi interposto em 24.08.2016 (fls. 488), denota-se, com clareza, que transcorreu o prazo de 15 (quinze) dias úteis, sendo, portanto, manifestamente intempestivo o recurso.

Esse entendimento já foi adotado por este E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Busca e Apreensão. Alienação Fiduciária. Prazo Recursal Peremptório. Início a partir da publicação da R. Sentença de Primeira Instância. Pedido de Reconsideração que não interrompe ou suspende o prazo. Recurso de Apelação protocolizado fora do prazo Legal. Intempestividade consumada. RECURSO NÃO CONHECIDO. **(Apelação Cível nº 1007782- 97.2013.8.26.0127, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Penna Machado, j. 19/10/2016).**

Ante o exposto, pelo meu voto, não se conhece do presente 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4004910-60.2013.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante/apelada MARIA DE LOURDES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP) e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso da autora provido e desprovido o apelo das requeridas, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.266)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 2 de março de 2017.

VENICIO SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível – Servidora pública aposentada pertencente à Secretaria de Segurança Pública – Abono permanência referente ao período compreendido entre set/2009 a nov/2011 – Descontos mensais nos proventos da servidora ante o recebimento

indevido da aludida gratificação – Inadmissibilidade. Irrepetibilidade de verbas de natureza alimentar, recebidas de boa-fé, e que foram pagas por equívoco cometido pela Administração Pública. Pedido julgado procedente no 1º grau.

– sentença reformada para adequação dos consectários legais – correção monetária pela TPTJSP, a partir da data dos descontos indevidos e juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação.

– recursos interpostos contra sentença publicada após 18.03.2016, portanto, cabível na hipótese a fixação de honorários sucumbenciais recursais em desfavor das requeridas, arbitrados nesta 2ª instância em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §8º e §11, do Novo Código de Processo Civil.

Recurso da autora provido e desprovido o apelo das requeridas.

VOTO

Cuida-se de ação processada pelo rito ordinário, ajuizada por **MARIA DE LOURDES DOS SANTOS** em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e **SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV**, objetivando-se a declaração de inexigibilidade de débito dos descontos efetuados nos proventos da servidora, correspondentes aos valores pagos indevidamente sob a rubrica de "abono permanência" referente ao interregno de setembro/2009 a novembro/2011, período no qual a autora já havia passado para a inatividade. Pleiteia, ainda, a devolução dos valores descontados, devidamente corrigidos e atualizados, observada a prescrição quinquenal.

A r. sentença julgou procedente a ação para declarar a inexigibilidade do descontos discutidos no bojo da ação e condenando as requeridas à restituição dos valores descontados dos proventos da autora, acrescidos de correção monetária a partir dos descontos e juros de mora, ambos na forma do artigo 1ºF da Lei nº 9.494/97. Em razão da sucumbência, condenadas as requeridas ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação **(fls. 129/132).**

Apelou a autora para o afastamento dos consectários legais consignados no *decisum*, em especial a Taxa Referencial – TR, como fator de correção monetária, pugnando pela aplicação da Tabela Prática deste E. Tribunal **(fls. 134/140).**

Por sua vez, apelaram as requeridas pugnando pela reforma do julgado,

Acesso ao Sumário

decretando-se a improcedência do pedido inicial **(fls. 142/154).**

Contrarrazões apresentada pela autora às **fls. 158/167**. As requeridas não ofertaram contrarrazões **(fls. 169).**

É o relatório

O recurso da autora comporta provimento, por sua vez, o apelo das requeridas deve ser desprovido.

A autora é servidora pública estadual inativa pertencente à Secretária de Segurança Pública.

No interregno compreendido entre set/2009 a nov/2011, passou a perceber, como se na ativa estivesse, o indigitado "abono permanência".

Nesse contexto, as requeridas constatando o pagamento indevido da aludida verba, passaram a realizar descontos nos proventos da autora para fins de ressarcimento dos valores pagos equivocadamente pela Administração.

Pois bem.

De início, imperioso ressaltar que os enganos ou equívocos cometidos pela Administração Pública no pagamento ordinário a seus servidores, em atenção à jurisprudência pacífica do STJ, que ressalva apenas circunstâncias especiais, ***não comportam desconto ou devolução***, pois se presume a boa-fé dos servidores, além de atender o caráter "alimentar" dos vencimentos e proventos.

No caso em pauta, a autora, percebeu o "abono permanência", gratificação cuja competência para pagamento decorre do poder discricionário da própria Administração Pública, em consonância com os ditames legais que regulam a disciplina, circunstância que bem confirma a boa-fé do servidor, que é pressuposto indispensável para impedir o desconto.

É fato que todo e qualquer pagamento indevido feito pela Administração Pública, mormente em face da inclusão equivocada de uma verba específica, permite a constatação da **boa-fé** do servidor, inibindo, também, por força do sentido alimentar do pagamento, a cobrança e reversão dos créditos excessivos.

No que toca aos consectários legais, o apelo da autora comporta provimento, devendo ser reformada a r. sentença tão-somente para o afastamento da Taxa Referencial como fator de correção monetária.

Assim, os valores deverão ser oportunamente liquidados e **corrigidos monetariamente pela Tabela Prática deste E. Tribunal**, a partir da data dos descontos, acrescidos de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, conforme disposto no art. 1.º-F, da Lei n.º 9.494/97.

Cumpre observar o imperativo afastamento das disposições contidas na Lei nº 11.960/09, tendo em vista o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal nas ADI's nº 4.357 e 4.425 e, mormente a **REPERCUSSÃO GERAL Nº 810**. Destarte, revendo a posição anteriormente adotada, em observância ao

Acesso ao Sumário

princípio da segurança jurídica, inaplicável o combatido diploma legal, salvo alteração superior do entendimento das Cortes de Brasília.

Por fim, verifica-se que a sentença cuja reforma se postulou em sede de apelação foi publicada em 30.03.2016 **(fls. 133)**, Por sua vez, os recursos de apelação foram interpostos respectivamente em 05.04.2016 (autora) e 12.04.2016 (requeridas), portanto, sob a égide do novel Código de Processo Civil.

Nessa quadra, aplicável o Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na sessão realizada em 09 de março de 2016 pelo Plenário, que determina: "*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, ante o acolhimento do recurso da autora, ficam condenadas as requeridas, solidariamente, nesta 2ª instância, em honorários sucumbenciais recursais fixados em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §8º c.c. §11 do NCPC.

Para fins de prequestionamento é de se reconhecer que a lide envolve apenas LEGISLAÇÃO LOCAL e se debruça sobre QUESTÕES DE FATO.

Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso da autora e **nega-se provimento** aos recursos das requeridas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010417-97.2012.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI, são apelados ACTIVE ENGENHARIA LTDA. e SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC.

ACORDAM, em 10ª 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 096/17)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente), TORRES DE CARVALHO e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de consignação em pagamento. SESC/ SENAI. Contribuição Social adicional. Empresa prestadora de serviços do ramo da construção civil. Enquadramento como empresa industrial e sujeito passivo da contribuição ao SENAI. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Autora que não nega o fato de que possui quadro de empregados superior a 500 e não impugnou o apurado pela fiscalização promovida pela apelante. Contribuição devida. Art. 6º do Decreto-lei n. 4.048/42. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou procedente ação de consignação em pagamento movida em face do Serviço Social do Comércio – SESC e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, para declarar ser o SESC legítimo destinatário das contribuições recolhidas pela autora, ficando cancelada a guia de recolhimento adicional emitida pelo SENAI (fls. 328/330 e 380), apelou o SENAI insistindo que a natureza da autora é de empresa industrial e não apenas de prestação de serviços, uma vez que exerce atividades vinculadas ou é coadjuvante da indústria da construção civil e possui até Atestado de Capacidade Técnica emitido pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de São Paulo; disse que o escopo contratual da empresa "é executado através de gerenciamento informatizado dos serviços de engenharia de manutenção, através de software próprio para essa atividade" e que, de acordo com os parâmetros insculpidos no art. 577, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, pertence ao 3º grupo do Plano da Confederação Nacional da Indústria – CNI, denominado "Indústria da Construção"; anotou que somente se enquadramo no FPAS 515, que identifica os contribuintes do SESC/SENAC, aquelas empresas de engenharia consultiva que não atuam na área da Indústria da Construção, que não é o caso da autora; mencionou jurisprudência relacionada ao tema (fls. 353/375). Foram apresentadas contrarrazões defendendo a sentença (fls. 396/410).

É o relatório.

A autora informou ser empresa regularmente constituída, com sede no Município de Diadema, que atua precipuamente na prestação de serviços a órgãos da administração direta e indireta das esferas Federal, Estadual e Municipal, conforme disposto na cláusula segunda de seu contrato social (fl. 29).

Alegou que, em virtude de sua expertise, recolhe contribuição de terceiros

Acesso ao Sumário

– Sistema "S" – pelo CNAE 7112.0.00, FPAS 515, Cod. Terc. 115, o qual direciona a contribuição ao Serviço Social do Comércio – SESC.

Informou que o SENAI empreendeu fiscalização em sua sede e lavrou notificação de débito (fls. 133/140) com relação à denominada Contribuição Adicional.

Por existir dúvida sobre a legitimidade do crédito proveniente da contribuição em análise, principalmente porque no seu entender jamais exerceu atividade industrial e, com fundamento no art. 335, do Código Civil, ingressou em juízo com a presente ação de consignação em pagamento, pleiteando fosse determinada qual a entidade credora dos recolhimentos (fls. 02/26). Diante do reconhecimento da procedência da demanda para declarar ser a ré SESC a legítima destinatária das contribuições recolhidas pela autora, ficando cancelada a guia de recolhimento adicional emitida pelo SENAI, esta última ingressou em juízo com o recurso ora em análise.

O SENAI foi criado pelo Decreto-lei n. 4048/42, de 24-1-1942, ao qual compete organizar e administrar, em todo o país as escolas de aprendizagem para os industriários. O Decreto-lei n. 494/62, de 10-1-1962 aprovou o Regimento Interno do SENAI que, de modo geral, segundo o art. 1º do Anexo tem por objetivo realizar a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição; assistir os empregadores na elaboração e execução de programas gerais de treinamento de pessoal dos diversos níveis de qualificação e na realização de aprendizagem metódica ministrada no próprio emprego; proporcionar aos trabalhadores maiores de 18 anos a oportunidade de completar a formação profissional; conceder bolsas de estudo e aperfeiçoamento; cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria e atividade assemelhada.

Para consecução de tais objetivos foram criadas duas contribuições: a contribuição geral e a contribuição adicional. A contribuição geral para o SENAI foi criada pelo Decreto-lei n. 4048/42 (art. 4º, *caput*), que obrigou os estabelecimentos industriais nas modalidades de indústrias enquadradas na Confederação Nacional da Indústria ao pagamento de uma contribuição mensal para montagem e custeio das escolas de aprendizagem. O pagamento da contribuição foi estendido, posteriormente, pelo Decreto-lei n. 4936/42, de 7-11-1942 às empresas de transportes, de comunicações e de pesca (art. 3º). O Decreto-Lei n. 6246/44, de 5-2-44 definiu que são estabelecimentos contribuintes do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial as empresas industriais, as de transportes, as de comunicações e as de pesca e as empresas comerciais ou de outra natureza que explorem, acessória ou concorrentemente, qualquer das atividades econômicas próprias dos estabelecimentos indicados anteriormente (art. 2º, a e b).

Acesso ao Sumário

O Decreto-lei n. 4048/42 previu, ainda, a possibilidade de cobrança de uma contribuição adicional dos estabelecimentos que tiverem mais de 500 operários:

"Art. 6º A contribuição dos estabelecimentos que tiverem mais de quinhentos operários será acrescida de vinte por cento.

Parágrafo único. O Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários aplicará o produto da contribuição adicional referida neste artigo, em beneficio do ensino nesses mesmos estabelecimentos, quer criando bolsas de estudo a serem concedidas a operários, diplomados ou habilitados, e de excepcional valor, para aperfeiçoamento ou especialização profissional, quer promovendo a montagem de laboratórios que possam melhorar as suas condições técnicas e pedagógicas."

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, as empresas prestadoras de serviço no ramo da construção civil – caso da autora – enquadram-se como empresa industrial e se sujeitam às contribuições ao SENAI. Vale referir o Agravo Regimental no Recurso Especial 1089935/CE, Rei. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 06/05/2010, DJe 27/05/2010: 1. Esta Corte possui entendimento assente no sentido de que as empresas prestadoras de serviços no ramo da construção civil estão sujeitas às contribuições para o SESI/SENAI, por se enquadrarem no conceito de empresa industrial. Precedentes: REsp 870.483/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25.3.2008; REsp 524.239/PE, Rei. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 1.3.2004."

No mesmo sentido, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Ag 740812/MG, Rei. Min. JOSÉ DELGADO, j. 16/05/2006, DJ 08/06/2006: "É pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de que as empresas industriais, enquadradas na classificação contida no art. 577 da CLT, estão sujeitas ao recolhimento das contribuições sociais destinadas ao SESI e SENAI."

Nestes autos, ao que consta da inicial e da notificação de débito n. 71280-L (fls. 133/140), o SENAI efetua a cobrança da contribuição adicional, a qual foi questionada pela autora.

A requerente não nega ter em seu quadro mais de 500 empregados, e não infirmou o apurado pela fiscalização promovida pela ora apelante. Nada esclareceu quanto aos dados constantes no quadro de valores de fl. 137, oriundos da fiscalização, em que estão discriminados a quantidade de empregados (superior a 500) e o período, mês a mês, entre 09/2009 e 01/2012. Inegável, portanto, que a contribuição adicional era mesmo devida ao SENAI, sendo correta a sua cobrança.

No mesmo sentido, o decido por esta 10ª Câmara de Direito Público na Apelação n. 0142263-17.2007.8.26.0000, rel. Antônio Carlos Villen, j. 17/01/11.

Assim sendo, merece reforma a r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, para

reconhecer o SENAI como legítimo destinatário dos recolhimentos efetuados pela autora a título de contribuição adicional, nos termos do art. 6º, do Decreto-lei n. 4.048/42.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos acima, invertidos os ônus de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005121-42.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ AILSON DANTAS DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e ATAIZA ALVES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso dos autores, somente para afastar a condenação ao pagamento de indenização pela ocupação indevida. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.163)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 7 de março de 2017.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANUTENÇÃO DE POSSE – Ação que pretendia a manutenção de posse, sendo que em ação de usucapião ajuizada pelos mesmos autores, foi produzido laudo pericial constatando que a área ocupada é pública.

CERCEAMENTO DE DEFESA não configurado – Prova documental e pericial exaurientes e que já foram devidamente produzidas na ação de usucapião (artigo 330, I, do CPC/1973).

PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO formulado pela ré na contestação em decorrência da ocupação indevida – Natureza dúplice das ações possessórias – Reintegração que é decorrência lógica da improcedência, uma vez que se trata de bem público – Ausência de provas pela Municipalidade

Acesso ao Sumário

que justifiquem a indenização na presente demanda.

RECURSO dos autores parcialmente provido, somente para afastar a condenação ao pagamento de indenização pela ocupação indevida.

VOTO

Trata-se de **ação de manutenção de posse**, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por **José Ailson Dantas dos Santos** e **Ataiza Alves de Souza** em face da **Municipalidade de São Paulo**, alegando que ocupam o imóvel situado na rua Cristóvão Camargo, nº 07, Jardim Arizona, São Paulo, há mais de trinta anos e que ingressaram com ação de usucapião em 2008.

A r. sentença de fls. 292/293, cujo relatório se adota, **julgou improcedente a pretensão**, condenando os autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, com a ressalva de que são beneficiários da justiça gratuita. Foram acolhidos os Embargos de Declaração interpostos pela Municipalidade de São Paulo (298), sendo julgado procedente o pedido de reintegração e a condenação dos autores ao pagamento de indenização pela ocupação indevida.

A ré apela, conforme razões de fls. 167/182, pedindo a inversão do julgado, ou que seja afastado o pedido de indenização.

O recurso foi respondido (fls. 309/325).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Acerca do cerceamento de defesa, adota o Código de Processo Civil/1973 a teoria do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz. Dessa forma, o magistrado possui liberdade na análise dos elementos de convicção coligidos aos autos, devendo, em qualquer caso, decidir fundamentadamente. E, dado que a prova tem por objetivo a instrução da causa e a consequente formação do convencimento do juiz, a ele cabe conduzir o processo nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil/1973, sendo a sentença proferida na vigência deste estatuto.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que a prova documental e pericial são exaurientes e já foram devidamente produzidas na ação de usucapião. O recurso de apelação na ação de usucapião foi julgado pela Colenda 8ª Câmara de Direito Privado, nos seguintes termos:

"USUCAPIÃO – PROVA DOCUMENTAL E PERICIAL EXAURIENTES – DESNECESSIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS – CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE – BEM DE DOMÍNIO PÚBLICO – DESCABIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – ARTIGOS 183, § 3º e 191, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 102 DO CÓDIGO

*CIVIL E SÚMULA 340 DO STF – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE QUE TEM ALCANCE MAIS AMPLO DO QUE OS INTERESSES PARTICULARES – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – **APELAÇÃO DESPROVIDA**"* (Apelação nº 0230191-60.2008.8.26.0100, Relator Alexandre Coelho, julgado em 14 de setembro de 2016).

Os autores promoveram a presente ação de manutenção de posse alegando que ocupam o imóvel situado na rua Cristóvão Camargo, nº 07, Jardim Arizona, São Paulo, há mais de trinta anos e que ingressaram com ação de usucapião em 2008.

Ocorre que a Municipalidade de São Paulo fez prova no sentido de que a área ocupada pelos autores é bem de domínio público.

Como anotou o julgador "a quo":

O bem público não é suscetível de usucapião, segundo a CF, tampouco a sua ocupação induz os efeitos da posse (...). De outro lado, em ação de usucapião ajuizada pelos autores, na qual o Município também figura como réu, foi elaborado laudo pericial constatando que a área ocupada pelos autores é pública, tanto que a referida ação foi julgada improcedente" (fl. 292).

A ocupação de área pública não configura posse, mas mera detenção, e em princípio excetuadas hipóteses em que o particular demonstre justo título para se encontrar no imóvel também não gera direito a retenção ou a indenização. Nesse sentido, o seguinte julgado do STJ:

> "***A jurisprudência assentada no Superior Tribunal de Justiça considera indevida a indenização por acessões construídas sobre área pública irregularmente ocupada***." (STJ, Primeira Turma, REsp 850.970-DF, j. 01.03.2011, Rel. o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI). "***PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA. DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELAS ACESSÕES. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência assentada no Superior Tribunal de Justiça considera indevida a indenização por acessões construídas sobre área pública irregularmente ocupada***." (STJ, REsp 850970-DF, 1ª Turma, j. 01.03.2011, Rel. o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI). ***"1. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de ser reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. 2. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção."*** (STJ, REsp 556.721-DF, 2ª Turma, j. 15.09.2005, Rel. a Min. ELIANA CALMON, DJU 3.10.2005).

Acesso ao Sumário

Os **bens públicos** são inalienáveis e não estão sujeitos à alienação. Bem por isso, não se admite posse de bens públicos, mas apenas a mera detenção. Também não geram direitos de indenização por benfeitorias.

Vários os julgados desta Corte sobre a matéria:

"OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO – Ação de reintegração de posse – Bem de uso comum do povo, passeio público – Mera detenção que, precária, não gera direitos de posse, tampouco de retenção ou indenização por benfeitorias..." (AC nº 296.803-5/9, v.u., j. 07/05/07, Rel. Des. CARLOS EDUARDO PACHI).

"Reintegração de posse – Por se tratar de bem público, os invasores possuíam apenas mera detenção do terreno – Ocupação indevida da área – Esbulho caracterizado – Recurso improvido" (AC nº 558.044-5/3, v.u., j em 24/09/07, Rel. Des. LEME DE CAMPOS).

Ademais, a regra do art. 1.219 do Código Civil mencionada na inicial e que assegura a indenização por benfeitorias necessárias e úteis aplica-se exclusivamente ao possuidor de boa-fé, o que não ocorre no caso vertente, conforme já exposto.

Logo, não há razões para qualquer indenização, tampouco a título extrapatrimonial, eis que não caracterizado qualquer ato ilícito.

Quanto à questão da autora ser ou não inserida em algum programa de moradia, não cabe ao Poder Judiciário intervir considerando que se trata de mera discricionariedade do Poder Público." (grifei).

> *"A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil). Precedentes do STJ"* (REsp 489732/DF, Min. Barros Monteiro, DJ 13/06/2005).
>
> *"REINTEGRAÇÃO DE POSSE. O bem público é insuscetível de aquisição por particulares diante de sua inalienabilidade originária, não cabendo sequer a invocação de usucapião. Imprescritíveis os direitos relativos à propriedade, no caso, não enseja a posse, mas, por parte de quem nele se instala, mera detenção que, a seu turno, não goza de proteção da lei civil nem gera direito à retenção e indenização pelas benfeitorias. Discricionariedade da Administração na análise da concessão de uso especial, no que o Poder Judiciário não poder intervir. Sentença de improcedência confirmada . Recurso não provido"* (Apelação nº 0048797-14.2011.8.26.0554- Santo André, Rel. Coimbra Schimidt, julgado em 27 de julho de 2015).
>
> *"Ação de Indenização por danos materiais. Moradores de área localizada na Serra do Mar, área de proteção ambiental permanente, em Cubatão, e que está sendo objeto de desocupação. Autores que pleiteiam*

Acesso ao Sumário

o pagamento de indenização pelas benfeitorias realizadas nos imóveis. Sentença de improcedência. Recurso dos autores buscando a inversão do julgado. Inviabilidade. Integral ausência de fatos que fundamentassem a pretendida indenização. Autores que ocupam área ambiental de preservação permanente. Bem de uso comum do povo e insuscetível de indenização. Autores que, por sua vez,

fazem jus aos benefícios da gratuidade processual. Recurso parcialmente provido, tão somente para deferir os benefícios da gratuidade de Justiça. Apelação nº0008559-48.2009.8.26.0157, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Arold Viotti, julgado em de janeiro de 2016).

"Ação de reintegração de posse de bem público - A ocupação de bem público por particular, por tolerância do Poder Público é mera detenção, não gerando nenhum direito - O bem público não pode ser objeto de usucapião, sendo impossível a desafetação por mera vontade do particular - O bem público não se sujeita ao abandono.

Impossibilidade de indenização por acessões e benfeitorias. Nega-se provimento ao recurso interposto." (AC 994.07.185663-1 – Comarca de São Paulo – 13ª Câmara de Direito Público – Relator Ricardo Anafe – julgado em 31/03/10).

Configura esbulho a ocupação de bem público sem autorização, que é sempre precária, e o simples decurso do tempo não gera nenhum direito aos autores, sendo, portanto, juridicamente irrelevante que se tenha prolongado por muitos anos.

No dizer de **HELY LOPES MEIRELLES** ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, 30ª ed., 2005, p. 505), "***Observamos que a utilização indevida de bens públicos por particulares, notadamente a ocupação de imóveis, pode e deve ser repelida por meios administrativos, independentemente de ordem judicial, pois o ato de defesa do patrimônio público, pela Administração, é auto-executável, como o são, em regra, os atos de polícia administrativa, que exigem execução imediata, amparada pela força pública, quando isto for necessário***."

A reintegração é decorrência lógica da improcedência, uma vez que se trata de bem público.

O apelo comporta parcial provimento, apenas quanto a desnecessidade de indenização pelo uso do imóvel, como ficou decidido nos Embargos de Declaração (fl. 298). Têm razão os apelantes quando afiram que "*não se tem prova nos autos de Prejuízo algum para a Municipalidade em decorrência da Ocupação do Imóvel, como por exemplo, reflexo na economia do Município, como por exemplo, que deixou de fazer alguma obra de cunho social, como Escola ou similar*" (fl. 303).

Eventualmente, pode a Municipalidade determinar o desfazimento de benfeitorias e construções que comprometam a utilização do bem público. Entretanto, deve fazer prova do seu direito em ação própria e de eventual resistência dos ora autores na recomposição do terreno em condições adequadas de utilização pela Municipalidade de São Paulo.

Embora as ações possessórias tenham natureza dúplice, de maneira que o artigo 922 do CPC admite que o réu formule em seu pedido proteção possessória e indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor, não se pode admitir que tal indenização seja deduzida por presunção. A mera alegação de prejuízo, sem qualquer elemento probatório e os fatos narrados nos autos, não permitem, portanto, que se acolha tal pretensão da Municipalidade nesta demanda.

Resta mantida a sucumbência e os honorários advocatícios fixados pelo julgador "a quo", e conforme o disposto no artigo 21, parágrafo único do CPC/1973, observando-se que os autores são beneficiários da justiça gratuita.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao apelo apenas para afastar a condenação dos autores ao pagamento de indenização pela ocupação indevida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000404-98.2015.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que é apelante DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN, é apelada LUCIANA DOS SANTOS ALVES OLIVEIRA.

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 29.771)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 8 de março de 2017.

DANILO PANIZZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – MULTA DE TRÂNSITO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE FORMALIDADE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO NO PRAZO LEGAL – INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE

INFRAÇÃO E MULTA – CERCEAMENTO DE DEFESA – OCORRÊNCIA – CABIMENTO.

Quando ocorrer ausência de notificação, cabível a declaração de insubsistência da autuação. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Luciana dos Santos Alves Oliveira propôs ação ordinária com pedido de tutela antecipada em face do Departamento Estadual de Trânsito – Detran, perante o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Taquaritinga, objetivando a nulidade das multas impostas em seu prontuário, por ausência de notificação. Pede a procedência da ação.

A r. sentença de fls. 96/98, com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC, julgo procedente o pedido para declarar nula a multa de trânsito relativa aos autos de infração números AIT 3B6378272, 3B378273 e 3B6378276, ficando confirmada a liminar concedida. Arcará o réu com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R$1.000,00 (mil reais).

O recurso de apelação da ré veio a partir de fls. 103, reiterando os termos expostos na inicial, pedido a reforma da r. sentença e o provimento do recurso.

As contrarrazões vieram a partir de fls. 115.

O recurso de apelação foi recebido às fls. 125 no efeito devolutivo, nos moldes do art. 1.012, § 1º, do NCPC.

É o relatório.

Pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

Nesses termos, em que pese a combatividade do apelante, tem-se que a r. sentença decidiu com acerto a questão, que é fundamentalmente fática e de análise do conjunto probatório dos autos.

A autora tem por objetivo a declaração de insubsistência dos autos de infração, diante da ausência de prova regular e tempestiva do envio da notificação da autuação, e do exercício do direito de defesa na seara administrativa.

Embora a apelante sustente a presunção de veracidade e de legitimidade do ato administrativo, o certo é que o conjunto probatório trazido aos autos a afasta, considerando que a presunção não pode se sobrepor à lei.

No caso em tela, não restou demonstrado que a autora tenha sido notificação no prazo de 30 dias, conforme determina o art. 281, parágrafo único,

Acesso ao Sumário

inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, não tendo a apelante comprovado a necessária notificação da autora a respeito das autuações de trânsito, uma vez que em consonância com as disposições previstas nos arts. 281 e 282, do Código de Trânsito Brasileiro, as quais determinam apenas a remessa postal ao endereço do proprietário do veículo, não exigindo entrega pessoal ou assinatura de recebimento pessoal.

Neste sentido também é a Súmula 312 do STJ:

"*No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração*".

Portanto, não há como se cogitar a respeito da presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo, considerando que o mesmo afrontou o disposto no art. 281, parágrafo único do CTB, o que enseja a declaração de insubsistência da autuação.

Desta forma, correta a r. decisão de primeiro grau, o que enseja a sua manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante ao exposto, de acordo com o contexto acima, conclui-se lídima a r. decisão proferida pela nobre Magistrado de primeiro grau que deve prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004569-66.2007.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVI, são apelados SITE ITAPEVI NOTICIAS (E OUTROS(AS)), NILTON MARTINS RAMOS, FERNANDO TEODORO ALVES, GISELE LOZANO e VAGNER ALEXANDRE.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.654)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 7 de março de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – Pretensão da autora a proibir a utilização pelo réu da bandeira e selos da prefeitura municipal em "site" da internet – Improcedência – Não comprovação do uso indevido – "Site" de caráter privado – Não verificado uso irregular dos símbolos municipais – Liberdade de utilização daqueles de forma jornalística e informativa – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso (fls.286/296), em face de decisão (fls.270/271), proferida em ação de rito ordinário com pedido de antecipação de tutela, objetivando a autora a determinação de que o réu não se utilize da bandeira e selos da Prefeitura Municipal de Itapevi, em suas publicações na internet, julgando-a improcedente.

A tutela antecipada foi indeferia a fls. 16, decisão em face da qual foi interposto agravo de instrumento (fls.26/33) ao qual foi concedido efeito suspensivo (fls.31), mas que ao qual a final foi negado provimento a fls. 260.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls.297), sem resposta, sem preparo.

É o relatório.

Relata a autora que o "site" requerido tem utilizado a bandeira e o selo da Municipalidade, de forma diversa da prevista em lei. Invocou o disposto no artigo 1º e o parágrafo único da Lei 1.565/2002, bem como a Lei 5.700/71, artigo 13 e o artigo 10 que somente permite a utilização da bandeira em manifestações de sentimento patriótico dos brasileiros, de caráter oficial ou particular. Que os selos visam autenticar os atos do governo, e não poderia ter sido objeto de uso pelos réus. Postulou através desta ação que os réus se abstenham de usar em sua página na internet os símbolos do Município, sob pena de multa diária.

A r. decisão acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelos réus Fernando, Gisele e Vagner, pois não há evidencias que referidos réus tenham qualquer vinculo ou autonomia no que toca ao editorial do "site" réu. Assim em relação a estes extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil, e no mais julgou a ação improcedente, extinguindo o feito com apreciação do mérito nos termos do artigo 269, I do Código de Processo Civil. Condenou, ainda, o autor ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 20 parágrafo 4º do Código de Processo Civil.

Apela o Município pleiteando a reforma da decisão.

Acesso ao Sumário

O recurso não merece ser provido.

A sentença está correta, pois não houve qualquer uso indevido dos símbolos do Município. Conforme bem lá salientado:

"... as notícias constantes do sítio evidenciam tratar-se de sítio de caráter privado, não verificando uso irregular de qualquer símbolo do Município".

Além disso, o autor não fez prova de que o uso dos símbolos tivesse sido indevido, coisa que lhe competia a teor do artigo 333 – I do Código de Processo Civil:

O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Assim cumpre trazer aqui os termos da decisão proferida nos autos do agravo de instrumento 706.864-5/8, da lavra deste relator ao decidir recurso em face de decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela:

"Em visita ao sítio, percebe- se, claramente, que se cuida de um "site" privado. O domínio não apresenta nenhuma terminação oficial, há propagandas de profissionais e marcas particulares etc. Enfim, o leitor mais descuidado, perceberia que se trata de "site" privado. Inclusive, até, por algumas de suas opções, v.g. "Fatos e Babados".

O contraponto está na utilização da bandeira, símbolo municipal, no "site" em face do próprio direito de liberdade de expressão e informação. Divergências políticas locais não podem cercear a liberdade de expressão e de informação garantidas pela Carta Maior. A utilização da bandeira, em nada "oficializa" o "site" em questão, cuida-se, na verdade, da liberdade de se utilizar símbolos públicos de forma jornalística e informativa, "in casu", até mesmo, como um recurso visual e atrativo aos leitores municipais".

(...)

"in casu", não há prova inequívoca das alegações, sendo a matéria controversa não se vislumbra o "fumus boni juris" (...).

Ademais, o principio "jura novit cúria" significa que ao magistrado compete conhecer a lei, consequentemente, torna-se desnecessário provar em juízo a existência dela. No entanto, referido princípio comporta as seguintes exceções: direito estrangeiro, direito estadual, direito consuetudinário, direito municipal, Nestes casos, a parte precisa provar o teor e a vigência do direito, conforme preceitua o art. 337 do Código de Processo Civil.

Assim a alegação do agravante "sobre a aplicabilidade da lei municipal", deveria ter sido comprovada, documentalmente, através seu teor e vigência, juntamente com a peça vestibular deste recurso, o que não ocorreu".

Acesso ao Sumário

Assim inegável que o autor deixou de proceder conforme lhe comanda a lei, deixando de comprovar seu direito.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029669-03.1996.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado INDÚSTRIA DE VIDROS PIROFRAX LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o 2º juiz. Prosseguindo no julgamento, nos termos do art. 942, par. 1º do CPC, com a participação dos desembargadores Jarbas Gomes e Marcelo Lopes Theodósio, negaram provimento ao recurso, vencido o 2º juiz, que declarará, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.922)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente), AROLDO VIOTTI, JARBAS GOMES e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 2 de novembro de 2016.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: REDIRECIONAMENTO EM FACE DOS SÓCIOS

Execução Fiscal – Inclusão dos sócios no pólo passivo do feito – Redirecionamento – Citação da pessoa jurídica ocorrida há mais de 5 anos – Reconhecimento da prescrição intercorrente – Precedentes do STJ.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de execução fiscal ajuizada pela Fazenda do Estado de São Paulo contra Indústria de Vidros Pirofrax Ltda., para a cobrança de ICMS declarado e não pago.

A r. sentença de fls. 175/178 julgou extinta a execução, em decorrência da prescrição intercorrente da pretensão satisfativa, eis que o redirecionamento da

Acesso ao Sumário

execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, o que não ocorreu no caso em tela.

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação a fls. 184/189, alegando em síntese, a inocorrência da prescrição, uma vez que o redirecionamento não foi requerido antes porque não havia motivo para isto, e que não houve "desistência tácita" em relação à pessoa jurídica executada.

O recurso não foi respondido.

Facultado às partes manifestarem-se sobre eventual oposição a julgamento virtual (fl. 201), quedaram-se inertes (fls. 203).

É o relatório.

O recurso não composta provimento.

A Execução Fiscal foi proposta em face da empresa apelada no ano de 1996.

A empresa apelada foi citada em 04 de junho de 1997 (fls. 05), não sendo localizados bens de sua propriedade que pudessem ser penhorados.

O pedido de redirecionamento aos sócios, por sua vez, foi feito pela apelante somente 17 de dezembro de 2010 (fls. 172).

Tomando-se por base a data da citação da empresa executada, e o pleito de redirecionamento da execução em face dos sócios, verifica-se haver transcorrido o lapso de mais de **13 anos.**

Dessa forma, não merece reparo a decisão de primeiro grau em reconhecer a prescrição quinquenal da ação em relação aos sócios da empresa.

Neste sentido, é hoje pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> ***PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO EXECUTIVO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO DA EMPRESA DEVEDORA E DOS SÓCIOS. PRAZO DE CINCO ANOS. ART. 174 DO CTN.***
>
> ***1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, consolidou o entendimento de que, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. (AgRg nos EREsp 761.288/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 07/12/2009). Ainda, no mesmo sentido: Resp 1.022.929/***

Acesso ao Sumário

SC, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, DJe 29/4/2008; AgRg no Ag 406.313/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 21/2/2008; Resp 975.691/RS, Segunda Turma, DJ 26/10/2007; Resp 740.292/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/03/2008; Resp 682.782/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3/4/2006.

2. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade à jurisprudência do STJ, não merecendo reparos, pois, in casu, a empresa executada foi citada em 31/12/1992 e o pedido de inclusão dos sócios no pólo passivo ocorreu em 29/04/2008 (fl. 205), ou seja: não houve a citação dos sócios dentro do prazo prescricional de cinco anos contados da citação da empresa.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1308057/SP, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, 2010/0085651-8, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Órgão julgador: T1 – Primeira Turma, Data do julgamento: 19 de outubro de 2010).

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. MAIS DE CINCO ANOS ENTRE A CITAÇÃO DA EMPRESA E A DO SÓCIO. RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a citação da empresa interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução. Todavia, para que a execução seja redirecionada contra o sócio, é necessário que a sua citação seja efetuada no prazo de cinco anos a contar da data da citação da empresa executada, em observância ao disposto no citado art. 174 do CTN.

2. Decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal do sócio, impõe-se o reconhecimento da prescrição.

3. Recurso especial provido.

(REsp 844914/SP – Relatora Ministra DENISE ARRUDA – PRIMEIRA TURMA – DJ 18.10.2007 p. 285).

Para fins de prequestionamento, consigne-se estar o julgado em consonância com a legislação constitucional e infraconstitucional mencionadas nas razões e contrarrazões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida a r. sentença tal como proferida.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no

Acesso ao Sumário

momento da interposição de referidos recursos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 35.581)

Apartei-me da Douta Maioria, e pelo meu voto dava provimento ao recurso.

A r. sentença extinguiu a Execução Fiscal, com exame do mérito, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão executiva em relação aos sócios da empresa executada. Isto em virtude de transcorridos mais de cinco anos desde a citação da sociedade executada – Indústria de Vidros Pirofrax Ltda.

Penso que realmente não se configurou a prescrição intercorrente contra o referido responsável subsidiário. A responsabilização dos sócios é pleiteada com apoio no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, dispositivo do seguinte teor: ***"Art. 135. 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".***

A execução foi proposta em dezembro de 1996 (fls. 02 verso) e a citação da executada Indústria de Vidros Pirofrax Ltda. ocorreu em maio de 1997 (fls. 05), e em junho do mesmo ano foram penhorados bens da executada (fls. 07). O processo permaneceu suspenso até maio de 2000, em razão de acordo de parcelamento celebrado entre as partes (fls. 10/12). Após tentativas frustradas de leilão dos bens penhorados (fls. 65, 67, 81, 82, 95, 96, 112 e 113), de localização de ativos financeiros em nome da empresa executada (fls. 133, 134, 136, 148 e 166), e, ainda, de nova intimação da executada (fls. 155 e 158vº), a Fazenda Estadual requereu, em dezembro de 2010, a inclusão dos sócios-administradores da empresa no polo passivo da ação (fls. 172), sobrevindo a r. sentença extintiva (fls. 175/178).

Acesso ao Sumário

O fato que se revela como vulnerador da lei e dos estatutos da sociedade, e que ensejaria o redirecionamento da execução contra o ora apelante, consistiu no irregular encerramento das atividades da executada, pressuposto suficientemente configurado à leitura da certidão do Oficial de Justiça de fls. 158vº.

Esse fato só foi apurado em outubro de 2007 (fls. 158vº). É esta data o termo inicial do prazo prescricional a incidir sobre a pretensão de "redirecionamento" da execução contra os sócios. A exequente, é bem de ver, formulou o requerimento de inclusão dos sócios no polo passivo em dezembro de 2010 (fls. 172), antes do decurso do quinquênio.

Como se colhe de precedente desta Câmara, da lavra do Des. LUIZ

GANZERLA (Apelação Cível n. 516.122-5/2): ***"É pacífico no C. STJ o entendimento de que somente é possível o redirecionamento da execução fiscal para incluir o nome dos sócios no pólo passivo da demanda caso restem comprovados os requisitos do caput do art. 135, do CTN. Nesse sentido v. aresto no REsp. nº 513.555/PR, rel. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 02.09.03, cuja ementa tem o seguinte teor: 1. Para que se viabilize o redirecionamento da execução é indispensável que a respectiva petição descreva, como causa para redirecionar, uma das situações caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do terceiro pela dívida do executado. Pode-se admitir que a efetiva configuração da responsabilidade e a produção da respectiva prova venham compor o objeto de embargos do novo executado. O que não se admite - e enseja desde logo o indeferimento da pretensão - é que o redirecionamento tenha como causa de pedir uma situação que, nem em tese, acarreta a responsabilidade subsidiária do terceiro requerido. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a simples falta de pagamento do tributo e a inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora (sociedade por quotas de responsabilidade limitada) não configuram, por si sós, nem em tese, situações que acarretam a responsabilidade subsidiária dos sócios. 3. A ofensa à lei, que pode ensejar a responsabilidade do sócio, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a que tem relação direta com a obrigação tributária objeto da execução. Não se enquadra nessa hipótese o descumprimento do dever legal do administrador de requerer a autofalência (art. 8º do Decreto-lei nº 7661/45)."***

Quer dizer: ao tempo do ajuizamento da Execução Fiscal e da citação da empresa devedora principal, a Fazenda não dispunha de ação executiva contra os sócios da executada; não podia acioná-los autonomamente, porque ainda não verificado nenhum dos pressupostos contemplados no artigo 135 do CTN. Por essa razão, ao que se supõe, o nome dos sócios não foram incluídos na Certidão de Dívida Ativa (fls. 03), tal como autoriza o artigo 202, inciso I, do Código Tributário Nacional. Não se tratava de título executivo a retratar dívida oriunda de auto infracional, e não havia, quando da inscrição do débito na dívida ativa, notícia de fato subsumível ao artigo 135 do CTN.

Desse modo, se àquela época a Fazenda Pública não dispunha de ação contra os sócios-administradores, se o direito de ação contra eles não havia nascido, não se pode, "a priori", dizer haja transcorrido prazo prescricional, que supõe não só decurso do tempo, como também inércia do credor durante esse lapso. Nem é de se entender, "data vênia", que o sócio ou proprietário da empresa fiquem "*eternamente à mercê do Estado*", ou que se esteja a consagrar a imprescritibilidade. Só se passará a cogitar de prescrição, em casos como o dos autos, se o sócio, responsável subsidiário, porventura agir de maneira subsumível aos incisos do art. 135 do CTN. E se o débito prescrever em relação

Acesso ao Sumário

à devedora principal, obviamente não remanescerá responsabilidade do sócio.

Não se ignora a torrencial orientação da jurisprudência, notadamente a do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "***A citação válida da pessoa jurídica interrompe a prescrição em relação aos sócios responsáveis pelo débito fiscal. Precedentes: REsp 205.887/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ de 01.08.2005; REsp 758934/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 07.11.2005***." (STJ, REsp. nº 682782-SC, 1ª T. j. 16.03.2006, Rel. o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI). Não é entendimento aplicável à espécie dos autos, porquanto nada havia a interromper quando da citação da pessoa jurídica. A pretensão em princípio endereçável aos sócios da executada ainda não havia nascido.

Estas, em síntese, as razões pelas quais, pelo meu voto, dava provimento ao recurso.

AROLDO VIOTTI, Desembargador, Segundo Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038529-80.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado SANDRA LÚCIA MARTINO LANGHI.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. RECURSO DO MUNICÍPIO PROVIDO", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.097)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 14 de março de 2017.

MARREY UINT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos à Execução de Sentença – Observância da Lei nº 11.960/09, a partir de sua entrada em vigor, ao débito exequendo – Lei 11.960/09 é de natureza processual, sendo aplicável imediatamente aos processos em trâmite – Atualização na forma do art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97 com a redação da Lei nº 11.960/09, tendo em vista a pendência de apreciação do incidente de Repercussão Geral (Tema nº 810 do

STF atrelada ao RE nº 870947). Recurso do Município provido.

VOTO

Cuida-se de embargos à execução de título judicial opostos pelo Município de São Paulo, alegando que a Embargada equivocou-se ao estabelecer o termo inicial do cômputo de juros de mora, assim como ao ignorar a aplicação da Lei nº 11.960/2009.

A r. sentença de fls. 140/147, prolatada pelo mm. Juiz Valentino Aparecido de Andrade, reconheceu a caracterização do excesso tão somente em relação ao número de dias de mora, razão pela qual julgou parcialmente procedentes os embargos, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC de 1973.

Sobreveio, então, apelo da Municipalidade de São Paulo, pugnando pela reforma do julgado no que toca à aplicação da Lei nº 11.960/2009. Nesse sentido, defende que o cálculo do débito executado obedeça à aludida norma (Lei nº 11.960/2009), a partir da sua vigência, condenando-se a parte contrária no ônus da sucumbência (fls. 164/175).

Contrarrazões às fls. 180/188.

É o relatório.

A controvérsia cinge-se à aplicação da Lei Federal nº 11.960/09, para cálculo da correção monetária, no crédito exequendo.

Com o devido respeito ao entendimento do Juízo de primeiro grau, o recurso merece provimento, de modo que as parcelas devidas deverão ser apuradas de acordo com a Lei nº 11.960/09, quando os juros de mora e a correção monetária são calculados pelos índices da poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Vale salientar que o Supremo Tribunal Federal, em Plenário realizado em 13.03.2013, no julgamento das ADIs nºs 4357 e 4425, declarou que o uso da taxa referencial como fator de correção monetária é manifestamente inconstitucional por não traduzir o grau de desvalorização da moeda nem preservar o valor real do patrimônio auferido por meio da sentença judicial.

E recentemente foram julgadas as questões de ordem levantadas nas ADIs 4425 e 4437, em que a Suprema Corte conferiu eficácia "ex nunc" à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial, a data de conclusão do julgamento, qual seja, 25.03.2015, mas tal determinação somente estabeleceu regras para a fase de execução de precatórios já expedidos.

Ocorre que a aplicação da Lei nº 11.960/2009 somente foi determinada, na modulação, para os precatórios expedidos até 25.03.2015, situação não aplicável ao presente caso.

Acesso ao Sumário

Assim, permanece válido o disposto na Lei nº 11.960/2009, nos termos do Comunicado nº 276/2013, da Presidência do Tribunal de Justiça, de 20.03.2013, com o seguinte teor:

> "A Presidência do Tribunal de Justiça, face à declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/209, comunica que serão mantidos, de acordo com a sistemática atual, os trabalhos desenvolvidos pela Coordenadoria e Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos deste Tribunal de Justiça, até a publicação e modulação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 4357". (DJE de 20/03/2013, p. 2. Republicação: DJE 21/02/2013, p. 2; 2/03/2013, p. 2)

Confira-se a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça sobre a matéria:

> "APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Pretensão de aplicação da Lei nº 11.960/09 - Sentença de improcedência inadmissibilidade - Efeitos da declaração de inconstitucionalidade das ADIs n. 4.357 e 4.425 que foram modulados pela Suprema Corte, em 25.03.2015, somente para fins de precatórios, nada ficando decidido quanto à fase de liquidação - Aplicação imediata, nesta fase processual, da Lei n. 11.960/09 - Sujeição do precatório à alteração de seu valor quando for decidido o incidente instaurado na Repercussão Geral n. 810/STF - Precedentes - Recurso provido." (Apelação nº 0961857-42.2012.8.26.0506, Comarca de Ribeirão Preto, 6ª Câmara de Direito Público, Relatora Silvia Meirelles, julgado em 3 de agosto de 2015)

> "APELAÇÃO. Execução contra a Fazenda Pública. Cumprimento de sentença. Alegada a necessidade de aplicação da novel legislação (Lei 11.960/09) que conferiu nova redação à Lei nº 9.494/97 no tocante aos juros de mora e atualização monetária. Irresignação. Cabimento. Denota-se que em razão modulação exarada pelo STF, quanto às ADINs 4.357 e 4.425, houve a deliberação apenas no que tange ao regime de precatório. Assim, nos demais casos, permanecem aplicáveis o art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97 e as Leis nºs 11.960/09 e 12.703/12, pois a definição ainda se encontra pendente em incidente de Repercussão Geral (Tema nº 810 do Supremo Tribunal Federal atrelada ao RE nº 870947). Decisão mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº 1016294-29.2015.8.26.0053, Comarca de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público, Relator Danilo Panizza, julgado em 4 de agosto de 2015)

Assim sendo, para o caso de ação de conhecimento de matéria não tributária, a correção monetária e juros moratórios anteriores à expedição do precatório, permanece aplicável o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, até que o STF resolva a Repercussão

Acesso ao Sumário

Geral nº 810, ainda pendente de apreciação.

Em face da sucumbência, deve responder a Embargada pelas despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R$ 500,00, nos termos dos §§ 4º e 3º, "a)", "b)" e "c)", do art. 20 do CPC de 1973.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso da Municipalidade de São Paulo, para determinar a aplicação da Lei 11.960/09 no tocante ao cálculo da correção monetária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4017927-06.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante EDUARDO FERREIRA DE TOLEDO PIZA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso e ao reexame necessário, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.402)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 1º de abril de 2017.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Previdência – Pensão por morte – Filho incapaz de servidora falecida – Doença grave que eclodiu quando o autor era menor de idade – Dependência econômica intuída – Inteligência do §4º do art. 147 da Lei Complementar nº 180/78 – Princípios constitucionais da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana – Condenação da

Acesso ao Sumário

requerida ao pagamento do benefício retroativo ao pedido administrativo – Alteração dos critérios de correção monetária e juros de mora – Recurso e reexame necessário parcialmente providos, com observação.

VOTO

Apelação cível manejada por **São Paulo Previdência – SPPREV** nos autos de demanda ordinária ajuizada por **Eduardo Ferreira de Toledo Piza** (representado por sua curadora **Maura de Toledo Piza Rinco**), os quais tramitaram na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas, cujos pedidos foram julgados **procedentes**, concedendo o benefício da pensão por morte ao autor e condenando a requerida ao pagamento dos valores pretéritos, a partir da data do pedido administrativo, com correção e juros de mora de **0,5%** (meio por cento) ao mês. Ainda, foi determinado que a demandada deverá arcar com honorários advocatícios, fixados em **10%** (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Vindica a parte apelante a desconstituição da r. sentença, a fim de que seja negada a concessão da pensão por morte, uma vez que não restou comprovada a dependência econômica entre o autor e a genitora. Subsidiariamente, requer o pagamento da pensão nos termos do **art. 144 da Lei Complementar nº 180/78**, com redação dada pela **Lei Complementar nº 1.012/07** e a incidência de juros moratórios e correção monetária consoante disposição da **Lei nº 11.960/09.** Por fim, requer a redução do valor fixado a título de honorários advocatícios.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado (fls. 218/232).

A **E. Procuradoria-Geral de Justiça** se manifestou pelo desprovimento do apelo (fls. 245/247).

Devidamente intimadas, as partes não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 250).

Tal, em abreviado, o relatório.

Acesso ao Sumário

Considera-se interposto o reexame necessário diante da iliquidez do valor da condenação, nos termos do enunciado da **Súmula nº 490**[1] **do A. STJ.**

Em que pese aos fundamentos do julgado, este comporta singelo retoque quanto aos critérios de correção monetária e juros de mora.

Demanda ordinária ajuizada por Eduardo Ferreira de Toledo Piza, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte de sua genitora, Geraldina Ferreira de Toledo Piza, falecida em **27.8.2012** (fls. 28), com o pagamento das parcelas desde a data do requerimento administrativo.

1 "A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas."

Por oportuno, observa-se que o demandante foi acometido por meningoencefalite (CID 10 G 04) quando possuía um ano de idade, vindo a apresentar sequelas irreversíveis da doença neurológica, sendo-lhe nomeada curadora Geraldina Ferreira de Toledo Piza em 1994 (fls. 31).

Nesse contexto, incontroverso que o filho menor detém a condição de beneficiário (**art. 147 da Lei 180/78**), e comprovado o advento da enfermidade neste período tendo em vista que os documentos apresentados atestam que a grave doença surgiu ao tempo em que o requerente era criança –, não seria razoável desamparar o beneficiário. Nessa linha, por sinal, passou a prever a redação do **§4º do art. 147**, trazida pela **Lei 1.012/07**:

> **§ 4º - A invalidez ou a incapacidade supervenientes à morte do servidor não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício.**

Destarte, resta inequívoca a dependência econômica do autor, pois era menor quando do acometimento da doença e, após a maioridade, diante da incapacidade civil e laborativa, não poderia o demandante ter condições de se sustentar. Aliás, corrobora a condição de dependente econômico o fato de a genitora do autor ser sua curadora desde 1994 e ter solicitado ao ente previdenciário o reconhecimento da condição de beneficiário ao seu filho, quando já idosa, do que se infere que até então, ela o sustentava com o valor recebido do benefício (fls. 41).

Destarte, forçoso conceder ao autor o direito ao recebimento de pensão por morte.

Ademais, o **A. STJ**, ao confirmar acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que manteve a sentença ao apreciar caso análogo, prestigia a observância aos *princípios constitucionais da razoabilidade* e *da dignidade da pessoa humana:*

> **ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. FILHO. INCAPACIDADE POSTERIOR AO ÓBITO DO INSTITUIDOR. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.**
>
> **1. Nos termos da Súmula 126 do STJ, não se admite o recurso especial quando, por não se haver interposto recurso extraordinário, permanecer incólume o fundamento constitucional do acórdão recorrido.**
>
> **2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o pagamento de pensão por morte deve retroagir ao momento em que o dependente requereu administrativamente a sua habilitação.**
>
> **3. Recurso especial conhecido em parte e não provido.**

Acesso ao Sumário

(...)

Com base nos princípios da razoabilidade e da dignidade humana, e a partir da interpretação sistemática das normas concernentes ao pensionamento, o julgador de origem acolheu a pretensão do autor.

Transcrevo e adoto como razões de decidir os fundamentos da sentença:

(...)

Analisando as normas supracitadas, à primeira vista poderia ser entendido que o autor não faria jus ao benefício de pensão por morte, em virtude de não ser incapaz na data do óbito de seu pai, o que é inclusive reiteradamente proclamado pela jurisprudência nacional.

Todavia, no caso em exame, há peculiaridade que aconselha a não adoção de tal entendimento, pois representaria afronta aos princípios da razoabilidade e da dignidade humana.

Explico.

A pensão por morte é benefício destinado à proteção do dependente, que, no caso dos filhos, visa resguardar sua condição de menor ou incapaz, condição esta que, a princípio, o impede de prover sua subsistência enquanto durar a menoridade ou invalidez.

No caso, em se tratando a menoridade de dependência presumida, ao atingir a idade limite, entende-se que o dependente possui plenas condições de garantir seu sustento, o qual, até então, seria mantido pelos seus genitores ou, na falta destes, pelo Estado, em obediência aos preceitos contidos no artigo 227 da CF.

(...)

Friso que a própria Administração reconhece a invalidez do requerente (fl. 34).

No ponto, ressalto que o infortúnio invalidante ocorreu quando o autor era menor, sob a proteção do Estado e em pleno gozo de pensão por morte do pai, estando a ré a indeferir a manutenção do benefício porque a incapacidade sobreveio ao óbito de seu genitor, servidor público, ocorrido em 20.10.1999.

Ou seja, a Administração está negando amparo a filho incapaz porque este perdeu a condição de menor, apesar de reconhecer que ele ainda "necessita de cuidados especializados constantes" - fl. 33, ao único argumento de que o óbito do instituidor precedeu a incapacidade do dependente.

Todavia, entendo que a negativa da ré em reconhecer a manutenção de sua condição de dependente não atende ao princípio da razoabilidade, o qual impõe à Administração um agir consentâneo com a finalidade buscada pela norma jurídica e que é exigência para a validade de qualquer ato administrativo.

Acesso ao Sumário

(...)

Na situação em tela, deve ser feita uma interpretação sistemática das normas concernentes ao pensionamento, a fim de permitir que o Estado efetive o devido respeito à dignidade do requerente (art. 1º, III, da Constituição Federal), não o deixando entregue à própria sorte, porquanto não ostenta condições de prover o próprio sustento. (...)" (REsp 1268327/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013)

Tangente ao pedido de cálculo do benefício, tem-se que deve respeitar as disposições do **art. 144** da **Lei Complementar nº 180/78**, com redação dada pela **Lei Complementar nº 1.012/07**, vigente à época do óbito.

Por derradeiro, no que tange ao pleito relativo à verba honorária, o julgado não comporta reforma, porquanto o arbitramento se deu nos termos do **art. 20, § 4º do CPC**, à luz dos critérios estipulados pelo **§ 3º** do mesmo dispositivo, a remunerar condignamente o patrono da parte autora, sendo perfeitamente admissível a fixação em percentual, consoante entendimento do **A. STJ:**

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 85/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. EXERCÍCIO DO JUÍZO DE EQUIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSIDERAÇÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ART. 20, § 3º, ALÍNEAS A, B E C. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA OU SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

(...)

2. No mais, sabe-se que a jurisprudência desta Corte Superior já pacificou que, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, quando não foi negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação (Súmula n. 85). Precedentes.

3. Quanto à aludida afronta o artigo 20, § 4º, do CPC, ante o arbitramento dos honorários advocatícios em porcentagem, o Superior Tribunal de Justiça solidificou que, no juízo de equidade, o magistrado, além de possibilidade de adotar valor fixo, pode estabelecer percentual sobre o valor da causa ou o valor da condenação e em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC. Precedentes. (...) (AgRg no Ag 1289616/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 21/10/2010)

Sendo assim, de rigor a procedência dos pedidos formulados à inicial, concedendo ao autor o benefício da pensão por morte, com o pagamento das

Acesso ao Sumário

parcelas vencidas desde a data do requerimento administrativo. Contudo, quanto aos critérios de correção monetária e juros de mora, estes devem ser alterados.

Oportuno consignar que partilho do posicionamento de que a questão relacionada aos juros de mora e correção monetária nas condenações da Fazenda Pública antes da expedição de precatório, sobretudo no que se refere a débitos não tributários, ainda esteja *sub judice*, em vista da repercussão geral reconhecida nos autos do **RE nº 870.947/SE** (Tema nº 810), de modo que remanesceria a aplicação da **Lei Federal nº 11.960/09** na integralidade.

No entanto, curvo-me ao entendimento desta **C. 12ª Câmara de Direito Público** para adotar orientação firmada pelo **A. STJ**[2], em sede de recurso repetitivo, e considerar inaplicável a taxa referencial (TR), por não refletir a desvalorização da moeda que a correção monetária objetiva recompor, adotando o IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, desde quando devida cada parcela, e juros de mora, a partir da citação, de acordo com o índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do **art. 1º-F** da **Lei 9.494/1997**, com redação dada pela **Lei 11.960/2009**.[3]

Nesse tocante, cabe salientar que não se cogita de *reformatio in pejus*, pois a revisão dos critérios de juros e atualização monetária constitui matéria de ordem pública, cognoscível de ofício (nesse sentido: STJ, AgRg no REsp nº 1.144.272/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª Turma, j. 22.6.2010; REsp nº 578.504/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª Turma, j. 3.10.2006; AgRg no REsp 1459006/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016; AgRg no AREsp 576.125/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014).

Deixo de majorar os honorários advocatícios, posto que a r. sentença foi publicada na vigência do **Código de Processo Civil de 1973**.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso e ao reexame necessário, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002637-

2 REsp nº 1.270.439 - PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção do STJ, j. 26.06.2013.

3 Nesse sentido: Apelação nº 1006100-04.2014.8.26.0053. Relator(a): Edson Ferreira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 09/12/2016; Data de registro: 09/12/2016; Apelação nº 1023698-33.2015.8.26.0506. Relator(a): Osvaldo de Oliveira; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 30/11/2016; Data de registro: 02/12/2016.

78.2014.8.26.0180, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes MARIA EDUARDA MOURA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e LÍDIA PALOMBO PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso das Autoras e Deram parcial provimento ao apelo da FESP, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.196)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 4 de abril de 2017.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Ação indenizatória em razão de morte de detento sob a custódia do Estado – Dever de garantir a integridade física do preso, respondendo pelo dano independente de culpa do agente público – Responsabilidade objetiva, a teor dos arts. 5º, XLIX e 37, par. 6º, da Carta Magna.

DANOS MORAIS – Falecimento de detento no interior de presídio, em circunstâncias que não só poderiam como deveriam ter sido evitadas pelas autoridades – Sofrimento reconhecido – Valor indenizatório fixado e forma conjunta em R$ 25.000,00 que deve ser mantido, diante da peculiaridade do caso.

DANOS MATERIAIS – Meramente alegados e não comprovados – A indenização a este título não se justifica, pois nada nos autos permite aferir que o falecido contribuía ao sustento de dependente – Descabimento da indenização com base na pensão por morte concedida pelo INSS, que não atesta o exercício de atividade laborativa no momento ou durante a prisão.

CONSECTÁRIOS LEGAIS – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09 exarada pelo C. STF – Efeitos vinculantes – Cômputo dos juros moratórios de 1% ao mês, a contar do evento danoso, até que se

Acesso ao Sumário

inicie a incidência da correção monetária (data do arbitramento da indenização), a partir de quando se aplicará somente a taxa SELIC, pois é composta de juros de mora e de correção monetária.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Autoras decaíram de parte considerável do pedido – Manutenção do reconhecimento da sucumbência recíproca.

Recurso da FESP parcialmente provido. Recurso das Autoras improvido, com observação.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelações tempestivamente deduzidas pelas partes contra a r. sentença de fls. 212/218, cujo relatório é adotado, que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a Fazenda do Estado ao pagamento de indenização moral no valor de R$ 25.000,00, corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento lesivo. Reconheceu a sucumbência recíproca.

A FESP sustenta, em resumo, a inexistência e nexo de causalidade entre a morte do detento e a atuação da Administração Pública, a afastar o dever de indenizar. Assevera ainda que a responsabilidade se desloca da objetiva para a subjetiva e ausente comprovação da culpa ou dolo do causador do dano. Requer a redução da indenização arbitrada, a modificação do termo inicial dos consectários legais e a aplicação da Lei nº 11.960/2009 (fls. 220/239).

Por sua vez, as Autoras pugnam pela majoração do valor da indenização por dano moral, bem como fixação de pensão mensal de um salário mínimo a título de dano material (fls. 246/254).

Contrarrazões apenas da FESP a fls. 257/264.

Processados os recursos, subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso da Fazenda Estadual e parcial provimento do apelo das Autoras (fls. 272/283).

Instadas, as partes não se manifestaram quanto ao julgamento virtual, conforme certidão de fls. 285.

É o Relatório.

De início, compete esclarecer que, consoante o art. 14, do Novo Código de Processo Civil, o presente recurso será examinado de acordo com a legislação processual civil anterior (Lei nº 5.869/73), pois a decisão apelada foi proferida

Acesso ao Sumário

ainda na sua vigência.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais proposta por filha e mãe de detento morto em instituição prisional, julgada parcialmente procedente em Primeiro Grau.

Extrai-se dos autos que Alex Fabiano Antonio Pereira, genitor da menor Maria Eduarda Moura Pereira e filho de Lidia Palombo Pereira, em realidade, cumpria pena na Penitenciária Dr. Danilo Pinheiro, no Bairro Mineirão, na cidade de Sorocaba.

O detento estava recolhido em ala denominada 'Seguro' da Penitenciária e foi assassinado por preso com quem dividia a cela, consoante leitura do 'auto de prisão em flagrante delito' de fls. 38.

É dever do Estado garantir a incolumidade física da pessoa encarcerada, conforme prevê o inciso XLIX, do artigo 5º, da Constituição Federal: "*É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.*"

Logo, ao recolher o indivíduo ao estabelecimento prisional, o Estado retira-o do convívio social e o relega a prédio público que administra, devendo resguardar o detento tanto de perigos externos, quanto internos, até que cumpra sua pena.

Dispõe o art. 37, par. 6º, da Carta da República:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A responsabilidade em tela é objetiva e independe de comprovação de dolo ou culpa do agente; seus únicos requisitos são a comprovação do dano e de consequente nexo de causalidade com o fato danoso.

A integridade física dos presos deve ser garantida e assegurada pelas autoridades, conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"(...) 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, 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 excludente daquela responsabilidade estatal" (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, p. 654).

Este o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Se o indivíduo estava sob a proteção do Estado, quando recolhido à prisão, daí resulta que a responsabilidade por sua morte, causada por

Acesso ao Sumário

outros presos, deve ser debitada ao Estado" (STF, 2ª. T., RE 115.766-6-SP, Rel. Aldir Passarinho, RDA 191/197).

Importante ressaltar que a teoria do risco administrativo prevê a responsabilidade objetiva do Estado com exceções, conforme afirma ALEXANDRE DE MORAIS:

"O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233)" (Direito Constitucional – 21ª ed. – Ed. Atlas – pág. 351).

Ainda que ao caso concreto incida a responsabilidade objetiva, também ficou demonstrada a culpa do Estado, a quem cumpre manter a segurança nos presídios, incorrendo, pois, em negligência.

Ressalte-se que era de conhecimento da Administração Pública que o familiar das Autoras corria risco de morte, tanto que já estava separado em área supostamente mais 'segura' do presídio, mas nada adiantou.

O exame necroscópico concluiu que a morte do detento foi consequência de "*choque hipovolêmico por hemorragia interna torácica traumática, provocada pela ação de instrumento cortante*" (fls. 30), o que ficou atestado na certidão de óbito (fls. 21).

Diante deste quadro, pode-se afirmar que não houve atuação adequada do estabelecimento prisional a evitar a morte do detento, sendo inconcebível a desídia estatal, que evidencia ausência de vigilância adequada na carceragem.

Como já se decidiu:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Indenização por danos morais. Morte de preso custodiado em cadeia pública. Caracterizada a responsabilidade da Administração. Configurado o dano moral passível de ressarcimento. Valor indenizatório bem arbitrado pelo julgador a quo. Incidência da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. Ação julgada procedente em parte na 1ª Instância. Sentença mantida. Recurso improvido." (AC nº 0029257-91.2012.8.26.0053 – Voto nº 28.265 – Rel. Leme de Campos)

"APELAÇÕES. Ação ordinária - Indenização por danos morais e materiais. Morte de detento no interior de unidade prisional estadual, durante rebelião - Sentença de parcial procedência. Admissibilidade. Estado que tem o dever de garantir a integridade física dos detentos que se encontram sob sua custódia - Nexo de causalidade entre a conduta estatal omissiva e o evento danoso. Dano moral presumido. Valor indenizatório bem arbitrado - Ausência, contudo, de prova do dano

Acesso ao Sumário

material - Dependência econômica da autora, em relação ao falecido filho, não demonstrada - Possibilidade de aplicação da Lei Federal nº 11.960/09, até o julgamento de repercussão geral sobre a matéria (Tema 810) - Sentença reformada nesse ponto, mantidas as disposições sucumbenciais - Precedentes - Apelação da autora a que se nega provimento, provido, em parte, o apelo do Estado." (AC nº 0000335-30.2013.8.26.0142 – Voto nº 23.079 – Rel. Maria Olivia Alves)

"Se as cadeias públicas e os presídios recebessem por parte dos governantes a atenção necessária, como cela única, exigência de atividade profissional, educacional e cultural, além da segurança e outras necessidades, certamente muitas rebeliões não aconteceriam. Mas, a situação é de simplesmente colocar os presos, pessoas que precisam expiar suas penas, porque desajustados da vida em sociedade, em locais superlotados e sem condições de vida." (AC nº 421.142.5/6-00 – Voto nº 2928 – Rel. Moreira de Carvalho).

Portanto, ausentes quaisquer causas que afastem a responsabilidade estatal no evento danoso, passo à análise do pleito indenizatório.

Embora aferida a responsabilidade do Estado no infortúnio, não é devida a indenização por danos materiais, já que ausente comprovação de qualquer renda lícita auferida pelo falecido detento ou que as Autoras dependessem economicamente dele.

Consoante os elementos probatórios dos autos, durante o período em que esteve preso, a vítima não desempenhava qualquer atividade laboral. Por conseguinte, não fornecia qualquer sustento na época em que cumpria a pena.

Neste sentido:

"Ainda que, eventualmente, a vítima de homicídio contribuísse com algum rendimento para as despesas da autora, é necessário obtemperar que a causa da cessação de tal auxílio econômico não foi a sua morte nas dependências do estabelecimento prisional. Sua eventual contribuição deixou de existir, na verdade, a partir do momento em que se viu privado de sua liberdade, após a prática do ato infracional que ensejou sua reclusão. Sendo assim, a causa que desencadeou a privação de sua liberdade e a consequente cessação de rendimentos não guarda qualquer relação com o ato omissivo ou comissivo do agente público na tarefa de custodiar o detento e garantir a sua incolumidade.

Durante o período em que esteve preso, não há, nos autos, notícias de que desempenhava qualquer atividade laboral. Portanto, ele já não propiciava à autora qualquer sustento que deva ser substituído por pensão.

Nesta esteira, falta nexo etiológico para que o Estado, em virtude da morte do presidiário por outro detento, seja condenado a pagar pensão mensal às requerentes.

Acesso ao Sumário

Em consequência, a responsabilidade do Estado, nestes autos, só gera o dever de indenizar a perda oriunda da morte do detento em sede de danos extrapatrimoniais. (AC nº 994.06.096310-2, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 18.10.2010)

Por sua vez, a pensão por morte concedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS à filha Maria Eduarda (fls. 34/35), que na época contava com seis anos de idade, não tem o condão de demonstrar que seu pai exercia atividade laborativa no momento da segregação.

Isto porque o requisito para a concessão da pensão previdenciária apenas é a morte do segurado, sendo que a relação de dependência econômica é presumida em relação aos filhos menores de vinte e um anos, conforme artigo 16, parágrafo 4º, da Lei nº 8.213/91.

Assim pode-se concluir que a pensão por morte foi deferida à filha menor porque o falecido ostentava a condição de segurado por ter contribuído ao INSS (fls. 31/33).

Por sua vez, no que tange ao dano moral pleiteado pelas Autoras, este é perfeitamente admissível no caso dos autos.

Acerca do tema, discorre CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

"Para Pontes de Miranda, 'dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio' (Tratado, cit., v. 26, § 3.108, p. 30).

Orlando Gomes, por sua vez, preleciona: 'Ocorrem duas hipóteses. Assim, o atentado ao direito, à honra e boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial' (Obrigações, cit., n. 195, p. 332).

O dano moral não é a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver

Acesso ao Sumário

relação de parentesco próximos entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral (...)" (Responsabilidade Civil – 10ª edição – Saraiva – pág. 609/610).

Neste sentido, a posição do C. STJ:

"Dano Moral Puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização". (REsp 8768/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO)

A presença de dano moral no presente caso é inegável, já que o sinistro ocasionou a morte do pai/filho das Autoras em circunstância cruel e injustificável.

Ora, a mensuração do dano moral, ou melhor, a conformação do *quantum* em moeda corrente a ser destinado como instrumento de reparação pelo abalo anímico sofrido pelo ofendido, comporta um dos maiores e mais tormentosos desafios dos operadores do Direito nos tempos atuais.

Como realizar a econometria do psiquismo?! Sem dúvida, na comunidade jurídica consenso não há, sendo possível somente adotar alguns critérios mais ou menos estabelecidos e reiterados na doutrina e na jurisprudência.

Basicamente, tem-se sustentado que a indenização deverá assumir um caráter dúplice: *ressarcitório* e *punitivo inibidor* ao mesmo tempo, cabendo ao Magistrado considerar em cada caso: a) o grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) a intensidade e duração do sofrimento experimentado; c) capacidade econômica do ofensor e; d) as condições pessoais do ofendido.

Em suma, o *quantum* indenizatório do dano moral deve trazer alguma satisfação econômica ao lesado (ressarcir), desde que não implique no seu enriquecimento sem causa, como também deve desestimular a reincidência na prática do ato danoso (punir e inibir).

Segundo ANTONIO JEOVÁ SANTOS:

"A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do quantum na fixação do dano moral" (Dano moral indenizável, 4ª edição, editora RT, página 162).

O valor da indenização por danos morais não pode ser exagerado no sentido de causar enriquecimento a quem é indenizado e nem pode ser fixada em valor irrisório e insuficiente ao fim a que se destina, que é o de evitar e desencorajar futuros equívocos pela Administração e servir como indenização

Acesso ao Sumário

às Autoras pela dor experimentada.

E após analise de todos os elementos do processo, conclui-se que a indenização fixada em Primeiro Grau no valor de R$ 25.000,00 para as duas demandantes é justa para recompensar o abalo moral experimentado, não prosperando os apelos das partes objetivando reduzi-lo ou majorá-lo.

Satisfaz, por conseguinte, o binômio reparação/reprimenda, sem locupletá-las ilicitamente e sem submeter o montante à odiosa "tarifação" na reparação do dano de tal ordem.

Nesse sentido:

"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" (RJTJESP 156/94 e RT 706/67).

Descabe a aplicação da Lei nº 11.960/09, no tocante aos índices de juros de mora e correção monetária.

Aqui, necessária uma breve explicação sobre a inaplicabilidade do índice determinado pelo artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009, já que declarada a inconstitucionalidade por arrastamento.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento pacífico de que o art. 5º da Lei nº 11.960/09 possua "natureza instrumental" e, portanto, incidente sobre os processos em curso, mesmo os promovidos anteriormente à sua vigência, tal como consta da decisão exarada nos Embargos de Divergência no REsp nº 1.207.197-RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, e também no REsp nº 1.205.946-SP, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, este último julgado pelo regime dos recursos repetitivos, novo contorno jurídico há de ser seguido, agora com base no derradeiro posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O Plenário do STF, no julgamento das ADIs 4357 e 4425, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei 11.960/09, em Seção de 13 e 14 de março de 2013, ocasião em que definida a sua invalidade.

Como dito pelo Ministro CELSO DE MELLO, relator da ADI nº 652-5, a declaração de inconstitucionalidade gera um "*juízo de exclusão*" da norma, ou seja:

"A ativação da jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, deriva do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, enseja a esta Corte o exercício em abstrato da tutela jurisdicional do direito positivado na Constituição, autorizando-a a atuar como verdadeiro legislador negativo (RT 631/227)."

"A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de

exclusão, que, fundado numa competência de rejeição, deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional (RTJ 101/503).”

Assim já se decidiu: “*Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § ún), e no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § ún.; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05) (STJ – 1ª T., REsp 819.850, Min Teori Zavacki, j. 1.6.06, DJU 19.6.06)”* (THEOTONIO NEGRÃO E OUTROS – Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor – Saraiva – 44ª ed. – nota 25 ao art. 475-L – pág. 572).

E, tal entendimento deflui de decisão monocrática exarada pela Ministra Cármen Lúcia, no RE nº 747.702-SC, de 4 de junho de 2013 que, embora tenha tratado da inconstitucionalidade do art. 100, par. 12, da CF, com idênticas consequências em relação ao art. 5º, da Lei nº 11.960/09, fez regressar os autos ao Tribunal de Origem, ante o obstáculo de se aplicar o “*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*” e, com isso, adotar outro índice, impondo-se novo julgamento pelo Tribunal de Justiça Estadual (SC).

Cumpre ressaltar ainda que a determinação exarada pelo Ministro Luiz Fux para continuidade dos pagamentos de precatórios pela antiga sistemática, na forma como vinham fazendo antes da decisão proferida pelo STF, em 14.03.2013, ou ainda do entendimento sufragado nas Reclamações 16.745/SC e 16.940/SP, não impõe a sistemática trazida pela Lei nº 11.960/09, mas sim ratifica a forma que foi fixada na fase de conhecimento da ação.

Assim, os juros moratórios previstos no artigo 406, do Código Civil, incidem a partir do evento danoso, na forma da Súmula nº 54, do C. STJ, não prosperando o reclamo da FESP para aplicação após a fixação da indenização.

A correção monetária, de sua parte, incidirá a partir do arbitramento do montante indenizatório, ocorrida em Primeiro Grau, na forma da Súmula nº 362, do C. STJ, o que justifica o pontual acolhimento do reclamo da Fazenda Estadual.

E haverá o cômputo dos juros moratórios de 1% ao mês, a contar do evento danoso, até que se inicie a incidência da correção monetária (data do

Acesso ao Sumário

arbitramento da indenização). A partir daí se aplicará somente a taxa SELIC, pois ela já é composta de juros de mora e de correção monetária.

Neste sentido, julgou-se no C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBSCURIDADE CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 362/STJ. JUROS DE MORA. SÚMULA N. 54/STJ. TAXA SELIC.

1. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data do arbitramento (Súmula n. 362/STJ).

2. Os juros moratórios, tratando-se de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso (Súmula n. 54/STJ).

3. Nas condenações posteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002, aplica-se a taxa Selic, que é composta de juros moratórios e de correção monetária, devendo incidir a partir do arbitramento da indenização.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos sem efeitos modificativos." (EDcl nos EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 245.218/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.11.2013)

Por fim, verifica-se que as Autoras decaíram de parte considerável de seu pedido (não concedida a indenização por danos materiais), daí porque correto o reconhecimento de sucumbência recíproca, nos termos do CPC/1973, vigente à época da prolação da r. sentença, devendo as verbas ser divididas igualmente entre as partes, sem se olvidar da gratuidade processual concedida em Primeiro Grau.

Como ensina YUSSEF SAID CAHALI, "*a norma legal é simples, observa Agrícola Barbi, e parte do princípio de que, quando o autor vencer apenas em parte, estará automaticamente vencido em parte, o mesmo se dando com o réu; nesses casos, cada um pagará despesas judiciais e honorários tendo em vista a parte em que foi vencido*". (Honorários Advocatícios, 3ª ed., Ed. RT, p. 515).

Portanto, em face da sucumbência recíproca, tais verbas devem ser divididas, devendo-se aplicar o caput do art. 21 do CPC/73, como assentou o STJ, "*cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção de sua derrota, bem como recebê-la na proporção de sua vitória*" (STJ, 2ª.T., REsp 13.526-SP, rel. Min. PÁDUA RIBEIRO).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso das Autoras e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo da FESP apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação da indenização dos danos morais, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos, com

Acesso ao Sumário

observação acerca dos parâmetros dos consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004412-11.2016.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante HERON DOMICIANO DO NASCIMENTO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA.

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. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.352)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – MOTOTÁXI – APREENSÃO DE VEÍCULO – ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA.

1. O mandado de segurança se destina à correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante (art. 5º, LXIX, CF).

2. Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF). Transporte remunerado de passageiros (*mototaxi*) sem autorização do Poder Público. Apreensão do veículo e aplicação de multa. Legalidade. Retenção indefinida do veículo como meio oblíquo para exigir o pagamento da multa e taxas. Inadmissibilidade. Súmula nº 510 do STJ. Sentença reformada. Segurança concedida, em parte. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 51/54, cujo relatório se adota, denegou a segurança contra ato do impetrado consistente na apreensão de veículo descrito na inicial por realização de transporte remunerado de passageiro sem a devida autorização do Poder Público, com aplicação de multa administrativa de R$ 1.900,00.

Inconformado apela o vencido objetivando a reforma do julgado. Inicialmente pede a concessão dos benefícios da justiça gratuita. No mérito, sustenta a ilegalidade do ato impugnado porque é microempreendedor individual registrado, com inscrição municipal regular, atuando em conformidade com a Lei Municipal nº 2.149/14, que regulamenta e autoriza as atividades de *motofrete* e *mototáxi*, posteriormente regulamentada pela Resolução nº 356/10 do CONTRAN.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões. A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou desinteresse na causa e as partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente defere-se ao apelante a gratuidade de justiça (art. 98 CPC).

Assiste razão, em parte, ao apelante.

Segundo estabelece a Carta Magna, "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5º, LXIX, CF).

"Direito líquido e certo", ensina HELY LOPES MEIRELLES, "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 na norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (Mandado de Segurança, RT, 30ª ed., pág. 38).

E continua o renomado autor: "Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo* é *direito comprovado de plano.* Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança" (ob. cit.).

Na espécie, inexiste ilegalidade ou abuso de poder na autuação e apreensão do veículo e ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

Acesso ao Sumário

Com efeito, compete aos Municípios, dentre outras atribuições, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo e individual, que tem caráter essencial (art. 30, V, CF).

"E assim é na generalidade das nações civilizadas", ensina HELY LOPES MEIRELLES, "que reconhecem às comunidades locais o direito-dever de zelar pela circulação e pelo transporte em seu território, preservando seu sistema viário – urbano e rural – contra o congestionamento do trânsito e os excessos do tráfego. Todas as medidas de ordenamento da circulação e dos transportes no território municipal são da competência do Município, porque visam – no dizer autorizado de Hodges – ao controle do tráfego na via pública: *the traffic control in the public street*" (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 16ª edição, 2008, pág. 455).

No exercício dessa competência o Município de Caraguatatuba editou a Lei nº 1.265, de 31 de maio de 2006, que dispõe sobre o Sistema Municipal de Transporte e Circulação que, no que interessa ao desate da controvérsia, assim dispõe:

> "Artigo 8º A execução por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, de qualquer tipo de serviço de transporte local, sem título de transferência fundamentada na presente lei, será considerada ilegal, sujeitando os infratores ao seguinte:
>
> I - Imediata apreensão dos veículos;
>
> II - Multa equivalente a quinhentas vezes a tarifa predominante autorizada para o sistema de transporte coletivo;
>
> III - Pagamento dos custos da remoção e de estadia dos veículos conforme fixado pelo Executivo Municipal ou pela legislação vigente;
>
> IV - Encaminhamento imediato do condutor à Delegacia competente, para lavratura o respectivo termo circunstanciado, na forma da Lei Federal nº 9.999/95".

Segundo se infere da prova documental colacionada com a inicial, o apelante teve apreendida a motocicleta Yamaha, placa DFB-1367, em razão de executar transporte remunerado de pessoas sem autorização do Poder Público (fls. 20).

A medida tem respaldo na legislação local e o apelante não demonstrou a falta de fundamento da imputação, nem tampouco que dispunha de autorização legal para tanto. Aliás, nem poderia porque não consta tenha o Município de Caraguatatuba disciplinado o transporte de passageiros mediante a utilização de motocicletas.

Sem razão o apelante quando invoca a aplicação da Lei Municipal nº 2.149, de 21 de março de 2014, pois a referida norma dispõe apenas sobre

Acesso ao Sumário

serviços e transporte de pequenas cargas mediante utilização de motocicletas, denominado *motofrete*, nada dispondo sobre o transporte de pessoas (*mototaxi*).

Irrelevante, por outro lado, a existência de lei federal dispondo sobre a matéria, pois em razão do regime federativo a competência para legislar sobre trânsito no âmbito local é do Município e não da União. Portanto, correta a denegação da segurança quanto à autuação e apreensão do veículo.

Todavia, a infração cometida não pode dar lugar à ilegalidade do Poder Público consistente na retenção indefinida do veículo como meio oblíquo para exigir o pagamento da multa e taxas. Aliás, nesse sentido a Súmula 510 do STJ, segundo a qual "a liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas".

Impõe-se, pois, a concessão parcial da segurança para liberação do veículo independentemente do pagamento dessas despesas, devendo o Município se valer das vias próprias para exigência desses valores.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso, reforma-se a r. sentença apelada e concede-se, em parte, a segurança, nos termos acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009562-61.2016.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante ODETE ALVES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.577)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CARLOS VIOLANTE e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 7 de abril de 2017.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Tratamento de saúde – Paciente com mal de Alzheimer – Pleito de atendimento "home care", pelo período de 24 horas por dia, por profissional de auxiliar de enfermagem – Serviço desta natureza que não se confunde com serviços prestados por cuidador

ou familiares – Ausência de fundamentação acerca da necessidade médica de atendimento por profissionais da rede pública de saúde, em tempo integral, conforme pleiteado – Serviço típico de cuidador que deve ser pleiteado administrativamente, e, em caso de indevida recusa, demonstrado o preenchimento dos requisitos, judicialmente – Sentença de improcedência – Recurso da autora desprovido.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por ODETE ALVES DA SILVA, representada por sua filha e procuradora BEATRIZ ALVES DA SILVA GOMES, em face de ESTADO DE SÃO PAULO, alegando ser portadora de mal de Alzheimer, motivo pelo qual pleiteia o fornecimento pelo Estado de São Paulo dos serviços de "*Home Care*", 24 horas por dia, compreendendo a disponibilização de funcionários da rede pública de saúde para a prestação de serviços de auxiliar de enfermagem.

A tutela antecipada foi indeferida (fls. 31/32), e a ação julgada improcedente (fls. 77/81).

Apela a autora pleiteando, no mérito, a reforma do julgado (fls. 84/91).

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 98/110).

Devidamente intimadas, as partes não manifestaram oposição à realização de julgamento virtual (fls. 117).

É o relatório.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por ODETE ALVES DA SILVA, representada por sua filha e procuradora BEATRIZ ALVES DA SILVA GOMES, em face de ESTADO DE SÃO PAULO, alegando ser portadora de mal de Alzheimer, motivo pelo qual pleiteia o fornecimento pelo Estado de São Paulo dos serviços de "*Home Care*", 24 horas por dia, compreendendo a disponibilização de funcionários da rede pública de saúde para a prestação de serviços de auxiliar de enfermagem.

A tutela antecipada foi indeferida e a ação julgada improcedente.

Inconformada, apela a requerente pleiteando, no mérito, a reforma do julgado.

Pois bem.

O recurso não merece provimento.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, a falta de previsão orçamentária e a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou mesmo o fato dos medicamentos, insumos ou serviços não constarem da lista de padronizados pelo Estado ou Município

Acesso ao Sumário

não podem ser invocadas como escusa para deixarem de fornecer o necessário à saúde do paciente, conforme prescrito. Na verdade, impõem-se providências para atualização dos protocolos e aquisição dos medicamentos mediante regular e prévia licitação. A inércia prejudica o cidadão de todas as maneiras, beneficiando apenas o mau administrador.

Merece destaque a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República, afetando o direito à saúde, ao qual deve ser conferido o adequado alcance.

Os dispositivos constitucionais que impõem a garantia do direito à vida e à saúde integral não podem ser ditos programáticos. Ao contrário, intimamente relacionados aos direitos e garantias individuais devem ser prontamente cumpridos, independente de norma superveniente, sob pena de afronta aos direitos básicos do indivíduo.

Dispõe o art. 196 da Constituição: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

No art. 197, segue determinando: *São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

E no art. 198: *As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:*

...

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

A Constituição Estadual repetiu a regra nos arts. 219 e ss. A lei que instituiu o Sistema único de Saúde, finalmente, inseriu em seu campo assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica.

No entanto, é necessário o cuidado de distinguir o direito à vida e à saúde, assegurado constitucionalmente, da pretensão à obtenção de tratamento específico, distinto daqueles fornecidos universalmente à população. A omissão estatal na efetivação do direito à saúde não se configura na recusa ao fornecimento do produto preferido pelo paciente, mas apenas quando os tratamentos disponíveis forem insuficientes ou inadequados às particularidades do caso.

A opção pela via judicial tem maior custo e menor controle do uso da verba pública de saúde, além do risco de causar prejuízos ao acesso universal

e igualitário, justamente o que se pretende garantir. Quando o Estado oferece tratamento gratuito para a enfermidade apresentada, a intervenção judicial deve estar baseada na demonstração técnica de que o tratamento padronizado é insuficiente para o caso específico, de forma a justificar o tratamento excepcional, com o consequente ônus adicional ao já vulnerável sistema público de saúde.

O direito à saúde é regido pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços, objetivando a proteção a promoção e a recuperação. Igualdade de acesso, no entanto, implica na necessidade de atenção nos pedidos e no atendimento, de modo a evitar soluções inadequadas e/ou injustas, aumentando as desigualdades entre os destinatários do serviço. De fato, o acesso à saúde também abrange aqueles que somente são atendidos por profissionais da Rede Pública, porque não têm, absolutamente, recursos para valer-se de outro tipo de serviço, e necessitam de exames, medicamentos, leitos, para os quais, se não for observado todo o cuidado no trato do dinheiro público, faltará recurso suficiente.

Carreando-se os autos observa-se que há apenas dois documentos de natureza médica a instruir a petição inicial, são eles: relatório clínico emitido por profissional ligada à própria rede pública de saúde, apto a atestar o quadro fático alegado, e receituário médico particular, onde mais uma vez foi relatada a condição de saúde da autora, e a necessidade de auxílio de terceiros, indicando serviços contínuos de natureza "*home care*" (fls. 18/19).

Os demais documentos juntados aos autos comprovam a condição hipossuficiente da requerente em contraposição aos orçamentos adquiridos junto a hospitais e clínicas particulares existentes no munícipio, indicando o custo total do serviço mensal pleiteado, na ordem de R$ 12.000,00, além das respectivas negativas administrativas junto ao Município e a Secretaria Estadual de Saúde (fls. 08/17 e 20/30).

Diante do conjunto probatório, depreende-se da descrição dos cuidados requeridos que necessita a autora, ora apelante, de cuidados simples, dependendo de terceiros para realização de atividades diárias cotidianas, fato reforçado, inclusive, por ser atualmente vizinho sem formação na área de saúde quem auxilia em sua realização mediante recebimento de remuneração (fls. 02), não tendo sido noticiado qualquer outra necessidade de natureza tipicamente clínica ou hospitalar.

Neste sentido, diante dos numerosos casos enfrentados por este E. Tribunal acerca da questão, salutar destacar que por serviço "*home care*" deve-se entender como a extensão de serviço hospitalar realizado em domicílio, ou seja, é a prestação de serviço pelo ente público ou particular, a depender do caso, para paciente que ao invés de se encontrar internado gerando custos e riscos à sua saúde, encontra-se em casa, sem prejuízo de tratamento que seria realizado

Acesso ao Sumário

no seio hospitalar.

Entretanto, não raro, o que se observa é verdadeira confusão quanto ao pedido realizado, uma vez que há o pleito de prestação de serviço "*home care*" como sinônimo de prestação de serviços de natureza comum, que podem ser perfeitamente supridos por cuidador ou pela própria família, sem que haja necessidade de deslocamento de profissional da rede pública de saúde, sabidamente debilitada, para cuidado específico de um único paciente, por período integral, sob pena de se ferirem os princípios da igualdade e universalidade no acesso ao direito fundamental da saúde.

É o que ocorre nos autos, pois ao pleitear a autora serviço de "*home care*", requisitou também a presença de profissional habilitado na área de enfermagem 24 horas por dia, reforçada tal escolha inclusive pelos orçamentos deste serviço trazido às fls. 20/22, porém, a presença de profissional desta natureza justifica-se apenas para realização, ainda que em caráter temporal determinado, de serviços de natureza clínico- hospitalar, não se justificando sua presença em período integral, como almejado, pois haveria uma confusão entre a execução do serviço, correspondente à formação profissional, e os serviços de cuidador.

Salienta-se, ainda, que nas próprias negativas administrativas específicas para o serviço de "*home care*", na forma como pleiteado, constam a existência de serviços específicos em âmbito estadual e municipal desta natureza, devendo estes serem requisitados em âmbito administrativo de acordo com seu fim, sendo, no que se relaciona ao objeto da demanda, suficiente para consecução das necessidades existentes.

Por fim, importante ressaltar que nada obsta, considerando o caráter dinâmico das questões relacionadas à saúde, que havendo alteração da situação, volte a paciente a postular administrativa e, havendo indevida recusa, judicialmente, o fornecimento de serviços de saúde desta ou de outra natureza, visando integral acesso ao direito à saúde.

Para fins de prequestionamento tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000911-04.2014.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante DOKINOS COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. ME,

são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE BRAGANÇA PAULISTA e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.003)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 9 de março de 2017.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISSQN. Sentença de extinção sem resolução de mérito, sob o fundamento de inadequação da via eleita. Pretensão de reforma. Possibilidade. Diante da exigência por dois Municípios de um mesmo tributo sobre o mesmo fato gerador, aplicável a consignação judicial, nos termos do art. 164, III do CTN. RESOLUÇÃO DO MÉRITO. CAUSA MADURA (ART. 515, § 3º DO CPC/73). Lei nº 13.701/03, alterada pela Lei 14.042/05. Cadastro municipal que obriga àqueles que, apesar de prestarem serviços no Município de São Paulo, emitam nota fiscal de outros Municípios. Mesmo admitida a constitucionalidade da exigência do cadastro, não se pode fugir à regra da competência tributária que, no caso, é atribuída ao Município de Bragança Paulista/SP. O cadastro instituído é válido apenas na situação em que o contribuinte se sujeita à tributação no Município de São Paulo, sob pena de incorrer em eventual bitributação. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que extinguiu, sem resolução de mérito, a ação de consignação em pagamento ajuizada por **Dokinos Comércio de Produtos Alimentícios LTDA. Me** em face dos Municípios de **São Paulo e Bragança Paulista**, sob o fundamento de inobservância da forma processual adequada à pretensão (art. 267, IV do CPC/73). Em razão da sucumbência, a

Acesso ao Sumário

autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 para cada réu (fls. 1742/1743).

Aduz a apelante, em síntese, que está sofrendo bitributação por dois fiscos (Município de são Paulo e Bragança Paulista) e, por este motivo, elegeu como via para dirimir a controvérsia a ação de consignação em pagamento, com fundamento no artigo 164, inciso III, do CTN. Alega, nesse contexto, que está equivocada a extinção do feito sem resolução de mérito, com base no art. 267. IV do CPC/73.

Requer, portanto, a reforma da sentença para que seja declarada qual prefeitura possui a competência tributária para exigir o ISSQN sobre as operações em questão, assim como seja reconhecido o direito à repetição do indébito pago indevidamente nos últimos 05 (cinco) anos antes do ajuizamento desta ação ao ente tributante identificado como incompetente (fls. 1765/1779).

Contrarrazões a fls. 1821/1839 e 1840/1842.

É o relatório.

Primeiramente, cabe registrar que o processo tramitou e foi processado sob a égide do CPC/73, sendo interposto o presente recurso, que será julgado à luz do citado diploma legal.

É dos autos que a autora, Dokinos Comércio de Produtos Alimentícios LTDA. Me, tem por objeto social as atividades de transporte, distribuição, comércio e representação comercial do ramo alimentício (fls. 12/14).

Consta que prestou serviços de representação comercial no município de Bragança Paulista para a empresa S/A Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor, localizada no Município de São Paulo.

Aduz que é compelida a efetuar o pagamento de ISSQN ao Município de São Paulo através da sua representada, em virtude da obrigação acessória instituída pelo art. 9º-A da Lei 14.042/05. Com isso, alega que está sofrendo bitributação, pois o imposto é devido no local do estabelecimento prestador (Bragança Paulista/SP), onde é obrigada a recolher o tributo.

Pediu, assim, o deferimento do depósito judicial contínuo e periódico do ISSQN pela maior alíquota e a expedição imediata de ofício à tomadora S.A. Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor para que cessasse a retenção de valores a título de ISSQN.

Consigne-se que tais pedidos foram concedidos por esta relatora por meio do recurso de agravo de instrumento (proc: nº 2034607-20.2014.8.26.0000 - voto 17571).

Sobreveio sentença de extinção sem resolução do mérito, sob o fundamento de ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art.267, IV do CPC/73), por entender o juiz ser inadequada a via

eleita (ação de consignação em pagamento), já que a discussão do feito não é a identidade do devedor, mas sim questões acessórias ao tributo, em virtude de o autor não ter feito o devido cadastro na Administração paulistana, conforme o art. 9º A, da Lei Municipal 14.042/05.

Inconformada, apelou a autora para requerer a reforma da decisão recorrida para se afastar a extinção do feito, com a consequente apreciação das pretensões declaratórias mencionadas no relatório e, com esteio no art. 515, § 3º do CPC/73, julgando-se procedente a demanda.

Pois bem.

Em que pese o entendimento do juiz, a sentença merece reforma.

Conforme já enfrentado por esta relatora preventa em sede do agravo de instrumento (nº 2034607-20.2014.8.26.0000 - voto 17571) – o qual foi interposto pela parte autora contra decisão que indeferiu os depósitos judiciais (fls. 1111) –, é cabível a ação de consignação de pagamento na hipótese apresentada nestes autos.

Diante da exigência por dois Municípios de um mesmo tributo sobre o mesmo fato gerador, tendo em vista que a empresa sofre a retenção do ISSQN pelo tomador e também recolhe o mesmo tributo quando da emissão de suas notas fiscais eletrônicas, plenamente aplicável a consignação judicial do crédito tributário pelo contribuinte, conforme previsão estampada no art. 164, III do CTN, abaixo transcrito:

> **Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:**
>
> I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;
>
> II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;
>
> **III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.**
>
> § 1º A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe pagar.
>
> § 2º Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis. (grifei).

Inclusive, já decidiu este Tribunal em mandado de segurança em que se questionava a legalidade da obrigatoriedade de cadastramento no CPOM – Cadastro de Empresas de Fora do Município dos prestadores de serviços: *"caso a empresa seja vítima da bitributação, por entenderem os dois municípios, São Paulo e aquele em que está sediada, que são credoras do ISS, a dúvida deverá*

Acesso ao Sumário

ser dirimida por meio de ação adequada, ou seja, consignação em pagamento" (Ap. 0103633-23.2006.8.26.0000, Rel. Des. Danilo Panizza, j. 30.08.11, 1ª Câmara de Direito Público).

Assim, presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como em se tratando de questão unicamente de direito, passa-se, nos termos do art. 515, § 3° do CPC/73, à resolução o mérito da causa em toda a extensão.

Com efeito, as regras definidoras da competência tributária estão elencadas na LC nº 116/03, e o artigo 3º assim prevê:

> Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:
>
> I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º do art. 1º desta Lei Complementar;
>
> II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa;
>
> III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;
>
> IV – da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;
>
> V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;
>
> VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;
>
> VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;
>
> VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;
>
> IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;
>
> X – (vetado)
>
> XI – (vetado)
>
> XII – do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.16 da lista anexa;

Acesso ao Sumário

XIII – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa;

XIV – da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa;

XV – onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa;

XVI – dos bens ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

XVII – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;

XVIII – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa;

XIX – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa;

XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

XXI – da feira, exposição, congresso ou congênere a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa;

XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa.

§ 1º No caso dos serviços a que se refere o subitem 3.04 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza, objetos de locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não.

§ 2º No caso dos serviços a que se refere o subitem 22.01 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada.

§ 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.

Vale ressaltar que o artigo 4º da Lei Complementar nº 116/03 definiu o conceito de estabelecimento prestador para efeito de definição da competência tributária, nos seguintes termos:

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou

temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Em 29.10.2009, no julgamento do Recurso Especial nº 1.117.121/SP, submetido ao regime do 543-C do CPC, o STJ assentou que o imposto é devido, como regra geral, no local do estabelecimento prestador, consignando o seguinte:

"(...)

Assim, a partir da LC 116/2003, temos as seguintes regras:

1ª) como regra geral, o imposto é devido no **local do estabelecimento prestador**, compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas;

2ª) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador.

Assim, o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação);

3ª) **nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos**, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do domicílio do prestador, **o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção.** (...)" (grifos do original)

No caso dos autos, a apelada tem como objeto social "atividades de transporte, distribuição, comércio e representação comercial do ramo alimentício" (fls. 12/14), enquadrando-se no item 10.09 da Lista de Serviços anexa à LC 116/03. Com base no exposto, conclui-se que a competência tributária para exigir-se o ISSQN da autora é do Município onde está localizada a sua sede, qual seja, Bragança Paulista/SP.

Pode-se, agora, analisar-se o mérito da demanda. Sabe-se que o Município de São Paulo, no intuito de combater fraudes praticadas por contribuintes (evasão fiscal), instituiu a obrigatoriedade de cadastramento dos prestadores que emitam nota fiscal de outros Municípios.

Referido cadastro serve como instrumento para auxiliar a fiscalização tributária incidente sobre os prestadores de serviços no Município de São Paulo.

Ademais, tal cadastro não obriga todo e qualquer prestador, mas apenas àqueles relacionados aos serviços indicados na lista anexa à Lei 13.701/03, alterada pela Lei 14.042/05. Eis o regramento em análise:

Acesso ao Sumário

> Art. 1º O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da seguinte lista, ainda que não constitua a atividade preponderante do prestador:
>
> (...)
>
> 10.09 - Representação de qualquer natureza, inclusive comercial.
>
> (...)
>
> Art. 9º-A. **O prestador de serviço que emitir nota fiscal autorizada por outro Município, para tomador estabelecido no Município de São Paulo**, referente aos serviços descritos nos itens 1, 2, 3 (exceto o subitem 3.04), 4 a 6, 8 a 10, 13 a 15, 17 (exceto os subitens 17.05 e 17.09), 18, 19 e 21 a 40, bem como nos subitens 7.01, 7.03, 7.06, 7.07, 7.08, 7.13, 7.18, 7.19, 7.20, 11.03 e 12.13, todos constantes da lista do "caput" do art. 1° desta lei, **fica obrigado a proceder à sua inscrição em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças, conforme dispuser o regulamento**.
>
> § 1º Excetuam-se do disposto no "caput" deste artigo os serviços provenientes do exterior do País ou cuja prestação tenha se iniciado no exterior do País.
>
> § 2º **As pessoas jurídicas estabelecidas no Município de São Paulo**, ainda que imunes ou isentas, **são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devendo reter na fonte o seu valor**, quando tomarem ou intermediarem os serviços a que se refere o "caput" deste artigo executados **por prestadores de serviços não inscritos em cadastro** da Secretaria Municipal de Finanças e que emitirem nota fiscal autorizada por outro Município.
>
> § 3º Aplica-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 9° aos responsáveis referidos no § 2° deste artigo.

Percebe-se que referido dispositivo instituiu uma obrigação àquele que emita nota fiscal proveniente de outro Município, mas que preste serviços a tomador sediado na cidade de São Paulo, qual seja, a de se cadastrar perante à Secretaria Municipal de Finanças do Município de São Paulo. Consta ainda que, acaso tal inscrição não seja efetivada, é o tomador de serviços quem deve reter o imposto na fonte.

A autora presta o serviço indicado no item 10.9 e, de acordo com o preceito legal em comento, está obrigada a se cadastrar. Insta salientar que no julgamento da ADIn nº 128.573-0/8-00, de relatoria do Des. Munhoz Soares, na data de 25.4.2007, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou improcedente o pedido e declarou a constitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei 14.042, de 30.8.2005, regulamentada pelo Decreto-lei 46.598, de 4.11.2005.

Ocorre que, mesmo admitida a constitucionalidade da exigência do cadastro e que a atividade desenvolvida pela autora está inserida no rol daquelas

Acesso ao Sumário

cujos prestadores devam se submeter à referida obrigação acessória, ainda assim o pedido da autora deve ser julgado procedente.

É que, como visto, não se pode fugir à regra da competência tributária. Como já exposto, a lei atribuiu ao Município de Bragança Paulista/SP a competência tributária ativa para recolhimento do ISSQN da autora, de modo que não pode o Município de São Paulo pretender o recolhimento do mesmo imposto. Na situação aventada, a tributação foi carreada a outro ente (Município de Bragança Paulista/SP), de modo que a apelante não possui qualquer vínculo de natureza tributária com o fisco paulista, sob pena de incorrer em eventual bitributação.

Assim, conclui-se que o cadastro instituído pela Lei 14.042/05 é válido apenas na situação em que o contribuinte se sujeita à tributação no Município de São Paulo; o que não é o caso dos autos, pois tanto a localização da sede do contribuinte como também a prestação dos serviços de representação comercial se deu em Bragança Paulista/SP.

Destarte, a autora, ora apelante, não está obrigada a proceder ao cadastramento junto ao Município de São Paulo pelo simples fato de que o tomador está localizado em tal municipalidade.

Cabe ressaltar que o próprio Município de São Paulo, por meio da Portaria nº 60/06, editada pela Secretaria de Finanças, disciplinou regras sobre restituições de valores retidos de prestadores estabelecidos fora do Município de São Paulo em função do cadastro instituído pela Lei nº. 14.042/05.

Tecidas tais considerações, há de se julgar procedente a demanda para declarar como ente tributário competente para a cobrança do ISSQN apresentada o Município de Bragança Paulista/SP, reconhecendo-se o direito da empresa autora à repetição dos valores pagos indevidamente ao Município de São Paulo nos últimos 5 anos.

Os valores depositados nos autos devem ser levantados pelo Município de Bragança Paulista/SP na proporção que lhe cabe, qual seja 60 %, determinando-se o levantamento da diferença excedente à empresa apelante.

Acesso ao Sumário

Quanto aos juros de mora, estes deverão incidir a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, de acordo com o art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula 188 do STJ. Todavia, o percentual fixado deverá corresponder àquele da lei vigente na época da caracterização da mora (trânsito em julgado), "em consonância com o entendimento de que as normas que regem os consectários da condenação tem apenas caráter instrumental (natureza processual), razão pela qual são devidos conforme as regras estipuladas pela lei vigente à época de sua incidência" (STJ, REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 19.10.2011).

Em relação aos honorários advocatícios, vale ressaltar que o ora decido

importará na inversão dos ônus da sucumbência.

Nesse tocante, são necessárias breves reflexões, consoante disposição do art. 14 do NCPC, "*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*". Assim, de acordo com a teoria do isolamento dos atos processuais consubstanciada no artigo transcrito, a fixação da verba honorária deve ser analisada à luz do CPC/73, vigente à época da prolação da sentença em observância ao direito processual adquirido e à segurança jurídica.

Nesse sentido, consigne-se que tendo em vista a vencida ser a Fazenda Pública do Município de São Paulo, a fixação dos honorários deve ser equitativa, de modo a não onerar em demasia o Erário. Assim, vale dizer que, "nos termos do art. 20, § 4º do CPC, o Magistrado tem liberdade para definir os critérios a serem adotados para a fixação do *quantum* devido pela Fazenda a título de honorários, podendo fixar um percentual sobre o valor da causa ou da condenação, percentual esse que não se limita ao intervalo estabelecido no art. 20, § 3º do CPC, facultando-se-lhe, ainda, a definição de um valor fixo, como juízo de equidade. Recurso representativo da controvérsia: 1ª. Seção, REsp. 1.155.125/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 06.04.2010" (STJ, AgRg no Ag 1216270/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 14.02.2012).

Considerando-se o valor do crédito debatido e demais nuances que envolvem o processo e seus correlatos desdobramentos e de modo particular, a complexidade da matéria discutida, fixa-se o valor de R$ 4.000,00, a ser pago pelo Município de São Paulo, em consonância com os parâmetros traçados nas alíneas do art. 20 do CPC/73, então vigente.

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, **dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1098643-45.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CITROVITA AGRO INDUSTRIAL LTDA., é apelado SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada preliminar, deram provimento parcial. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Gabriela Latarulo, advogada da parte apelante.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.880)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 13 de março de 2017.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: INÉPCIA DA INICIAL

Inocorrência. Razoavelmente claros os fatos, os fundamentos jurídicos e o pedido, tendo viabilizado regular resposta.

Preliminar afastada

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – SESI

Cobrança de contribuições devidas. Possibilidade. Convênio celebrado entre as partes permite a exigência.

Vinculação dos estabelecimentos. Convênio celebrado entre as partes obrigando a empresa Citrovita Agro Industrial Ltda., com CNPJ nº 57.074.106/0014-71 e demais filiais, somente após a assinatura do Termo Aditivo. Sentença reformada quanto ao ponto.

Da utilização do código FPAS. A partir da assinatura do Termo Aditivo todos os estabelecimentos estão obrigados a contribuir. Irrelevante tenha feito contribuição à DPC (Diretoria de Porto e Costas). Precedentes.

Ônus probatório e legitimidade da cobrança. Decreto nº 57.375/65, que aprovou o Regulamento do Serviço Social da Indústria SESI, prevê a cobrança nos termos feitos. Cabe à empresa Apelante demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, inciso II, do CPC). Precedentes.

Multa. Cabível sem redução. Fixada em patamar razoável e não possui caráter confiscatório. Precedentes.

Acesso ao Sumário

Lei Complementar. Desnecessidade. Contribuição prevista no art. 240, da CF. Decreto instituidor recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Precedente.

SELIC. Aplicável à demanda ao substituir juros de mora e atualização monetária dos débitos tributários (Enunciado CADIP 02 e Súmula 27 do TJ). Precedentes.

Honorários. Adequação dos honorários advocatícios à condenação (art. 85, § 2º, § 14º e § 11, do CPC).

Recurso provido, em parte.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 305/315) julgando procedente **ação** (fls. 01/06) do Serviço Social da Indústria SESI condenando a empresa a pagar R$ 61.292,41 a título de contribuições devidas em decorrência do 'Convênio Para Arrecadação Direta' entre eles celebrado.

Arguiu, preliminarmente, a inépcia da inicial (art. 319). Autor não trouxe elementos suficientes a possibilitar a defesa. As notificações apresentam inúmeras nulidades, sendo impossível compreender a infração supostamente cometida (Notificação de Débito nº 04209/SP). Ausente a menção a qualquer dispositivo legal a embasar a cobrança (Notificação de Débito nº 67243/SP). Evidente cerceamento de defesa. Nula a cobrança. Inepta a inicial posto que ausentes os elementos referentes aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido que demonstrem a origem da cobrança pretendida. No mérito, afirmou que o convênio celebrado entre a empresa inscrita sob o CNPJ nº 57.074.106/2008-23, não vincula obrigação entre o SESI e o estabelecimento Filial da apelante localizado em Santos, CNPJ nº 57.074.106/0014-71. O próprio artigo 3º do Decreto-lei nº 9.403/46 destaca que a Contribuição destinada ao SESI recai sobre estabelecimentos. Descabido vincular a apelante por convênio não celebrado. Para fins tributários, os estabelecimentos são considerados unidades autônomas. Cobrança não pode recair sobre a filial de Santos. Ainda que o Termo Aditivo ao Convênio vinculasse todos os estabelecimentos, ele não poderia produzir efeitos retroativos, assim, as cobranças anteriores a 29.12.11 não estão albergadas pelo aditamento. Correta a utilização do código FPAS 540 pela apelante. A realização de serviços de administração e exploração portuária torna a filial da Apelante contribuinte da DPC, que corresponde a contribuição à Diretoria de Portos e Costas. Durante o período cujas notificações foram lavradas, a apelante tinha como atividade principal a operação de terminais. Também em razão do aludido enquadramento da Filial como contribuinte da DPC - FDEPM

Acesso ao Sumário

e o respectivo recolhimento da contribuição, a apelante jamais poderia estar obrigada ao pagamento da contribuição para o SESI. Inequívoca a idoneidade e boa-fé da empresa. Inequívoco o ônus do Fisco de provar suas alegações em face das lavraturas das Notificações de Débito. Multa tem caráter confiscatório e é desproporcional. Imprescindível Lei Complementar para instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico. Descabida a atualização pela SELIC. Citou doutrina e jurisprudência. Daí a reforma (fls. 317/353).

Respondeu-se (fls. 357/409).

É o relatório.

2. a) Quanto à preliminar.

Ensina a **jurisprudência**:

"... a petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresentar tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional." (**STF** – REsp nº 193.100-RS – Rel. Min. **ARI PARGENDLER** – DJU de 04.02.02 – p. 421 – *in* – **THEOTÔNIO NEGRÃO** – "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" – Ed. Saraiva – 2011 – art. 295 – nota 6).

Não é esse o caso dos autos.

Vestibular relata fatos e formula pedido deles decorrentes. Veio instruída com documentos. Atendidos os pressupostos legais (**arts. 282 e 283 do CPC/73, hoje arts. 319 e 320 do CPC/15**).

Nesse sentido já se pronunciou este **C. Tribunal de Justiça** em caso análogo:

> *"Anotadas as premissas, tem-se que, na hipótese dos autos, a petição inicial veio acompanhada da cópia das Notificações de Débito de nº SP/03036 (fls. 44/52), devidamente recepcionadas pela empresa em 0706/2013, conforme aviso de recebimento de fls. 53/54, sem que essa apresentasse qualquer contrariedade, até que redundasse na presente ação de cobrança."* (AC – nº 1.078.023-80.2013.8.26.0100 – v.u. – j. de 29.08.16 – Rel. Des. **MAGALHÃES COELHO**).

Assim, **contestada** a ação, exerceu-se o **direito de defesa**, sem dificuldades, com total amplitude, em todos os seus termos (fls. 86/116 – com documentos – fls. 141/250).

Ausente qualquer nulidade.

Como correntemente apreciado pelo MM. Juiz ***a quo*** quanto ao ponto:

> *"**1** - Possível o julgamento antecipado do mérito, pois não há necessidade de produção de outras provas (art. 355, I, CPC). Vale lembrar que 'sendo o Juízo o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização' (TJSP, AI 13811-5, Rel.*

Acesso ao Sumário

Des. Hermes Pinotti), bem como que 'presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder' (STJ, Resp 2.832 RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo)."

"Note-se que, intimadas a especificar as provas que pretendiam produzir (fl. 251), ambas as partes anuíram com o julgamento antecipado do mérito, conforme se observa às fls. 253 e 304."

*"**2** - Rejeito a preliminar de inépcia da inicial."*

"A peça de fls. 01/06 narra, de forma suficiente, a causa de pedir e o pedido, havendo nexo lógico entre ambos. A eventual incompletude das informações prestadas não obstou o exercício do contraditório pela requerida, que conseguiu expor, com clareza, suas teses de defesa." (fls. 306/307).

De **inépcia não** há falar.

Afasto a preliminar.

b) Quanto ao mérito.

Trata-se de **ação** (fls. 01/06) visando a condenação da empresa Citrovita Agro Industrial Ltda., ora apelante, ao pagamento a quantia de R$ 61.292,41 ao Serviço Social da Indústria - SESI referente a contribuições devidas em decorrência do 'Convênio Para Arrecadação Direta' celebrado entre as partes.

A r. sentença julgou procedente a demanda assim dispondo:

"O débito sub examine está delineado pelas Notificações nº 04209/SP (fls. 53/65) e 67243/SP (fls. 66/72)."

"A Notificação nº 04209 descreve as seguintes irregularidades: (a) utilização inadequada, no intervalo de setembro de 2008 a junho de 2012, do código FPAS 540 para classificar as atividades do estabelecimento de CNPJ nº 57.074.106.0014-71, filial da requerida; (b) cômputo de 'acréscimos legais a menor' e 'subsídios a maior' no cálculo das contribuições devidas por outra unidade fiscalizada (CNPJ nº 57.074.106/0008-23), apuradas no mês de outubro de 2008."

"A Notificação nº 67243/SP, também concernente à unidade de CNPJ nº 57.074.106/0008-23, denota o cálculo de 'acréscimos legais a menor' e 'subsídios a maior' nas competências de 13/2004 e 02/2006."

"Passemos, pois, à análise das questões suscitadas pela ré."

"3.1 - Utilização do código FPAS 540 (Notificação nº 04209)."

*"A requerida admite, no tocante à sua filial de CNPJ nº 57.074.106.0014-71, que as contribuições parafiscais ora cobradas **deixaram de ser recolhidas ao SESI** (fl. 98), ante o emprego voluntário do código 'FPAS nº 540', designativo de empresas dedicadas à navegação marítima ou fluvial, administração de portos e setores congêneres."*

Acesso ao Sumário

"Segundo a empresa-ré, tal enquadramento amolda-se às imposições normativas, na medida em que a mencionada unidade desempenha atribuições notadamente portuárias, diferenciando-se da categoria industrial. Assevera-se, ainda, que o uso do código FPAS 540 deu ensejo à incidência de outras espécies contributivas, devidas ao Fundo de Desenvolvimento do Ensino Profissional Marítimo - FDEPM, calculadas pela alíquota de 2,5% sobre a folha de pagamento."

"Sustenta-se, nessa ordem de ideias, que o pagamento de tributos ao FDEPM excluiria a cobrança de contribuições arrecadadas pelo SESI/SENAI, tendo em vista a especialidade do ramo portuário em relação ao industrial."

"Tais argumentos, todavia, não merecem prosperar."

"Ao celebrar o 'Convênio para Arrecadação Direta com Prestação de Serviços Assistenciais' (fls. 48/50), a empresa-requerida comprometeu-se a considerar, para fins de cálculo do valor devido, ***todos os empregados mantidos nos estabelecimentos objeto do acordo,*** *sem fazer ressalva às unidades que desempenham funções administrativas, burocráticas e não-industriais. O aditamento firmado em 2011 (fls. 51/52), no mesmo sentido, dispõe que a contribuição paga pela ré deve abarcar 'os empregados referentes a todos os seus atuais e futuros estabelecimentos, dentro do território do Estado', em ratificação ao pacto anterior."*

"De fato, o destinatário das espécies contributivas sociais, conforme preconiza a jurisprudência do E. TJSP, é determinado pela ***atividade preponderante da empresa devedora****, desenvolvida, normalmente, em seu* ***estabelecimento-matriz****. As funções secundárias ou conexas à atividade principal, ainda que promovidas por repartições ou unidades específicas da pessoa jurídica, não podem ser apartadas de seu objeto-fim, devendo aderir à mesma categoria dos demais estabelecimentos..."*

(...)

"O cadastro informativo da Receita Federal, acostado à fl. 140 pela própria empresa-ré, aponta que sua 'atividade econômica principal' consiste na ***'fabricação de sucos concentrados de frutas, hortaliças e legumes'****, havendo atuação secundária, ainda, no 'comércio atacadista de defensivos agrícolas, adubos, fertilizantes e corretivos de solo'."*

"Nesse contexto, os 'serviços portuários' prestados pela filial fiscalizada, ao contrário do que alega a empresa-requerida, apresentam-se como um simples desdobramento de sua cadeia produtiva e industrial (esta, sim, de natureza preponderante), não podendo justificar a utilização do código FPAS 540."

"Equivoca-se a ré, ademais, ao defender que o pagamento de

Acesso ao Sumário

contribuições ao FDEPM afasta seus encargos perante as entidades do Sistema 'S'. Ainda que tenha havido boa-fé da empresa-contribuinte, o direito do autor (verdadeiro titular do crédito) não pode ser preterido em razão de pagamentos equivocados, efetuados à margem das cláusulas convencionadas..."

(...)

"Resta inegável, portanto, a exigibilidade das diferenças apontadas na Notificação de fls. 53/65, oriundas do uso incorreto do código FPAS."

"3.2 - 'Acréscimos legais a menor' e 'subsídios a maior' (Notificações nº 04209 e 67243)."

"A ré aduz que as expressões 'acréscimos legais a menor' e 'subsídios a maior' foram empregadas de modo genérico, à míngua de respaldo legal, pela entidade arrecadadora."

"Sem razão, contudo."

"Ao aprovar o Regulamento do SESI, o Decreto nº 57.375/65 dispôs, em seu art. 11, §2º, que, sendo a cobrança efetuada pela própria entidade, 'a dívida considerar-se-á suficientemente instruída com o levantamento do débito junto à empresa, ou com os comprovantes fornecidos pelos órgãos arrecadadores'. Há a presunção, portanto, de que a conduta do Auditor Fiscal está cingida à estrita legalidade, sendo satisfatório, para fins de caracterização do débito, o apontamento reproduzido no teor das notificações."

"Esta presunção, por outro lado, pode ser impugnada mediante defesa administrativa, dirigida ao Superintendente Regional do SESI (v. fl. 64 e 66, item 3)."

"No caso em tela, a ré não menciona a apresentação de recurso à referida instância ou a qualquer outra de competência similar. Embora esta inércia não afaste, por si só, o controle do Estado-juiz sobre os atos fiscais, é certo que a empresa-contribuinte não tomou a iniciativa de impugnar judicialmente a cobrança, apenas arguindo tal matéria em sede de contestação, após ser acionada para pagamento."

"A despeito de sustentar a inexistência do débito, a ré não juntou qualquer documento referente às contribuições da filial de CNPJ nº 57.074.106/0008-23 (citada em ambas as notificações), o que reforça o indício de irregularidade." "Nesse passo, entendo devidas as quantias derivadas de 'acréscimos legais a menor' e 'subsídios a maior', nos termos das Notificações de nº 04209/SP e 67243/SP."

"3.3 - Ausência de previsão legal da multa."

"Às fls. 104/106, a requerida afirma que a multa de 12% (doze

Acesso ao Sumário

por cento) sobre o valor do débito, imposta pela Notificação nº 04209/ SP, foi fixada em patamar ilegal e abusivo, violando os princípios da proporcionalidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco."

"Primeiramente, convém salientar que, na dicção do art. 45, alínea 'r', do Decreto 57.375/65, os Departamentos Regionais do SESI têm competência para 'aplicar multas aos empregadores da indústria e atividades assemelhadas transgressoras dos dispositivos legais e regulamentares'. É oportuno lembrar, ainda, que as contribuições arrecadadas pelo SESI possuem natureza tributária e parafiscal, sendo inequívoca a legitimidade daquela instituição para cobrança dos respectivos créditos (STJ - REsp nº 155.5158 - AL. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 18.02.2016)."

"Segundo preleciona o TJSP, em se tratando de contribuições destinadas ao Sistema 'S', a multa deve ser calculada com base nos parâmetros trazidos pela ***legislação previdenciária****, aplicável extensivamente à espécie (v. TJSP - Apelação 0014034-31.2011.8.26.0604. 11ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Oscild de Lima Júnior. J. 13.08.2013). Logo, a hipótese dos autos harmoniza-se com o disposto no artigo 35 da Lei nº 8.212/90 (Regime da Seguridade Social), que determina a apuração de multa e juros de mora na forma da Lei nº 9.430/96."*

"O art. 61 da Lei nº 9.430/96, ao seu turno, prevê que a multa moratória é computada, por cada dia de atraso, na fração de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) do montante total da dívida, ***observado o limite de 20% (vinte por cento)."***

"A sanção imposta pela requerente, no caso, não ultrapassa o critério descrito supra, eis que foi apontada no importe de ***12% (doze por cento)*** *sobre o débito notificado, não havendo impugnação específica da ré quanto ao cálculo de fls. 73/75."*

"3.4 - Multa abusiva."

(...)

"Com efeito, tal penalidade não pode ser estipulada em percentuais ínfimos, sob pena de gerar estímulo ao descumprimento de obrigações. No caso, a multa fixada pelo requerente (12%) cumpre o seu papel sancionador e não acarreta, na esteira da jurisprudência ventilada, onerosidade excessiva ou desproporcional à parte devedora, cuja inadimplência deve ser reprimida em benefício da coletividade."

"De rigor, assim, a manutenção da multa cominada."

"3.5 - Necessidade de Lei Complementar para instituição de

Acesso ao Sumário

contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico."

"Não vigora a tese da requerida de que, nos termos dos artigos 146, inciso III, 'a', e 149 da Constituição Federal, as contribuições cobradas pelo SESI deveriam ser instituídas por Lei Complementar."

"O art. 146, inciso III, 'a', da CR/1988, reserva à Lei Complementar a 'definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes'. Os valores ora perseguindos (sic), todavia, referem-se tão somente a contribuições parafiscais (art. 240, CF), não a impostos..."

"4.5 - Ilegalidade na utilização da taxa SELIC como índice de juros."

"Em que pesem as razões explicitadas pela ré (fls. 107/111), os atuais precedentes do E. STJ corroboram a possibilidade de utilização da taxa SELIC como índice de juros moratórios, inclusive no que tange às dívidas tributárias..."

(...)

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar a empresa-requerida a pagar ao autor a quantia de R$ 61.292,41 (sessenta e um mil, duzentos e noventa e dois reais e quarenta e um centavos), com acréscimo de correção monetária, conforme a Tabela Prática do TJSP, e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da propositura da demanda." (fls. 305/315).

Daí o inconformismo.

b.1 - Da vinculação dos estabelecimentos.

Primeiramente, ressalte-se a previsão constitucional (art. 240 CF) da **contribuição social** em questão, cabendo ao SESI arrecadar e fiscalizar a arrecadação da contribuição, sendo permitida inclusive, a celebração de Convênios, como o firmado entre as partes, nos termos do Decreto nº 57.375/65.

Sustentou a apelante, contudo, o limite do acordado. O convênio com a empresa inscrita sob o CNPJ nº 57.074.106/2008-23, **não** vincula ao SESI a filial localizada em Santos, com CNPJ nº 57.074.106/0014-71.

Argumento, todavia, **não** prevalece.

De acordo com o Termo Aditivo (fls. 51/52) firmado entre as partes, **todos os estabelecimentos** estão vinculados ao Serviço Social da Indústria - SESI para fins de recolhimento de contribuição social.

No entanto, há ressalva a ser feita, o Convênio celebrado entre as partes (fls. 48/50) obriga a empresa Citrovita Agro Industrial Ltda. com CNPJ nº 57.074.106/0014-71 **e** demais filiais, **somente após** a assinatura do **Termo**

Acesso ao Sumário

Aditivo (fls. 51/52), que se deu em **29.12.11**, como lá expressamente consignado:

"Cláusula Segunda - Da Alteração do Parágrafo Único da Cláusula Segunda" "Acordam as partes alterar o parágrafo único da cláusula segunda do convênio original, que passa a ter a seguinte redação:"

"'Para efeito de cálculo e recolhimento da contribuição, a EMPRESA ***considerará os empregados referentes a todos os seus atuais e futuros estabelecimentos****, dentro do território do Estado.'"* (grifei - fls. 51).

Inicialmente, o Convênio foi firmado, **exclusivamente**, entre a Citrovita Agro Industrial Ltda. portadora do CNPJ nº 57.074.106/2008-23 e o SESI e, somente após a assinatura do Termo Aditivo, incluíram-se **todos** os estabelecimentos para fins de recolhimento.

Daí ter parcial razão a apelante quanto ao ponto.

Ora, **não** se nega a existência de valores a serem recolhidos, no entanto, somente poderão ser exigidos da filial Citrovita Agro Industrial Ltda. com **CNPJ nº 57.074.106/0014-71** a partir de **29.12.11**, quando incluída, de fato, no Convênio com a assinatura do Termo Aditivo.

Sequer de inovação, como alegado pelo SESI, há falar. Tais elementos já constavam nos autos quando proferida a r. sentença, ainda que ela não tenha observado a distinção entre os estabelecimentos. Não há falar em ampliação do objeto da demanda.

Daí o acolhimento do pedido para que somente a partir de **29.12.11** (fls. 51/52) sejam exigidos os débitos da filial Citrovita Agro Industrial Ltda. de Santos, com **CNPJ nº 57.074.106/0014-71.**

b.2 - Da utilização do código FPAS (Notificação de Débito nº 04209/SP).

Alega a apelante ainda a correta utilização do código FPAS quanto à filial de Santos (**CNPJ nº 57.074.106/0014-71**), ficando desobrigada a efetuar o recolhimento ao SESI/SENAI, tendo em vista que "***o código FPAS utilizado para este estabelecimento espelha as atividades desenvolvidas pela Filial de Santos da Apelante à época da fiscalização, não há que se falar em qualquer irregularidade.***" (grifos no original - fls. 335).

E quanto ao ponto, **não** vislumbro direito na alegação da Apelante.

Ressalte-se, a partir da assinatura do Termo Aditivo, **todos os estabelecimentos** deveriam efetuar o recolhimento *("...considerará os empregados referentes a todos os seus atuais e futuros estabelecimentos..." - fls. 51/52*). O fato da filial de Santos ter recolhido contribuição à Diretoria de Portos e Costas (DPC) **não** a torna isenta do recolhimento das contribuições do SESI.

Como, aliás, bem posto pelo MM. Juiz, deve prevalecer a atividade desenvolvida pela matriz para fins de recolhimento, como já decidido neste **Eg.**

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça:

"Contudo, sendo a atividade exercida pela filial da requerida conexa à atividade preponderante da matriz, legítima a cobrança da contribuição geral devida ao SESI pela filial da empresa apelante, vez que tal unidade constitui simples estabelecimento que atua no transporte de cargas vinculado ao exercício da atividade preponderante da empresa de fabricação de calçados." (AC nº 1.021.913-30.2014.8.26.0196 - v.u. j. de 24.11.15 - Rel. Des. **DANILO PANIZZA**).

"Tratam-se de parcelas de atividades distintas que são parte de uma atividade maior fabricação de cacau e chocolates e que, portanto, convergem em regime de conexão funcional para a realização da única atividade principal da empresa, esta sim representativa de seu "objeto social" e que deve ser considerado para fins de enquadramento no FPAS nº 507 (fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates - indústria), que será o mesmo para a empresa e todos os seus estabelecimentos, independentemente da atividade particular neles exercida." (AC nº 1.089.868-41.2015.8.26.0100 - v.u. j. de 22.08.16 - Rel. Des. **MAGALHÃES COELHO**).

Portanto, enquadra-se a matriz dentre as atividades sujeitas ao recolhimento de contribuição ao Sistema 'S', sendo irrelevante, para tais fins, a boa-fé da empresa portadora do **CNPJ nº 57.074.106/0014-**71 ao recolher contribuição a outra entidade – DPC.

Mantenho **integralmente** a r. sentença nesse ao ponto, de acordo, inclusive, com o entendimento aqui desenvolvido (AC nº 1.000.054-21.2015.8.26.0196 - v.u. j. de 22.07.15 - Rel. Des. **RUBENS RIHL**).

b.3 - Do ônus probatório.

Outro ponto levantado pela Apelante seria de que caberia ao SESI comprovar a existência do débito. O que não restou cabalmente demonstrado. Sustenta que a presunção de legitimidade do ato de notificação "***não é absoluta, devendo atender os mínimos requisitos legais***" (fls. 340).

Inconformismo, porém, **não** tem amparo legal.

O Decreto nº 57.375/65, que aprovou o Regulamento do Serviço Social da Indústria - SESI assim determina:

"*Art. 11° As despesas do SESI serão custeadas por uma contribuição mensal das empresas das categorias econômicas da indústria, dos transportes, das comunicações e da pesca, nos termos da lei."*

"§ 1° a dívida ativa do Serviço Social da Indústria, decorrente de contribuições, multas ou obrigações contratuais quaisquer, será cobrada judicialmente pelas instituições arrecadadoras, segundo o rito processual dos executivos fiscais."

Acesso ao Sumário

"§ 2° No caso de cobrança direta pela entidade, a dívida considerar-se à suficientemente instruída como levantamento do débito junto à empresa, ou com os comprovantes fornecidos pelos órgãos arrecadadores."

"§ 3° A cobrança direta poderá ocorrer na hipótese de atraso ou recusa da contribuição legal pelas empresas contribuintes, sendo facultado em consequência, ao Serviço Social da Indústria, independentemente de autorização do órgão arrecadador, mas com seu conhecimento, efetivar a arrecadação por via amigável, firmando com o devedor os competentes acordos ou por via judicial, mediante ação executiva..."

Assim, ao assinar o Convênio a empresa tinha pleno conhecimento de que, em caso de descumprimento da obrigação, o SESI poderia acionar o Judiciário para efetuar a cobrança.

Assim já se pronunciou o **C. Superior Tribunal de Justiça:**

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÃO AO SESI. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO PARA ARRECADAÇÃO DIRETA E PRESTAÇÃO DE SE RVIÇOS ASSISTENCIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. ART. 174 DO CTN. POSSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA DÍVIDA. COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Inexiste violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. ***A contribuição cobrada pelo SESI, pessoa jurídica diversa do ente federativo que instituiu o tributo, possui natureza jurídica de contribuição parafiscal, em virtude do que estabelece o art. 149 da Constituição Federal e em decorrência do Convênio celebrado entre as partes, podendo ser arrecadada diretamente pela entidade****. 3.* ***É juridicamente possível a ação de cobrança para o recebimento da referida contribuição social, porquanto, além de ter natureza parafiscal, o sujeito ativo é pessoa jurídica de direito privado, não previsto entre os legitimados para a utilização da execução fiscal nos termos da Lei 6.830/80****. 4.* ***A jurisprudência desta Corte reconhece a legitimidade ativa das entidades do sistema "S" para a cobrança das respectivas contribuições adicionais, quando por si fiscalizadas/lançadas****. Na hipótese, a Notificação de Débito, relativas aos créditos ora cobrados, foi expedida por agente fiscal do SESI no exercício de atribuições do*

Acesso ao Sumário

Poder Público Federal, razão pela qual houve o lançamento tributário. 5. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual, mesmo nas Execuções Fiscais, a citação retroage à data da propositura da ação para efeitos de interrupção da prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do CPC quando a citação tenha ocorrido em condições regulares, ou que, havendo mora, seja esta imputável aos mecanismos do Poder Judiciário, nos termos da Súmula 106/STJ. 6. Hipótese em que encontram-se prescritos os créditos cujo fatos geradores ocorreram anteriormente aos cinco anos que antecederam a propositura da ação. 6. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, quanto à comprovação do valor da dívida cobrada e à inversão do ônus da prova, implica, necessariamente, novo exame do acervo fático- probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. 7. Conforme a jurisprudência pacífica desta Corte, a aferição do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, mostra-se inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a circunstância obstativa decorrente do disposto na Súmula 7/STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido." (grifei - REsp 1272229/SC - j. em 05.04.16 - DJe de 1304.16 - Rel. Min. **HUMBERTO MARTINS**).

Deste modo resta **inegável** a legitimidade da cobrança de tais débitos – observe-se, **devidamente comprovados (fls. 48/75)**, cabendo a empresa Apelante demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (**art. 373, inciso II, do CPC**), o que, não restou evidenciado.

b.4 – Quanto à multa.

Entende a Apelante ser **excessiva** a multa no patamar aplicado, além de possuir caráter confiscatório e desproporcional.

Sem razão.

Como já **perfeitamente** observado pelo I. Juízo ***a quo***:

"3.3 - Ausência de previsão legal da multa."

"Às fls. 104/106, a requerida afirma que a multa de 12% (doze por cento) sobre o valor do débito, imposta pela Notificação nº 04209/SP, foi fixada em patamar ilegal e abusivo, violando os princípios da proporcionalidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco."

*"Primeiramente, convém salientar que, na dicção do art. 45, alínea 'r', do Decreto 57.375/65, os Departamentos Regionais do SESI têm competência para 'aplicar **multas** aos empregadores da indústria*

Acesso ao Sumário

e atividades assemelhadas transgressoras dos dispositivos legais e regulamentares'. É oportuno lembrar, ainda, que as contribuições arrecadadas pelo SESI possuem natureza tributária e parafiscal, sendo inequívoca a legitimidade daquela instituição para cobrança dos respectivos créditos (STJ - REsp nº 155.5158 - AL. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 18.02.2016)."

"Segundo preleciona o TJSP, em se tratando de contribuições destinadas ao Sistema 'S', a multa deve ser calculada com base nos parâmetros trazidos pela ***legislação previdenciária****, aplicável extensivamente à espécie (v. TJSP - Apelação 0014034-31.2011.8.26.0604. 11ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Oscild de Lima Júnior. J. 13.08.2013). Logo, a hipótese dos autos harmoniza-se com o disposto no artigo 35 da Lei nº 8.212/90 (Regime da Seguridade Social), que determina a apuração de multa e juros de mora na forma da Lei nº 9.430/96."*

"O art. 61 da Lei nº 9.430/96, ao seu turno, prevê que a multa moratória é computada, por cada dia de atraso, na fração de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) do montante total da dívida, ***observado o limite de 20% (vinte por cento)****."*

"A sanção imposta pela requerente, no caso, não ultrapassa o critério descrito supra, eis que foi apontada no importe de ***12% (doze por cento)*** *sobre o débito notificado, não havendo impugnação específica da ré quanto ao cálculo de fls. 73/75."*

"3.4 - Multa abusiva."

(...)

"Com efeito, tal penalidade não pode ser estipulada em percentuais ínfimos, sob pena de gerar estímulo ao descumprimento de obrigações. No caso, a multa fixada pelo requerente (12%) cumpre o seu papel sancionador e não acarreta, na esteira da jurisprudência ventilada, onerosidade excessiva ou desproporcional à parte devedora, cuja inadimplência deve ser reprimida em benefício da coletividade."

"De rigor, assim, a manutenção da multa cominada." ***(op. cit.*** *- fls. 311/312).*

E ainda,

"É razoável e proporcional a pena de multa aplicada à empresa apelante, que, tem por finalidade desestimular o descumprimento da obrigação." (AC nº 0176706-09.2012.8.26.0100 - v.u. j. de 18.09.13 - Rel. Des. **PEIRETTI GODOY**).

Daí a possibilidade da aplicação da multa no patamar cominado, afigurando-se desnecessária enfadonha repetição quanto ao ponto, quando

Acesso ao Sumário

corretamente restou apreciada a matéria em 1ª Instância.

A propósito já decidiu esta Eg. Corte:

"Não há falar em abusividade ou efeito confiscatório na aplicação de multa no percentual de 20%, porquanto observado o limite legal." (AC nº 0.008.018-50.2012.8.26.0176 - v.u. j. de 03.11.15 - Rel. Des. **LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI**).

Descabida qualquer redução.

b. 5 – Quanto à Lei Complementar.

Desnecessária a instituição da contribuição aqui discutida por lei complementar. O art. 146, III, 'a', da CF **não** menciona **contribuições parafiscais (art. 240, CF).**

Esse, inclusive, o entendimento do **Egrégio Supremo Tribunal Federal** quanto à matéria:

"Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: "TRIBUTÁRIO. SEBRAE/PR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. SESC. SENAC E SEBRAE. O SEBRAE/PE é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. O recolhimento das contribuições ao SESC e SENAC não se restringem às empresas prestadoras de serviço. Orientação do STJ. Também as empresas de médio e grande porte devem recolher o adicional ao SEBRAE. Orientação do STF. No extraordinário, sustenta-se violação aos arts. 195 e 149, caput, 149, in fine, 146, II 150, I, e II e 59, incisos I a VII, todos da Constituição Federal. Argumenta que (i) as contribuições somente poderiam ser instituídas por lei complementar; (ii) a contribuição destinada ao SESC/SENAC não poderia ser cobrada de empresas cujas atividades não estejam vinculadas ao comércio; (iii) Necessidade de referibilidade direta; Decido. Verifico que não há divergência, no caso concreto, sobre a natureza comercial ou não da recorrente. O acórdão de origem sufragou o entendimento de que as empresas prestadoras de serviços estão sujeitas ao recolhimento das contribuições ao SESC/SENAC. A controvérsia, portanto, ocorre sob o enfoque da constitucionalidade da contribuição ao SESC/SENAC, e não sob o ângulo da legalidade do enquadramento das agravantes como sujeito passivo da obrigação tributária. ***Nessa perspectiva, observo que a instituição da contribuição ao SESC/SENAC não se submete à reserva de lei complementar, pois se enquadra na espécie das contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, não estando inserida no rol dos tributos cuja criação está sujeita a lei complementar.*** *Nesse sentido: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO.*

CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. – As contribuições do art. 149, C.F. contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de outras fontes, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponível e contribuintes: C.F., art. 146, III, a . Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. II. – A contribuição do SEBRAE Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F. III. – Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. – R.E. conhecido, mas improvido" (RE nº 369.266, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 7/5/04). ***Sob o aspecto material, as contribuições destinadas ao chamado Sistema S foram expressamente recepcionadas pelo art. 240 da Constituição Federal, conforme decidido por esta Corte: "O art. 240 da Constituição expressamente recepcionou as contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (...) A alteração do sujeito ativo das Contribuições ao SESI/SENAI para o SEST/SENAT é compatível com o art. 240 da Constituição, pois a destinação do produto arrecadado é adequada ao objetivo da norma de recepção, que é manter a fonte de custeio preexistente do chamado 'Sistema 'S'" (RE nº 412.368-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 1º/4/11.) "Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Contribuição destinada ao SENAI. Exação enquadrada no artigo 240 da Constituição Federal. Tributo instituído originariamente por decreto-lei. 3. Fenômeno da recepção. O modo da enunciação inaugural de texto normativo validamente produzido sob a égide de Constituição anterior é aspecto indiferente na aferição de sua***

Acesso ao Sumário

eficácia diante do paradigma constitucional que o recepciona materialmente. 4. Compatibilidade com a Constituição Federal de 1988. *Precedente do Plenário do STF. RE 396.266. 5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI nº 839.196-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 15/4/11) Ademais, ambas as Turmas da Corte tem concluído pela exigibilidade do recolhimento da contribuição ao SESC/SENAC às empresas prestadoras de serviço enquanto não for criada entidade sindical de grau superior com o objetivo de orientar, coordenar e defender todas as atividades econômicas relacionadas à prestação de serviços. A esse respeito: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROPÓSITO MODIFICATIVO. INTERPOSIÇÃO DE DECISÃO MONOCRÁTICA. CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SESC E AO SENAC. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. A Segunda Turma desta Suprema Corte decidiu haver sujeição passiva das empresas prestadoras de serviços, que explorem atividade econômica com intuito lucrativo, às Contribuições destinadas ao Sesc e ao Senac, enquanto não for criada entidade sindical de grau superior com o objetivo de orientar, coordenar e defender todas as atividades econômicas relacionadas à prestação de serviços. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (RE nº 477.126/PR-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 10/8/12) Agravo regimental no recurso extraordinário. Contribuição ao SESC/SENAC. Empresa prestadora de serviço. Sujeição passiva. 1. A instituição da contribuição ao SESC/SENAC não se submete à reserva de lei complementar para a sua instituição, pois se enquadra na espécie das contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, não estando inserida no rol dos tributos cuja criação está sujeita a lei complementar.* ***As contribuições destinadas ao chamado Sistema S foram expressamente recepcionadas pelo art. 240 da Constituição Federal, conforme decidido pela Corte.*** *Precedentes. 2. A Segunda Turma da Corte tem concluído pela exigibilidade do recolhimento da contribuição ao SESC/SENAC às empresas prestadoras de serviço enquanto não for criada entidade sindical de grau superior com o objetivo de orientar, coordenar e defender todas as atividades econômicas relacionadas à prestação de serviços. 3. Agravo regimental não provido. (RE nº 466.490/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, Dje 25/9/13) Sobre a contribuição destinada ao SEBRAE, a matéria foi definitivamente julgada pelo Plenário da Corte no RE nº 635.682/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 24/5/13. Na ocasião ficou assentada a desnecessidade de lei complementar para instituição da referida contribuição e que, por se caracterizar como uma contribuição de intervenção no domínio*

Acesso ao Sumário

econômico, é válida a cobrança do tributo independentemente de contraprestação direta em favor do contribuinte. É o que se vê da ementa do julgado: Recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Contribuição para o SEBRAE. Desnecessidade de lei complementar. 4. Contribuição para o SEBRAE. Tributo destinado a viabilizar a promoção do desenvolvimento das micro e pequenas empresas. Natureza jurídica: contribuição de intervenção no domínio econômico. 5. Desnecessidade de instituição por lei complementar. Inexistência de vício formal na instituição da contribuição para o SEBRAE mediante lei ordinária. 6. Intervenção no domínio econômico. É válida a cobrança do tributo independentemente de contraprestação direta em favor do contribuinte. 7. Recurso extraordinário não provido. 8. Acórdão recorrido mantido quanto aos honorários fixados. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 8 de maio de 2014." (grifei - RE 601485 - DJe de 29.05.14 - Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**).

De necessidade de lei complementar, portanto, **não** há falar.

b.6 – Quanto à SELIC.

No âmbito estadual, *"... a partir de 01.01.99, nos termos do art. 2º, da Lei Estadual nº 10.175/98, é aplicada tão só a taxa SELIC, que expressamente exclui a correção monetária pela UFESP e os juros nos termos do art. 161 do CTN*." (AC nº 284.954-5/4 – v.u. j. de 03.04.06 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS**; AC nº 382.376.5/0 – v.u. j. de 05.06.06; AC nº 379.243.5/7 – v.u. j. de 05.06.06; AC nº 389.047.5/0 – v.u. j. de 05.06.06; AC nº 379.464.5/5 – v.u. j. de 12.06.06; AC nº 387.338-5/4 – v.u. j. de 26.06.06; AI nº 551.553-5/5 – v.u. j. de 26.06.06; AC nº 387.338-5/4 – v.u. j. de 26.06.06 e AC nº 9.000.023-72.2005.8.26.0014 – v.u. j. de 26.09.11, dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido).

Observe-se, de outra parte, já estar firmada a **constitucionalidade** da legislação estadual que a instituiu (IIL nº 102.207-0/9 – v.u. j. de 13.08.03 – Rel. Des. **BARBOSA PEREIRA**), pois, como constou do julgado "... *é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico vigente. A lei admite o fracionamento do débito, que deve ser acrescido da verba compensatória decorrente do parcelamento no tempo. A taxa é aplicável para manter, inclusive, a isonomia entre os contribuintes que pagam pontualmente e os que assim não o fazem. O contribuinte pontual se sentiria desestimulado a pagar com pontualidade, se inexistisse forma de se punir o inadimplemento. Assim, a cobrança da taxa SELIC é aplicável e não caracteriza anatocism*o."

Ela, *"... composta de taxas de juros e taxa de correção monetária, não podendo ser acumulada com qualquer outro índice de correção (...) não mais tendo aplicação o art. 161 c.c. art. 167 § único do CTN*." (**STJ** – REsp. nº 464.640 – Rel. Min. **ELIANA CALMON** – v.u. j. de 27.05.03 – Boletim

Acesso ao Sumário

AASP 2.337 p. 773) é **aplicável às execuções fiscais** (STJ – REsp nº 400.281/SC – Rel. Min. **JOSÉ DELGADO**, março/2.002; REsp. nº 395.061/RS – Rel. Min. **GARCIA VIEIRA**, maio/2.002; dentre outros arestos compilados por **LEANDRO PAULSEN** – "Direito Tributário" – Livraria do Advogado Ed. – 2.004 – CNT art. 161, § 1º – p. 1.082, e REsp nº 491.480 – Rel. Min. **LUIZ FUX** – v.u. j. de 15.05.03 – Boletim AASP nº 2.335 – Ementário p. 765).

Essa a "taxa" que se impõe, a partir de então, portanto.

Assim se tem julgado nesta **Eg. 6ª Câmara de Direito Público** (AC nº 193.245.5/0 – v.u. j. de 29.11.04; AC nº 219.617.5/6 – v.u. j. de 19.09.05; AC nº 445.124-5/0 – v.u. j. de 21.08.06; AC nº 462.702-5/2 – v.u. j. de 21.08.06; AC nº 436.753-5/9 – v.u. j. de 04.09.06; AC nº 462.266.5/1 – v.u. j. de 04.09.06 e AC nº 0.001.134-22.2000.8.26.0080 – v.u. j. de 16.05.11, de que fui Relator, dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido).

Também aqui firme a orientação da **Eg. Seção de Direito Público**: "*É constitucional e legal a aplicação da taxa SELIC como índice de atualização monetária e juros de mora na inadimplência tributária.*" – **Enunciado 02** – Reunião CADIP de 14.10.2.008 – DOE de 06.07.09), hoje convertido na **Súmula 27** do **Tribunal de Justiça**, aprovada pelo **Colendo Órgão Especial –** DOE de 07.12.10).

E quanto ao SESI especificamente já decidiu este **C. Tribunal de Justiça** pela aplicação da SELIC:

> *"**AÇÃO DE COBRANÇA – SESI – CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DE EMPREGADOS TRANSFERIDOS PARA O EXTERIOR** – Ação de cobrança ajuizada pelo SESI, que pleiteia o recebimento da diferença da contribuição sobre a remuneração paga pela ré aos seus funcionários transferidos para o exterior – Ação julgada procedente em primeiro grau – Decisório que merece subsistir – Competências de maio de 2005 a janeiro de 2006 – Vigência da Lei nº 7.064/82, sem as alterações posteriores – Isenção prevista apenas para as empresas prestadoras de serviço de engenharia – Contribuição devida – Ratificação dos fundamentos da r. sentença no mérito, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal – Observação ex officio quanto aos juros de mora e correção monetária - **Incidência da taxa Selic** – Sentença parcialmente mantida. Recurso de apelação não provido."* (grifei – AC nº 0004944-45.2014.8.26.0296 – v.u. j. de 18.05.16 – Rel. Des. **PONTE NETO**).

Correta a incidência dessa parcela.

b.7 – Quanto aos honorários.

Acolhido, em parte, o recurso da apelante para que somente a partir de **29.12.11** (fls. 51/52) sejam exigidos os débitos da filial Citrovita Agro Industrial

Ltda. com **CNPJ nº 57.074.106/0014-71**, os cálculos, portanto, devem ser feitos nos termos supra.

Em face dessa redução razoável a alteração dos encargos da sucumbência adrede fixados. Considerando os parâmetros legais (**art. 85, § 2º e § 14º do CPC/15**), mostra-se razoável fixar os honorários em **10%** (dez por cento) para o SESI e em 10% (dez por cento) para a apelante, considerando o proveito econômico de cada uma das partes a ser apreciado em liquidação, já se levando em conta o trabalho adicional realizado em segundo grau de jurisdição (**art. 85, § 11º do CPC/15** – honorários recursais).

Mais não é preciso acrescentar.

3. Afasto a preliminar. Dou provimento, em parte, ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003584-19.1995.8.26.0045, da Comarca de Arujá, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ARUJÁ, é apelado RENATO NAPOLITANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram, com determinação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.711)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 5 de abril de 2017.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – IPTU dos exercícios de 1992 a 1994 – Município de Arujá – Ação ajuizada em agosto de 1995 – Insurgência contra sentença que julgou extinto o feito pela prescrição – Valor da execução que corresponde à R$ 87,27, inferior ao valor de alçada na data da propositura da ação, mesmo considerando a sistemática de atualização definida pelo STJ – Inteligência do art. 34 da Lei 6.830/80 – Princípio da fungibilidade dos recursos – Recurso não conhecido, com a determinação de remessa dos autos à instância de origem para que a apelação seja processada e

Acesso ao Sumário

julgada como embargos infringentes, se atendidos os requisitos e pressupostos legais.

VOTO

Vistos.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em 28/08/1995 pela PREFEITURA MUNICIPAL DE ARUJÁ em face de RENATO NAPOLITANO, objetivando a cobrança de IPTU dos exercícios de 1992 a 1994, conforme CDA de fls.3, julgada extinta pela sentença de fls. 17/20, com fundamento na prescrição do crédito executado.

A Prefeitura Municipal de Arujá apelou às fls.22/23vº, requerendo a reforma da sentença e sua nulidade, aduzindo, em síntese, que a prescrição não ocorreu porquanto a exequente não foi intimada pessoalmente afrontando, destarte, o art. 25 da LEF. Requereu o provimento do apelo para prosseguimento da execução fiscal, na forma como ajuizada.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É O RELATÓRIO.

Não obstante a existência de discussão acerca da prescrição, inicialmente, *mister* se faz a verificação da interposição do recurso de apelação e a questão referente ao valor de alçada, nos termos do art. 34 da Lei nº 6.830/80.

A jurisprudência desta 15ª Câmara de Direito Público possui entendimento solidificado pelo não conhecimento do recurso de apelação, quando o valor atribuído à causa for inferior ao valor de alçada.

O art. 34 da Lei de Execução Fiscal dispõe que: "*Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração*."

Assim, após a extinção da ORTN, cumpre verificar sua correspondência em relação ao indexador vigente na data de distribuição da ação.

Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - ALÇADA RECURSAL (ART. 34 DA LEI 6.830/80). 1. Segundo o art. 34 da LEF, somente é cabível o recurso de apelação para as execuções fiscais de valor superior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN. 2. Com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo. 3. 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$

Acesso ao Sumário

328,27(trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia. 4. O valor de alçada deve ser auferido, observada a paridade com a ORTN, no momento da propositura da execução, levando em conta o valor da causa. 5. Recurso especial provido em parte." (REsp 607.930/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 206).

Assim, considerando que a execução fiscal foi distribuída em agosto de 1995 e que nesta data o índice em uso era UFIR (Unidade de Referência Fiscal), sendo que 50 ORTN correspondem a 308,50 UFIR e esta, em agosto de 1995, correspondia a R$ 0,7564.

Portanto, levando-se em consideração a sistemática fixada pelo STJ, na data de distribuição da presente execução fiscal (agosto de 1995), o valor de alçada correspondia a R$233,34, e o débito exequendo perfazia um valor de R$ 87,27, não atingindo, destarte, o valor de alçada, inviabilizando, por consequência, o conhecimento do recurso.

Resumindo, não haverá recurso para a segunda instância quando o valor executado for inferior ao valor de alçada, de sorte que, estando o valor da execução abaixo do estipulado, a exceção ao duplo grau de jurisdição impõe-se (art. 475 do CPC/1973), seja para a Fazenda Pública, seja para o executado.

Ante o exposto, não se conhece do recurso, ficando determinada a remessa dos autos à instância de origem para que o apelo seja processado e julgado como embargos infringentes, se atendidos os requisitos e pressupostos legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038700-78.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados DEMAURO DA SILVA, AGOSTINO FERRARI, ALOYSIO DE CASTRO, ANDREA LUCIA DE SANTIANNA RUFINO, ANTONIO FERNANDES, ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA, ANTONIO JOEL ZOMINHAN, ARMANDO DE CARVALHO MOREIRA FILHO, CARLOS ALEXANDRE TUCCI, CARLOS ROBERTO BEHRENDT, CELSO OGATA, DEBORA DOS SANTOS, ELIZABETE DOS SANTOS, FATIMA APARECIDA HANGAI NOGUEIRA, IARA TERLESKIE ANDREAZZI, JOAO VICENTE DE OLIVEIRA, JOAQUIM CESAR CANASSA PERES, JOAQUIM RODRIGUES NEVES, JOEL SIMAO CESARIO, JOSE CARLOS PEREIRA GUEDES, JOSE PAULINO FILHO, LEONOR DA SILVA FONSECA, LUIZ MOACIR PAULO DOS SANTOS, MARCIA MARELIN MARCELO, MARCIA NATERCIA

Acesso ao Sumário

DE PAULA MOREIRA, MARIA APARECIDA DA SILVA, MARIA DE FATIMA HANGAI VSHIROBIRA, MARIA LETICIA MELLO RODRIGUES, MARTA SOUZA PAULA, NORIVAL BONIFACIO, ROSALINA MARIA DA SILVA MONTEIRO MORAES, TACIANA ROCHA DE HOLLANDA, TANIA FILIPPOS BALANGIO, VICTOR HUGO DE ALMEIDA RAPOSO, WAGNER DE AMORIM ARAUJO SILVA e YAMMA MAYURA DUARTE ALVES, é apelado/apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso do Município não conhecido - Recurso dos embargados improvido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente), MOACIR PERES e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 3 de abril de 2017.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO – Servidores do Município de São Paulo – Reajuste de vencimentos, relativo ao mês de fevereiro de 1995, feito com base nas Leis nºs. 10.88/88 e 10.722/89 – Municipalidade de São Paulo que inovou ao trazer, nas razões de apelação, tese relativa à inexigibilidade do título – Agostinho Ferrari e Joaquim Cesar Canassa Peres, todavia, embora contemplados pelo título judicial, não fazem jus ao reajuste concedido na r. sentença, pois começaram a exercer suas funções após o fato gerador da demanda – Respeito à coisa julgada que tem de ser interpretado à luz do princípio da boa-fé-objetiva – Sentença mantida – Recurso do Município não conhecido – Recurso dos embargados improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de Embargos à Execução movida pela Prefeitura do Munícipio de São Paulo contra Demauro da Silva e outros, oportunidade na qual a embargante sustenta, em síntese, que haveria necessidade da prévia execução da obrigação de fazer. Ademais, alega excesso de execução da ordem de R$ 967.537,69, diante do equívoco consistente na apuração de diferenças supostamente devidas a Agostinho Ferrari e Joaquim Cesar Canassa Peres, desconsiderando-se o fato

Acesso ao Sumário

de que começaram a exercer suas funções após a edição das leis que, segundo dizem, deram origem às diferenças perseguidas, posto que admitidos em 10/03/1996 e 10/11/1998, respectivamente. Aponta como correto o valor de R$ 2.017.619,68, postulando o acolhimento dos embargos à execução.

Em resposta, os embargados sustentaram a improcedência dos Embargos opostos, sustentando, ademais, ser perfeitamente possível a expedição de precatório do valor incontroverso. Agostinho Ferrari e Joaquim Cesar Canassa Peres, particularmente, alegam, que a Municipalidade reconheceu o direito ao reajuste, tanto que cumpriu a obrigação de fazer administrativamente, não podendo agora opor-se à execução por quantia certa.

A ação foi julgada procedente, oportunidade na qual se determinou que a execução prosseguisse pelo valor de R$ 2.017.619,68, condenando-se os embargados, na oportunidade, ao pagamento de custas e honorários de advogado, estes fixados em 10% do valor da causa, observada a regra do artigo 11 da Lei nº 1060/50.

Apelam as partes, argumentando os embargados no sentido de que a r. sentença deve ser reformada, pois nega vigência ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que protege a coisa julgada. Além disso, também viola a norma dos artigos 460, 461, 463, 467, 468, 471, 473 e 475, alínea g, todos, do Código de Processo Civil. O Município de São Paulo, por sua vez, apela dizendo que o título judicial exequendo é inexigível, considerada a regra do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, bem como a Súmula Vinculante nº 42.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Primeiramente, diga-se que o Município inovou ao trazer, nas razões de apelação, tese relativa à inexigibilidade do titulo, diante da alegada inconstitucionalidade da regra do artigo 2º da Lei Municipal nº 10.688/88, com redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.722/89, pelo que o recurso, nestes termos, não pode ser conhecido. De fato, na conformidade do artigo 303 do Código de Processo Civil à parte só é ilícito deduzir novas alegações após a contestação, nos casos ali previstos, a que não se ajusta a hipótese vertente.

Acesso ao Sumário

No que diz respeito ao recurso dos embargados, diga- se que a decisão judicial transitada em julgado assegurou a todos os autores da ação principal, sem distinção, o reajuste de seus vencimentos, no mês de fevereiro de 1995, com base nas Leis Municipais nºs. 10.88/88 e 10.722/89. No entanto, comprovado que Agostinho Ferrari e Joaquim Cesar Canassa Peres não integravam os quadros da Administração Municipal em fevereiro de 1995, data do reajuste reconhecido pelo título como devido, evidente é que não podem os exequentes colher reflexos de uma situação subjetiva inexistente.

Dessa forma, reconhecido o direito pleiteado pelos embargados na base da existência de vinculo funcional em fevereiro de 1995, inexistindo, quanto a alguns dos exequentes, tal vínculo, inadmissível se mostra a extensão dos efeitos da sentença a situação deles. Está-se falando, nomeadamente, de Agostinho e Joaquim Cesar, que não eram servidores do Município em fevereiro de 1995, razão por que o direito ao reajuste dos vencimentos não se lhes aplica.

E nem se venha argumentar com ofensa à coisa julgada porquanto *ad impossibilia nemo tenetur.* Vale dizer, errar é humano, conforme se retira dos preceitos da justiça, mas persistir no erro em nome de um sacrossanto respeito à coisa julgada, quando se constata que ela está fundada em erro evidente, é suma injustiça. Enfim, tem-se de prestigiar a boa-fé objetiva.

Diante disso, legítima a decisão do juízo de primeiro grau ao determinar o prosseguimento da execução pelo valor de R$ 2.017.619,68 e, ainda, a condenação dos sobreditos embargados, em custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Nestes termos, deixo de conhecer do recurso interposto pelo Município de São Paulo, negando provimento ao recurso dos embargados.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0034662-25.2011.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Reapreciaram o recurso originário e mantiveram o Acórdão com a seguinte decisão: não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.422)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

Acesso ao Sumário

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO – Objeto da ação originária: efetivação de agentes comunitários de saúde co'a realização de contratos de prazo indeterminado, cancelando-se as demissões realizadas nos últimos cinco anos – Contratação pela Consolidação das Leis do Trabalho – Apelação não conhecida, com determinação de remessa dos autos à Justiça do Trabalho – Determinação de reexame da matéria pela Turma Julgadora nos termos do art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, com fundamento no RE nº 573.202-9/AM – Precedente do Supremo Tribunal Federal que versava sobre a competência da Justiça Comum para julgar demanda instaurada entre servidor contratado por legislação local e o Poder Público, hipótese diversa destes autos – Reapreciação do recurso originário, mas sem retratação do julgado – Acórdão mantido.

VOTO

Vistos.

Apelação interposta pelo Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de São José dos Campos contra r. sentença do digno Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca de São José dos Campos (traslado de fls 296/298), em ação declaratória ajuizada contra o Município de São José dos Campos, visando a efetivação de agentes comunitários de saúde co'a realização de contratos de prazo indeterminado, cancelando-se as demissões realizadas nos últimos cinco anos. Recurso não conhecido nesta 5ª Câmara de Direito Público, com determinação de remessa dos autos à Eg. Justiça do Trabalho (acórdão de fls 332/338). Sobreveio recurso extraordinário da Prefeitura, essencialmente fundado na solidificação da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao que decidimos neste Estado (petição de fls 341/349).

Por outro lado, o Exmo. Sr. Presidente da Seção de Direito Público desta Corte Paulista, por força do disposto no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, determinou o retorno dos autos à Turma Julgadora para eventual readequação do acórdão à jurisprudência consolidada pela Instância Superior, por ocasião do julgamento do RE nº 573.202-9/AM, Tema 43, DJ de 05.12.2008 (r. decisão a fls 352).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Ação visando a efetivação de agentes comunitários de saúde co'a realização de contratos de prazo indeterminado, cancelando-se as demissões realizadas nos últimos cinco anos (petição inicial a fls 2/10). Foi julgada improcedente em primeira instância (r. sentença a fls 296/298). Sobrevindo recurso, a Turma Julgadora decidiu por determinar a remessa deste processo à Eg. Justiça do Trabalho (acórdão de fls 332/338). Solução em confronto apenas aparente co'a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, conforme precedente apontado na determinação de retorno destes autos à Turma Julgadora para eventual readequação do acórdão (r. decisão a fls. 352).

O RE nº 573.202-9/AM *concluiu pela competência da Justiça Comum para processar e julgar causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, submetidos a regime especial disciplinado por lei local editada antes da Constituição Republicana de 1988, com fundamento no art. 106 da Constituição de 1967, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 1/69, ou no art. 37, IX, da Constituição de 1988* (fls 352), hipótese diversa destes autos.

O conteúdo desta demanda revela o pleito de direitos por agentes comunitários de saúde contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (fls 17). Já o precedente do E. Supremo Tribunal Federal versava sobre a competência da Justiça Comum para julgar demanda instaurada entre servidor contratado por legislação local e o Poder Público. Não há, portanto, o que ser readequado no acórdão ora recorrido, que se mantém pelos próprios fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, mantenho o decidido no acórdão recorrido e determino o retorno dos autos à Eg. Presidência da Seção de Direito Público desta Corte.

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 1003719-52.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLA

ROCHA COLOMBO, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.857)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 12 de abril de 2017.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: DESVIO DE FUNÇÃO – Indenização – Danos materiais – Ausência de comprovação – Não estando devidamente demonstrado nos autos a realização de função atinente a cargo diverso daquele ocupado pela autora, não há como reconhecer o desvio de função – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação de indenização por danos materiais que foi julgada **improcedente** pela r. sentença de fls. 124/126.

Irresignada, requer a apelante a inversão do julgado (fls. 128/133).

O recurso recebeu resposta (fls. 135/157).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 162).

É o relatório.

A autora, servidora pública estadual, integrante do quadro de pessoal do Ministério Público, ocupante do cargo de Auxiliar de Promotoria I, ajuizou a presente demanda, visando ser indenizada por desvio de função, uma vez que vem exercendo as atribuições do cargo de Oficial de Promotoria I.

A r. sentença houve por bem julgar improcedente a demanda.

Irresignada, recorre a autora.

A apelante afirma, em sua inicial, realizar os seguintes serviços atinentes ao cargo de Oficial de Promotoria I:

a) recebimento de expediente oriundo da Vara Criminal, conferência, separação e distribuição dos processos aos promotores de justiça, e o mesmo procedimento quando recebido da conclusão ao promotor para restituição à Vara;

b) atendimento ao público e advogados, prestando informações sobre

o andamento de autos de processos, documentos, protocolados, e a possibilidade de atendimento e encaminhamento ao órgão competente;

c) elaboração, redação e impressão de ofícios, certidões, e declarações;

d) registro, inserção de dados e informações, controle do andamento de processos judiciais em sistema próprio;

e) atendimento direto aos membros do Ministério Público;

f) contatos telefônicos com pessoas, órgãos públicos, entidades privadas, por determinação superior.

O documento de fl. 12 comprova ter a autora redigido termo de declaração.

Os documentos de fls. 13/14 demonstram que a autora realizou treinamento de identificação do sistema voltado à localização e identificação e vida pregressa de pessoas, para embasamento de oferecimento de denúncias e instruções criminais, bem como que recebeu códigos de acesso a referido sistema.

O documento de fl. 18 comprova que a autora obteve inscrição para acesso a relatório da Corregedoria via internet, conferido exclusivamente aos Oficiais de Promotoria.

O documento de fl. 19 demonstra que foi solicitado à autora, a criação de senha de acesso ao sistema integrado PRODESP e INFOSEG.

O documento de fl. 110 dá conta que as funções da autora junto aos Promotores da Justiça Criminal de São Bernardo do Campo, era a de bater carimbo de prazo e ciência, fazer a distribuição dos processos do ESAJ, elaborar ofícios mediante indicação de modelo, fazer triagem do atendimento ao público, e tomar declarações por meio de orientação dos Promotores de Justiça.

A Lei Complementar nº 1.118/2010, que dispõe sobre o Plano de Cargos e das Carreiras dos Servidores do Quadro de Pessoal do Ministério Público do Estado de São Paulo, prevê em seu Anexo III, serem funções do Auxiliar de Promotoria e do Oficial de Promotoria I:

Auxiliar de Promotoria I:

a) Informar e encaminhar pessoas;

b) receber, encaminhar e arquivar processos e documentos em geral;

c) executar tarefas gerais de verificação, instalação e manutenção de móveis e equipamentos.

Oficial de Promotoria I:

a) registrar a entrada e saída bem como assegurar o fluxo normal de documentos e processos;

b) atender ao público em geral e prestar os devidos esclarecimentos e/ou encaminhamentos;

c) elaborar, redigir e digitar textos, planilhas, cálculos, balancetes e

Acesso ao Sumário

outros documentos digitais.

Do cotejo que se faz entre as funções de Oficial de Promotoria I e de Auxiliar de Promotoria I, é que, essencialmente, a diferença entre as duas funções reside em que o Auxiliar de Promotoria I elabora, redige e digita textos, planilhas, cálculos, balancetes e outros documentos digitais, e que o Auxiliar de Promotoria I executa tarefas gerais de verificação, instalação e manutenção de móveis e equipamentos.

A prova produzida pela autora às fls. 11/19, em comparação com as funções de Oficial de Promotoria I, dá conta que ela apenas redigiu um termo de declaração, muito embora o e-mail de fl. 110 relate que a autora elabora ofícios mediante indicação de modelo, e que toma declarações por meio de orientação dos Promotores de Justiça.

A função de redigir textos seria, no caso em questão, a única função que poderia ser levada em conta para eventual reconhecimento de desvio de função, todavia, a prova produzida pela autora não tem o condão de embasar o pedido formulado na inicial, eis que não comprova habitualidade na prática de redigir e digitar textos e outros documentos digitais, tendo em vista ter juntado aos autos apenas um termo de declaração em que realizou o trabalho de digitação (fl. 12), que, diga-se, sequer é função do Oficial de Promotoria I.

Vale lembrar ainda que a prestação de alguns serviços alheios à função do servidor caracteriza no máximo colaboração ao trabalho, e não o exercício total de função diversa.

Neste sentido:

APELAÇÃO. SERVIDOR DOS QUADROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. OFICIAL DE PROMOTORIA I. ALEGAÇÃO DE EXERCER AS FUNÇÕES DO CARGO DE ANALISTA DE PROMOTORIA. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CARACTERIZADO. Ausência de demonstração do alegado desvio de função. A prestação de determinados serviços alheios ao do próprio cargo, caracteriza colaboração ao trabalho desenvolvido pela equipe, mas não a assunção de todas as atribuições do cargo de Analista de Promotoria. Inexistência de direito à compensação financeira. Precedentes. Sentença reformada para julgar improcedente a ação. Recursos oficial e de apelação da ré providos e desprovido o recurso adesivo da autora. (Apelação Cível nº 1006717- 98.2015.8.26.0482, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marcelo Semer, j. em 20.03.2017).

RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE DESVIO DE FUNÇÃO E O RECEBIMENTO DAS RESPECTIVAS DIFERENÇAS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Os elementos de convicção

Acesso ao Sumário

produzidos nos autos não demonstram a ocorrência do alegado desvio de função. 2. Situação de desvio de função, não caracterizada. 3. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente. 4. Sentença, ratificada. 5. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido. (Apelação Cível nº 0030751-53.2013.8.26.0506, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Francisco Bianco, j. em 17.03.2017).

Destarte, à míngua de elementos que evidenciem de forma inconteste o exercício de cargo em desvio de função, a improcedência da ação deve ser mantida.

Por final, majoro os honorários advocatícios em mais 5% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11 do novo Código de Processo Civil, observada a justiça gratuita concedida (fl. 20).

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

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

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1018477-36.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados TAMATAVE NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS S/A, JACQUELINE FERREIRA DA SILVA MOUGA e DENISE MONIQUE DUBET DA SILVA MOUGA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 11.614)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 9 de março de 2017.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Ordem concedida – Diversidade de valores para cálculo do IPTU e ITBI – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade do Decreto nº 46.228/05 declarada pelo Órgão Especial do TJSP – O valor venal de referência do IPTU é que deve servir como base de cálculo do imposto do ITBI – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Apelação em mandado de segurança[1] **contra sentença que concedeu a ordem para garantir o recolhimento do ITBI com base no valor venal utilizado para cálculo do IPTU (fls. 97/102).**

Sustenta a Municipalidade apelante, em preliminar, inadequação da via eleita e falta de interesse de agir. No mérito, alega que o Decreto nº 46.228/05 não alterou nem majorou a base de cálculo do imposto, mantendo o valor venal conforme estabelecido no CTN (art. 38) e na Lei Municipal nº 11.154/91 (art. 7º), entendido como o valor pelo qual o bem ou direito pode ser negociado à vista e em condições normais de mercado, daí propugnando pela reforma integral da decisão (fls. 109/124).

Recurso recebido, processado e respondido.

Relatado.

As questões prejudiciais de inadequação da via eleita e de falta de interesse de agir ficam rejeitadas, pois os documentos constantes dos autos se mostram suficientes para bem compreender a questão e conferir solução adequada ao litígio, dispensando a produção de outras provas e o esgotamento prévio da via administrativa antes da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).

Acesso ao Sumário

No mérito, tanto o artigo 38, do Código Tributário Nacional, como o artigo 7º, da Lei nº 11.154/91, dispõem que a base de cálculo do ITBI deve corresponder ao valor venal dos bens ou direitos transmitidos por ato oneroso. No caso, contudo, o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 46.228/05, nos autos do Incidente de Inconstitucionalidade nº 009998335-50.2006.8.26.0000, julgado em 16.06.2010, em que foi Relator o *Desembargador Renê Ricupero*, com a seguinte ementa:

Arguição de Inconstitucionalidade – Município de São Paulo –

1 Valor da Causa em abril de 2.106: R$ 100.000,00

Decreto Municipal 46.228/2005 ITBI – Imposto sobre transmissão de bens imóveis "inter vivos" – Aumento na base de cálculo – Art. 150 da Constituição Federal – Inconstitucionalidade reconhecida. Na veiculação de temas de direito tributário que concernem às relações entre o Estado e o contribuinte, sujeita-se o Poder Público ao princípio constitucional da reserva de Lei, disposto no artigo 150 da Constituição Federal, que veda à União, Estados ou Municípios a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça. Tendo em vista que, a teor do art. 38, do CTN, a base de cálculo para o lançamento tributário é o valor venal dos bens e títulos transmitidos, para se atribuir outro valor ao imóvel, que não o decorrente do anterior, mister a existência de uma lei que o autorize, não bastando para isso, simples decreto.

Ora, a fonte do Direito Tributário não é o decreto, a lei municipal nem o ato administrativo, mas a Constituição da República, a Lei Complementar e a Lei Ordinária, como preceitua o artigo 5º, II, da Constituição Federal: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – I. Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.* Aí repousa a tipicidade tributária ou princípio da estrita legalidade.

No caso, a Lei Municipal nº 14.256/06 ratificou o aludido Decreto para modificar a base de cálculo do ITBI prevista no artigo 7º, da Lei Municipal nº 11.154/91 e no art. 38, do CTN, porém, desconsiderando o valor venal do imóvel para prevalecer o valor de mercado, de maneira que, por mero ato administrativo, a Municipalidade passou a fixar a base de cálculo do ITBI de acordo com o preço do negócio, por meio de ato administrativo, o que não se admite na espécie, como adverte HUGO DE BRITO MACHADO: *... a diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições do mercado, pela oferta e procura dos bens. O preço funciona, no caso, como uma declaração de valor, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na hipótese de divergência, a disposição do art. 148 do CTN* ("Curso de Direito Tributário", Ed. Malheiros/SP, 2001, p. 189).

Em suma, ao instituir base de cálculo para o ITBI, diversa do valor venal, o Decreto Municipal nº 46.228/2005 contraria o critério normatizado no art. 38, do CTN e, no art. 7º, da Lei nº 11.154/91, atentando contra o princípio da estrita legalidade, a comprometer a devida fixação do *quantum debeatur.*

Daí porque, **nega-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1003648-37.2016.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que são apelantes MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado JOÃO CARLOS VITTE.

ACORDAM, em 7ª 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 30.224)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 13 de março de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – Conjunto probatório que evidencia valores empenhados e liquidados, nos dois últimos quadrimestres do mandato, sem aporte financeiro para o pagamento – Dolo caracterizado, em virtude da vontade deliberada de agir em afronta aos princípios da Administração, independentemente da finalidade da conduta – Configuração de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11 – Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Acesso ao Sumário

O Ministério Público do Estado de São Paulo, inconformado com a r. sentença que julgou improcedente a ação civil pública (fls. 692/700), interpôs recurso de apelação.

Alega que a r. sentença limitou-se a concluir pela inexistência de comprovação do elemento subjetivo. Aduz que o apelado contraiu, nos últimos dois quadrimestres de seu mandato, como prefeito, obrigação de despesa, que não podia ser cumprida integralmente dentro dele, e sem que houvesse suficiente disponibilidade de caixa. Afirma que as obrigações, indevidamente assumidas, estão relacionadas a fls. 144/215, as quais demonstram a data em que foram contraídas, os valores empenhados, eventuais anulações de empenho,

os valores liquidados, os valores pagos e os saldos remanescentes. Sustenta que a contratação de obrigação se dá após o empenho. Assevera que as obrigações contraídas, mas não pagas, oneraram a administração pública municipal em mais de três milhões de reais. Argui violação à Lei Complementar 101/00.

Observa que o fundamento da r. sentença não foi a ausência de comprovação da conduta ilícita. Aduz que o dolo e a culpa, no caso de improbidade, confundem-se com a má-fé. Diz que a produção de prova oral é desnecessária ao caso, vez que os fatos foram comprovados documentalmente. Salienta que o elemento subjetivo decorre de um raciocínio de dedução, a partir dos fatos já comprovados. Ressalta que o apelado já exerceu mandato de prefeito no Município e obviamente sabia da vedação. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 705/714).

Com as contrarrazões (fls. 720/726), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 731/735).

É o relatório.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a presente ação civil pública objetivando seja declarado que "os diversos atos de assunção de despesas nos dois últimos quadrimestres de 2012, sem a correspondente previsão de recursos para o pagamento delas, perfazendo déficit orçamentário no montante de R$ 3.293.580,02, nos termos expostos e analisados ao longo da narrativa e fundamentação desta petição inicial, caracterizam IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, nos termos que estabelece o artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei Federal nº 86429/92, como acima já exposto", bem como seja o réu condenado nas sanções do art. 12, III, da Lei Federal 8429/92 (fls. 16).

O MM. Juiz da causa julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que o "elemento subjetivo indispensável à caracterização da improbidade, a má-fé do requerido ou sua culpa grave no desrespeito à legalidade, moralidade e dever de lealdade às instituições, não estão, suficientemente, comprovadas, acerca do que o representante do Ministério Público não acenou interesse na produção de outras provas" (fls. 692/700).

Desponta dos autos que José Carlos Vitte, na condição de prefeito de Nova Gertrudes, teve as contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas do Estado, referentes ao exercício de 2012 (fls. 496/503). Paralela à presente, também foi ajuizada ação penal contra o demandado para apuração de crimes contra as finanças públicas. As cópias do inquérito policial instruíram o feito.

Segundo restou apurado, houve o aumento de despesa nos dois últimos quadrimestres do mandato, sem disponibilidade financeira, em afronta o artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo o qual "é vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato,

Acesso ao Sumário

contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito".

O pedido de reexame pelo então prefeito contra o parecer prévio foi rejeitado pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, especificamente, no ponto em que se discute a violação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal (fls. 566/571).

Não obstante a controvérsia em torno da expressão "contrair obrigação de despesa", entende o Tribunal de Contas de São Paulo que, em ano eleitoral, "deve o Prefeito quitar despesas empenhadas e liquidadas entre maio e dezembro, ou, ao menos, reversar dinheiro para que assim o faça o sucessor" (Manual Básico – Gestão Financeira de Prefeituras e Câmaras Municipais com regras do último ano de mandato e da legislação eleitoral).

À evidencia, comprovada efetivamente a prestação do serviço (*liquidação*), deve o gestor público realizar o pagamento dos credores ou disponibilizar recursos financeiros para que o sucessor emita a ordem de pagamento.

O conjunto probatório dos autos evidencia, sem muito esforço, que o apelado emitiu empenho e liquidação de diversos valores sem o devido pagamento ou reserva de caixa para tanto. O autor apontou, na inicial, a data em que foram os valores empenhados e liquidados, os que foram pagos e o saldo remanescente a pagar (fls. 144/215), evidenciando déficit no valor de R$ 3.293.580,02 (fls. 104).

Por sua vez, o laudo pericial, elaborado pelo Instituto de Criminalística de São Paulo, nos autos do inquérito policial, apurou que o demandado ordenou obrigações financeiras a partir de 01/05/2012, sem que fossem honradas até 31.12.2012 (fls. 448).

Necessário registrar que nada impossibilitou a sua defesa, a quem cabia manifestar-se precisamente sobre cada valor empenhado, liquidado, mas não pago.

Ademais, a matéria aqui tratada pode ser dirimida por prova documental e pericial. Assim, a prova testemunhal requerida não teria o condão de alterar o juízo de valor das já produzidas nos autos.

É certo que a recomposição salarial dos servidores públicos, acima da inflação do período, se deu antes da vedação da lei e, embora a contratação de novos funcionários, nos dois últimos quadrimestres do exercício financeiro, não tenha ultrapassado o limite legal de despesa com pessoal, por óbvio, ocasionou reflexos diretos nas despesas do último semestre, gerando indisponibilidade financeira para saldar os diversos valores empenhados e liquidados no final do mandato eletivo.

Evidencia-se, desta forma, uma gestão administrativa violadora dos

princípios basilares de gerenciamento responsável dos recursos públicos.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

"EMENTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Município de Tapiratiba - Prefeito Municipal que, ao encerrar seu mandato, deixou obrigações a serem cumpridas, com déficit de grande monta - Afronta aos artigos 1º, § 1º e 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal - Improbidade administrativa caracterizada - Sentença que fixou a pena de suspensão dos direitos políticos por três anos - Adoção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para substituir a pena pela multa civil - Recurso parcialmente provido" (Ap. Cível nº 9000009-10.2008.8.26.0103, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. 31.01.2013).

Como é cediço, é dever funcional de todo agente público, termo em que se incluem os agentes políticos, conhecer a legislação aplicável ao seu mister. No caso, em se tratando de recursos públicos, não é razoável admitir que o prefeito entenda tenha sido legal o aumento excessivo de despesas, que chegaram a criar indisponibilidade de caixa, no final do mandato eletivo, principalmente se considerar que foi alertado oito vezes sobre a ilegalidade pelo Tribunal de Contas (fls. 25).

A Lei de Improbidade não exige a desonestidade ou a má intenção do Administrador Público, no sentido de causar prejuízo à coisa pública, bastando que seja comprovado o dolo genérico, no caso das condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92.

Na hipótese do artigo 11, o dolo genérico é caracterizado pela ciência e deliberação em praticar a conduta violadora dos princípios da Administração, o que foi cabalmente demonstrado nos autos. Não se discute a finalidade específica do ato, muito menos a nobreza ou importância desta.

Assim, "o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas" (AgReg no REsp nº 1.214.254/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 15.2.2011).

Verifica-se, portanto, a prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92, segundo o qual, "constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições".

Aplica-se ao réu as sanções previstas no inciso III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92. Determina o parágrafo único deste dispositivo legal que, "na fixação

Acesso ao Sumário

das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente". As penalidades são, portanto, cumulativas, mas não precisam ser esgotadas.

Considerando que as contas anuais do Prefeito foram julgadas regulares pela Câmara Municipal, embora, repito, rejeitadas pelo órgão técnico (fls. 615/623), bem como atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fixo ao demandado o pagamento de multa civil equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida em 2012, devidamente atualizado pelos índices oficiais.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reconhecer a prática ímproba do demandado por violação ao artigo 11, *caput* e I da Lei de Improbidade Administrativa, condenando-o ao pagamento de multa civil equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida em 2012, devidamente atualizado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1027005-59.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes P. M. DE S. P. e J. E. O., são apelados I. T. V. e L. F. V.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª 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 28.840)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 3 de abril de 2017.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO em MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Município de São Paulo – Partilha de bens – Transmissão a título não oneroso – Hipótese de não incidência do imposto – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Apelação do impetrado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (fls. 120/ss)

contra r. sentença (fls. 109/ss) proferida em Mandado de Segurança impetrado por I.T.V. e Outra contra ato de responsabilidade atribuída ao Sr. Secretário de Finanças do Município de São Paulo, por meio da qual o impetrante pretende concessão de segurança a fim de declarar indevida a exigência de ITBI em razão de partilha.

2. Na inicial sustentaram os autores, em síntese, que visando formalizar divórcio e partilha de bens foram surpreendidos com a exigência de ITBI sobre dois imóveis que em sua totalidade ficaram para um dos divorciantes; que a exigência não se justifica eis que não se trata de transmissão onerosa de bens.

3. A r. sentença proferida pelo MM Juiz Randolfo Ferraz de Campos concedeu a segurança para determinar seja lavrada a escritura de divórcio e partilha de bens dos impetrantes sem a exigência de pagamento de ITBI, sob o fundamento de que os impetrantes foram casados no período de 29/10/1988 a 11/12/2014 sob o regime da comunhão parcial de bens, de modo que todos os bens adquiridos na constância da sociedade são de propriedade comum. Entendeu, ainda, que na partilha não há transmissão onerosa de bens, não havendo fato gerador do ITBI.

4. Em seu apelo sustenta o Município, em síntese, que é legal e constitucional a incidência do ITBI sobre o excesso de meação eis que todos foram adquiridos na vigência do casamento, pelo que caberia a cada um dos impetrantes 50% das propriedades; que todos os bens imóveis foram transmitidos à divorcianda, de modo que houve transmissão de 50% dos imóveis do cônjuge varão; que a transmissão foi onerosa já que o varão, em compensação, recebeu todos os bens moveis do casal. Requer, por fim, a reforma da r. sentença.

5. Recurso tempestivo, dispensado de preparo e respondido (fls. 131/ss).

6. As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

6. Pretende o Município a reforma da r. sentença.

Sem razão.

Isso porque os impetrantes eram casados sob o regime de comunhão parcial de bens, alterado para o regime de separação total de bens, com efeitos a partir de 29/05/2015, data em que averbado a margem do assento de casamento.

Com efeito, visando formalizar o divórcio, os impetrantes solicitaram ao Oficial do 2º Tabelião de Notas da Capital – SP que fosse elaborada escritura de divórcio, bem como, partilha em quinhões igualitários para cada um dos impetrantes.

Ora, na referida escritura os bens foram partilhados, de forma equânime, cabendo a cada um dos cônjuges a exata metade do patrimônio do casal, ficando a impetrante, exclusivamente, com os bens imóveis e ao ex-marido, igual

Acesso ao Sumário

quinhão, em bens moveis, conforme escritura pública de divórcio (fls. 18/ss).

Ora, a incidência do ITBI está condicionada a transmissão onerosa de imóveis e, tal não ocorreu no caso, eis que a partilha foi realizada de forma igualitária, com a divisão idêntica do valor patrimonial, não havendo, portanto, recebimento de quinhão de valor superior ao da respectiva meação, não configurado o alegado excesso de meação, razão pela qual também se faz inaplicável ao caso a Súmula 116 do STF, segundo a qual "*Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados*."

Destarte, a partilha de bens configura ato não oneroso e representa apenas a divisão patrimonial dos bens já existentes em comunhão, afastando qualquer hipótese de venda ou transmissão, portanto, não incide o ITBI.

Nesse sentido:

APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA - ITBI - Município de Dourado - Partilha de bens - Transmissão a título não oneroso - Hipótese de não incidência - Sentença mantida - RECURSO IMPROVIDO - Apelação nº 0002070- 97.2013.8.26.0498, 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, j . em 24 de abril de 2014 - Relator Rodrigues de Aguiar.

ITBI - Município de Santos - Repetição de indébito - Divórcio consensual - Alegado excesso de meação - Transmissão a título não oneroso - Hipótese de não incidência do imposto - Recolhimento indevido - Devolução que se impõe - Recurso não provido - Apelação nº 0144859-71.2007.8.26.0000, 15ªCâmara de Direito Público, julgado em 19.01.2012 - Relator Erbetta Filho.

APELAÇÃO CÍVEL - ITBI recolhido indevidamente - Separação judicial de casal - Excesso de meação - Transmissão a título não oneroso - Divisão amigável do que em comum, consenso que não se caracteriza ato oneroso nem transmissão, mas mera divisão patrimonial, ficando especificado de forma individual o que pertencerá a cada um - Sentença mantida - Recursos improvidos - Apelação Com Revisão nº 0173572-90.2006.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, julgado em 06.08.2009 - Relator Eutálio Porto.

Realço, por fim, que o patrimônio comum foi partilhado e não cada um dos bens individualmente considerados, de forma que existe a mera partilha de bens comuns entre o casal, inexistindo transação por ato oneroso, que configure o fato gerador do ITBI. De sorte que, tratando-se de ato não oneroso, incabível a incidência do ITBI, devendo ser mantida a r. sentença.

Pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1009828-08.2015.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada JANAÍNA APARECIDA DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA).

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.909)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente), BANDEIRA LINS e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA – CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE ATENDENTE DE EDUCAÇÃO II – NÃO ENTREGA DA DOCUMENTAÇÃO NO PRAZO PARA POSSE – DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE TORNA SEM EFEITO O ATO DE POSSE – DESCABIMENTO – AUTORA QUE, NO PRAZO PARA ENTREGA DE EXAMES E REALIZAÇÃO DE OUTROS, SOFRE ACIDENTE GRAVE – Documentos constantes nos autos demonstram que a autora se acidentou com óleo quente, com queimaduras por todo o corpo, demandando internação e afastamento de suas atividades – Caso fortuito, imprevisível e inevitável – Decisão que não encontra respaldo nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade esculpidos na Constituição Federal/88 – Entendimento deste E. Tribunal de Justiça. Reexame necessário e recurso de apelação do Município não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Anulatória ajuizada por Janaína Aparecida de Jesus

em face do Município de Praia Grande, objetivado a anulação da decisão administrativa que tornou sem efeito o ato de posse da autora, de forma a oportunizar a realização de todos os procedimentos necessários para a concretização do ato de posse, com a entrega de documentação e realização de perícia médica, além de reserva de vaga.

A r. sentença de fl. 360/364, integralizada pela decisão de fls. 373/374, julgou procedente a ação para o fim de anular o ato que tornou sem efeito a posse a autora do Concurso Público 03/2014, para o cargo de Atendente de Educação II e determinar a sua reintegração ao concurso público, facultando-lhe prazo de entrega do exame médico faltante e submissão à perícia pela Divisão do Trabalho do Município, bem como o agendamento da data da posse. Também, determinou a reserva de vaga em favor da autora. Ainda, condenou o Município em honorários advocatícios, fixados em R$ 1.0000,00, por equidade, que são devidos à Defensoria Pública.

Determinada a remessa oficial à fl. 364.

O Município apela (fls. 381/388). Aduz que a r. sentença afastou a aplicabilidade da Lei Municipal e do Edital, os quais fixam de maneira expressa o prazo para a posse, não havendo espaço para discricionariedade para o Administrador. Aduz que o lamentável acidente ocorrido com a autora não se trata de caso fortuito. Argumenta que a autora poderia ter apresentado toda a documentação antes do acidente.

Recurso tempestivo, interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil e respondido às fls. 395/404.

É o Relatório.

Voto.

Cuida-se de Ação Anulatória em que a autora objetiva anular decisão administrativa que tornou sem efeito o ato de posse cargo de Atendente de Educação II, em razão da não apresentação dos documentos e realização de perícia no prazo legal.

Extrai-se dos autos que a autora se inscreveu para o Concurso Público n.º 03/2014, obtendo aprovação e, posteriormente, convocada para tomar posse.

Depois do pedido de prorrogação da posse ser aceito pela Administração, a autora deixou de entregar os documentos em razão de grave acidente sofrido, consistente no derramamento de óleo quente sobre o corpo e face, a demandar internação emergencial na Santa Casa de Santos.

Entende, pois, que por motivo de força maior, não conseguiu entrar pessoalmente os exames que realizou, bem como completar o restante dos exames.

Em que pese a previsão do edital e lei municipal regulando o prazo para

Acesso ao Sumário

a posse dos candidatos aprovados em concurso público, a exclusão da autora do certame afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, esculpidos na Constituição Federal de 1988.

Isso porque a autora cumpriu todas as etapas de ingresso, logrando aprovação no concurso e demonstrada aptidão, não sendo razoável e proporcional afastá-la do ato de posse em razão do infortúnio ocorrido, devidamente demonstrado nestes autos (queimadura na face, tronco, membros inferiores e superiores, com necessidade de realização de procedimento cirúrgico - fls. 33/45).

O relatório médico de fl. 36 atesta o ocorrido, bem como a necessidade de afastamento pro 30 dias para acompanhamento ambulatorial de cirurgia plástica.

Não bastasse, o evento caracteriza-se como caso fortuito, imprevisível e inevitável, alheio à vontade da autora, com a qual não concorreu em qualquer modalidade de culpa, impedindo-a de entregar todos os exames pertinentes, e outros realizar, para o ato de posse.

Nesse sentido:

1013108-95.2015.8.26.0053 Apelação/Posse e Exercício

Relator(a): Maria Olívia Alves

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 09/11/2015

Data de registro: 12/11/2015

Ementa: APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de Segurança – Concurso Público – Candidata que não compareceu à perícia médica e nem entregou seus documentos no prazo previsto no edital – Internação, por motivo de doença – Sentença de concessão da segurança – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Impetrante que demonstrou a impossibilidade de estar presente na data determinada – Caso fortuito devidamente comprovado – Prevalência do princípio constitucional da proporcionalidade – Sentença mantida na forma do art. 252 do Regimento interno – Não provimento da apelação, com solução extensiva ao reexame necessário.

A alegação de que poderia ter entregado antes a documentação não se sustenta, na media em que a autora ainda estava dentro do prazo legal para posse.

Diante do exposto, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação do Município.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0040647-11.2008.8.26.0114/50000, da Comarca de Campinas, em que são embargantes JOSÉ MARIN, ARNOLD ADOLPH STEGER, ANTÔNIO APARECIDO ROBIN, ANTÔNIO MORAES, ANTÔNIO ROSA, APARECIDO DA SILVA CRUZ, ARGEU BIZARRO, CARLOS ROBERTO RECHINTIERO, DOMINGOS PAIÃO, JOSÉ FIRMINO BEZERRA FILHO, VITÓRIO ALBERTO PACCI, JOSÉ TELLES, JOSUÉ DE SOUZA, LAÉRCIO SANT ANA, MARIA DO ROSÁRIO DE MATOS PEREIRA RIBEIRO, NOÉ GRACIANO PINTO, SEBASTIÃO APARECIDO CARDOSO, SEBASTIÃO MARINHO MARTINS, SELMA MARIA DE ANDRADE CRAGEL e SILVINO LEITE, é embargado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 8 de março de 2017.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Alegação de erro material e contradição – Inexistência – Mero inconformismo com o julgado – Prequestionamento – Impossibilidade:

Os embargos não se prestam para veicular inconformismo da parte com o decidido, não podendo ser considerada omissa, obscura ou contraditória a decisão, apenas porque reflete entendimento contrário ao defendido pelo embargante.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Alegam os embargantes que o acórdão contém erro material ao "*julgar*

integralmente procedentes os embargos à execução e determinar a cessação do cálculo cumulativo a partir da data da intimação desse acórdão." porque o Município requereu a cessação do cálculo cumulativo nos cálculos de liquidação dos atrasados e não nas prestações futuras. E, ao assim decidir, o acórdão também é contraditório, pois mantém na conta o adicional cumulativo quando o objeto dos embargos era justamente sua glosa da conta de liquidação. A embargada deixou expresso seu inconformismo quanto ao reconhecimento do direito de apresentação dos cálculos com o adicional cumulativo, o que está de acordo com o pedido inicial de redução do adicional na conta de liquidação e não sua cessação futura, violando o acórdão os arts.141, 492 e 1.013 do Código de Processo Civil.

FUNDAMENTOS

1. Citado para pagamento da quantia de R$875.361,03 (cálculos de liquidação fls.1278/1339 do apenso – 7º volume), o Município de Campinas opôs embargos, alegando excesso de execução porque: a) o cálculo do adicional por tempo de serviço não pode ser cumulativo; b) os juros devem ser contados a partir de citação, iniciando em 4% porque no mês do cálculo não há atraso; e c) erro no índice utilizado na atualização dos honorários da sucumbência, entendendo devido o valor de R$465.027,80 mais R$5.295,06 de honorários (cálculos fls.13/93).

Na impugnação os autores concordaram com a redução da verba honorária para R$5.295,06 (fls.148/181).

Acolhidos os embargos apenas no tocante aos honorários, a Municipalidade apelou, impugnando o cálculo cumulativo do adicional por tempo de serviço e, seu apelo foi provido, "*para julgar integralmente procedentes os embargos à execução e determinar a cessação do cálculo cumulativo a partir da data da intimação desse acórdão*."

Como na inicial o Município apontou erro no tocante aos juros e cálculo cumulativo do adicional por tempo de serviço, pedindo a redução do total bruto para R$465.027,80 mais honorários de R$5.295,06 (fl.8), os embargantes alegam que a determinação da cessação do cálculo cumulativo a partir da intimação do acórdão caracteriza erro material, implica contradição e violação aos arts.141 ("*O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.*"), 492 ("*Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*") e 1.013 ("*Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.*") do Código de Processo Civil.

Sem razão.

Acesso ao Sumário

Embora na inicial o Município tenha pedido a redução do total bruto executado, a causa de pedir é a ilegalidade do cálculo cumulativo do adicional de insalubridade. E, em suas razões recursais, expressamente afirma que o recebimento do adicional por tempo de serviço de forma cumulativa, viola o art.37, inciso XIV, da Constituição Federal, defendendo a possibilidade de correção mesmo em embargos à execução.

Não há, portanto, violação aos arts.141, 492 e 1.013 do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal Federal já analisou a matéria do presente recurso, concluindo que a coisa julgada favorável ao computo cumulativo de adicionais, em afronta ao art.37, inciso XIV, da Constituição Federal, não pode prevalecer, por violar o principio da moralidade administrativa.

A coisa julgada cede, diante da nova ordem constitucional, na relação jurídica continuativa, mas acoberta o que já recebeu o titular do direito enquanto vigente a legislação que o concedeu, razão pela qual se determinou a cessação do cálculo cumulativo a partir da data da intimação do acórdão.

2. Os embargantes não se conformaram com o decidido e estão agora buscando reforma, efeito que não têm os embargos de declaração.

Ora, se não concordam com a decisão, devem manifestar seu inconformismo por meio de eventuais recursos cabíveis para modificar o julgamento de Segundo Grau.

Os embargos de declaração se limitam a reparar obscuridade, omissão ou contradição, defeitos que não existem no acórdão embargado, não podendo ser considerada contraditória, omissa ou obscura determinada decisão, apenas porque o entendimento adotado não coincide com aquele do embargante.

Os embargos de declaração também não se prestam para mero reforço de prequestionamento, não tendo cabimento quando a questão foi decidida no acórdão.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, examinadas todas as questões relevantes para o julgamento, nada mais precisa ficar expresso no acórdão, como demonstram os julgados abaixo relacionados.

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EQUÍVOCO NA FORMAÇÃO DO AGRAVO AFASTADO. RECONSIDERAÇÃO. PROVIMENTO PARA MELHOR EXAME DO RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1 - Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535),

Acesso ao Sumário

sendo inadmissível a sua interposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas na decisão embargada.

2 - De acordo com o voto condutor do acórdão embargado, além de ter sido afastado o óbice ao conhecimento do agravo de instrumento, determinou-se a subida dos autos principais para melhor exame das questões veiculadas nas razões do recurso especial.

3 - Não se pode reconhecer a existência da omissão apontada, na medida em que o Colegiado da Quarta Turma, reconhecendo superadas as questões relativas à admissibilidade do agravo de instrumento, deu-lhe provimento para melhor exame das teses suscitadas no apelo especial, decisão essa que não pode ser considerada fora dos limites do pedido deduzido no agravo regimental.

4 - As razões apresentadas pela ora embargante, além de evidenciarem mero inconformismo com as conclusões adotadas por este Colegiado, não lograram demonstrar a existência de quaisquer dos vícios previstos no artigo 535 do Código de Processo Civil, deixando claro o propósito de se obter novo julgamento da causa.

5 - Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no Ag nº 1.249.558/RJ, relatado pelo Ministro RAUL ARAÚJO, publicado em 13.6.2012).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. HIPÓTESE QUE CONFIGURA MERA REITERAÇÃO DE RECURSO. PROPÓSITO PROTELATÓRIO EVIDENCIADO.

1. Não havendo omissão, obscuridade ou contradição, tampouco negativa de prestação jurisdicional, merecem ser rejeitados os embargos de declaração opostos. Ressalte-se que o mero inconformismo com a conclusão do julgado não enseja a apresentação de sucessivos embargos de declaração, sem observância das hipóteses autorizativas previstas no art. 535 do CPC.

2. Embargos de declaração rejeitados. Embargante condenada ao pagamento de multa em quantia equivalente a um por cento (1%) sobre o valor corrigido da causa." (EDcl nos EDcl no REsp nº 1.280.563/MG, relatado pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, publicado em 23.5.2012).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. ENTENDIMENTO ADOTADO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE AFASTAR AS

Acesso ao Sumário

CONCLUSÕES DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Ausência de maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

2. Inviável o reexame de matéria de fato em sede de recurso especial.

3. Inadmissível o recurso especial se o entendimento adotado pelo Tribunal de origem se encontra em harmonia com a jurisprudência do STJ.

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg no Ag nº 1.201.721/MS, relatado pelo Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, publicado em 28.2.2012).

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que os embargos de declaração não se prestam para mero prequestionamento quando ausente omissão no acórdão, a saber:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. ALEGADA OMISSÃO. PRISMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSÍVEL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. Cuida-se de embargos de declaração opostos contra alegada omissão em apreciar dispositivos constitucionais (a saber, o art. 5º, incisos III, V, e VLIX, bem como o art. 37, § 6º), com o fito de postular seu prequestionamento.

2. O acórdão apreciou o tema do dano moral e da responsabilidade civil do Estado, com enfoque infraconstitucional; porém, o resultado do julgamento foi contrário à tese esposada pelo embargante. É cediço que o mero inconformismo não abre a excepcional via dos embargos de declaração. Precedentes: EDcl nos EREsp 740.530/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 27.10.2011; e EDcl nos EREsp 141.356/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, DJe 13.8.2010.

3. Não é cabível o acolhimento dos embargos de declaração opostos com o objetivo de prequestionar matéria constitucional, já que esse recurso só é cabível para suprir os vícios listados no art. 535 do Código de Processo Civil. Precedentes: EDcl no AgRg nos EREsp 1.106.553/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19.8.2010; e EDcl no AgRg nos EREsp 542.154/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 20.10.2008.

4. Inexistindo omissão no julgado e, portanto, vícios sanáveis, devem ser

Acesso ao Sumário

rejeitados os embargos.

Embargos de declaração rejeitados." (EDcl nos EREsp nº 962.934/MS, relatado pelo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, publicado em 30.5.2012).

Destarte, pelo meu voto, rejeito os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1021586- 92.2015.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são embargados ROSA ZIROLDO BONALUMI (E OUTROS(AS)), ROBERTO BONALUMI e RONALDO BONALUMI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público 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 24.395)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e VENICIO SALLES.

São Paulo, 16 de março de 2017.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição a ser suprida – Decisão colegiada que reflete o entendimento consolidado pela E. Turma – Questões suscitadas devidamente enfrentadas e apreciadas – Finalidade de prequestionamento – Observância dos limites traçados pelo Estatuto Processual Civil.

2. Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de **embargos declaratórios** opostos em face de **V. Acórdão** que, por unanimidade, ***negou provimento ao reexame oficial e ao recurso***.

Alega a embargante (fls. 01/07), em síntese, que o Decreto nº. 46.655/02 não alterou a base de cálculo do ITCMD, mas apenas regulamentou a Lei Estadual

Acesso ao Sumário

nº. 10.705/00. Desde a edição da Lei Estadual nº. 10.705/00, a base de cálculo do ITCMD é o valor venal do bem. O V. Aresto contrariou o disposto no artigo 155, inciso I, da Constituição Federal, combinado com o artigo 35, inciso I, do Código Tributário Nacional. A matéria deve ser objeto de prequestionamento.

É o relatório.

Os embargos não prosperam.

Com efeito, não contém o V. Acórdão nenhuma omissão, contradição ou obscuridade a ensejar a interposição destes embargos declaratórios.

No caso em apreço, o V. Aresto apreciou todas as questões suscitadas e bem fundamentou a decisão, motivo pelo qual não existe nenhum aspecto a ser sanado. Ademais, o julgador não está obrigado a reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes, quando já tenha encontrado fundamento suficiente para sua conclusão, tampouco responder cada um deles. Aliás, também é desnecessária a citação, no julgado, de dispositivos legais e constitucionais invocados pelas partes.

Como cediço, os embargos de declaração, em homenagem aos lindes traçados pela lei instrumental civil, não podem ter caráter infringente, sendo, indiscutivelmente, inábeis à rediscussão do mérito.

Entendimento contrário apenas aplica-se a casos de manifesto equívoco, o que não se verifica neste caso, pois a decisão colegiada foi proferida em perfeita consonância com a convicção da **E. Turma.**

Nesse sentido:

"Não se admitem embargos de declaração infringentes, isto é, que, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado anterior, na realidade buscam alterá-lo" (**RTJ 90/659; RSTJ 109/365, RT 527/240, JTA 103/343**).

*"Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão (**RTJ 89/548, 94/1.167, 103/1.210, 114/351**), não justifica, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, a sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em conseqüência, a desconstituição do ato decisório"*

(**RTJ 154/223, 155/964, 158/264, 158/689, 158/993, 159/638**).

Ademais, o objetivo dos embargos de declaração, mesmo para fins de prequestionamento, é suprir, se existentes, omissões, contradições ou obscuridades no julgado, o que não se vislumbra na hipótese vertente.

O **E. STJ** já pacificou entendimento sobre a matéria ora em questão:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA.

Acesso ao Sumário

PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO INEXISTENTE.

1. Inexiste omissão a ser suprida na via dos embargos de declaração se o acórdão embargado manifesta-se de modo claro e objetivo quanto à matéria submetida à apreciação da Corte.

2. Os embargos de declaração não constituem meio adequado a provocar o reexame de matéria já apreciada.

3. Segundo a jurisprudência do STJ, mesmo nos embargos declaratórios opostos com o fim de prequestionamento, devem ser observados os parâmetros do art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material).

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no CAT. 151/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2004, DJ 18/10/2004, p. 180);

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REEXAME DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando "houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição"; ou "for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal" (artigo 535 do Código de Processo Civil).

2. São incabíveis os embargos declaratórios que, sob o pretexto de omissão, visam, em verdade, ao reexame do juízo de admissibilidade do recurso especial interposto.

3. O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, não requisitando, necessariamente, que o acórdão impugnado faça expressa referência ao dispositivo de lei tido como violado (EREsp nº. 155.621/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, "in" DJ 13/9/99).

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 168.720/TO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2003, DJ 15/12/2003, p. 409).

Prevalece, assim, para todos os efeitos de direito, o V. Aresto tal como lançado, que reflete o entendimento consolidado pela **E. Turma.**

Posto isso, **rejeitam-se os embargos de declaração.**

É o que se decide.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1019819-10.2016.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que é embargante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado LUIZ CLÁUDIO PINTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público 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 27.477)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 4 de abril de 2017.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Vício de omissão não caracterizado – Recurso destinado ao prequestionamento de dispositivos legais considerados contrariados – Desnecessidade de referência expressa – Embargos rejeitados.

VOTO

A decisão ora embargada foi lavrada nos seguintes termos:

*"O recorrido, **Luiz Cláudio Pinto**, ajuizou ação de declaração de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito dirigida a **Fazenda do Estado de São Paulo** e a **Companhia Piratininga de Força e Luz – CPFL**, pois entende ilegal e inconstitucional a cobrança do ICMS sobre os valores das tarifas e encargos de uso e conexão dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica. Pediu a antecipação da tutela para suspensão dos valores exigidos a esse título (fls. 01/46).*

Indeferida a tutela antecipada, o acionante interpôs agravo de instrumento, o qual foi provido nesta instância (AI N.º 2203810-09.2016.8.26.0000, Santos, DM 27.037-AI, desta relatoria – fls. 53 e 241/248).

Sobreveio a r. sentença:

*- para reconhecer a ilegitimidade passiva da **Companhia Piratininga de Força e Luz – CPFL**, condenado o acionante no pagamento de honorários advocatícios de R$ 2.000,00, observada a gratuidade judiciária; e*

*- de procedência, em relação a **Fazenda do Estado de São Paulo**, a qual condenada a restituir os valores pagos, observada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros de mora e correção monetária, a partir*

Acesso ao Sumário

do trânsito em julgado da sentença, com incidência da taxa SELIC; bem como no pagamento das verbas de sucumbência e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, a ser apurado quando da liquidação do julgado. O C. Juízo de primeiro grau determinou o reexame necessário (fls. 197/199).

Inconformada, recorre a ***Fazenda do Estado de São Paulo****, na busca de inverter o decidido, com preliminar de ilegitimidade ativa. Pede a aplicação da Lei nº 11.960/09, bem como sejam contados os juros de mora somente após o decurso do prazo legal para pagamento da OPV ou precatório de pequeno valor a ser expedido, nos termos da Súmula Vinculante nº 17 e da Repercussão Geral nº 147, ambas do STF (fls. 201/215).*

Contrariado o recurso, autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 218/239).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Rejeita-se a alegada ilegitimidade do consumidor para figurar no polo ativo da demanda, pois, como consumidor final, é ele quem efetivamente custeia o ICMS, e deve, assim, ser equiparado, para fins de repetição do tributo, à posição do sujeito passivo da relação jurídica tributária, ou seja, às empresas distribuidoras de energia elétrica. Logo, é parte legítima para discutir a incidência do tributo, bem como pleitear sua restituição.

Nesse sentido, o STJ no AgRg no AREsp nº 456.554, rel. ***MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES,*** *DJe 17.03.2014, com a seguinte passagem:*

"(...) a Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC)."

Quanto ao mérito, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, o ICMS tem como hipótese de incidência as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

No caso da energia elétrica, o ICMS incide justamente sobre o fornecimento em si, ou seja, sobre a energia colocada a disposição do contribuinte para uso.

Descabida, nesse diapasão, a inclusão de custos de transmissão e distribuição na base de cálculo do tributo, pois a regra matriz de incidência a eles não faz menção. Ressalte-se, somente sobre a circulação da mercadoria há legítima exação do imposto, inadmissível embutir os

Acesso ao Sumário

encargos de transmissão e distribuição, pena de se estar a exigir tributo sem lei que o estabeleça, em dissonância ao disposto no art. 150, I, da Constituição Federal.

Essa a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS COBRADAS PELO USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E PELOS ENCARGOS DE CONEXÃO. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. PRECEDENTES.

1. A tarifa cobrada pelo uso do sistema de distribuição, bem como a tarifa correspondente aos encargos de conexão não se referem a pagamento decorrente do consumo de energia elétrica, razão pela qual não integram a base de cálculo do ICMS. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.135.984/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 4.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.8.2012; AgRg no REsp 1.278.024/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 14.2.2013.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1014552/MG, rel. ***MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES****, j. 12.03.2013).*

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no

Acesso ao Sumário

*REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1408485, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 12.05.2015).*

No mesmo sentir a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

*"Agravo de Instrumento. Decisão que, em Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito, deferiu antecipação de tutela para que a ré exclua as tarifas denominadas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS lançado contra as requerentes. A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) constituem encargos pelo uso da rede geradora de energia, ou pelo uso do sistema de distribuição. Jurisprudência que se vem firmando no sentido da não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores das referidas tarifas. Recurso improvido." (AI nº 2196345-17.2014.8.26.0000, rel. **DES. AROLDO VIOTTI**, j. 18.11.2014).*

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA AÇÃO DECLARATÓRIA ICMS TUST E TUSD. Discussão sobre relação jurídico-tributária. Legitimidade do consumidor final para discussão da exação cobrada pelo Fisco Estadual Jurisprudência pacífica sobre a não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Presença dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela. Fumus boni juris e periculum in mora devidamente configurados. Decisão reformada. Recurso provido." (AI nº 2168333-90.2014.8.26.0000, rel. **DES. JOSÉ LUIZ GERMANO**, j. 29.04.2015).*

Quanto aos juros de mora e correção monetária, deve ser observado o recente julgamento do Plenário do STF, nas ADIN n.ºs 4.425 e 4.357, em 14 de março de 2013, o qual declarou a inconstitucionalidade da EC 62, de 2009, e "por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09".

E, apesar da modulação dos efeitos atinente a Emenda Constitucional, em 25 de março de 2015, o STF houve por bem em determinar a instauração de repercussão geral de número 810, exatamente para definir os rumos a seguir no tocante à Lei nº 11.960/09.

*Desta forma, diante da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, **inaplicável a Lei nº 11.960/09**.*

Ademais, por tratar-se, de repetição de indébito, deve-se aplicar a taxa SELIC, nos termos do § 4.º, do art. 39, da Lei Federal n.º 9.250/95, que assim expressa:

Art. 39 (...)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou

Acesso ao Sumário

restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Ressalte-se, o Estado de São Paulo editou a Lei n.º 10.175, de 30.12.1998, a qual dispõe sobre taxa de juros de mora incidente sobre impostos estaduais, suspensão da atualização monetária e dá outras providências, e em seu art. 1.º adotou a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC, nos seguintes termos:

Art. 1.º - Os impostos estaduais, não liquidados nos prazos previstos na legislação própria, ficam sujeitos a juros de mora.

§ 1.º - A taxa de juros de mora é equivalente:

1 – por mês, a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente;

2 – por fração, a 1% (um por cento).

Assim, por envolver restituição de tributo arrecadado em excesso, aplica-se a taxa SELIC, a qual conjuga em um único índice a correção monetária e os juros de mora, de acordo com a Lei Estadual nº 10.175/1998.

Outrossim, merece pequeno reparo a r. sentença recorrida, pois necessário considerar, no presente caso, o previsto na Súmula Vinculante nº 17 do STF, com a seguinte redação:

"Durante o período previsto no §1º do art. 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos".

Logo, para a aplicação da Súmula supramencionada, necessária a ocorrência de uma série de fatores; por primeiro, devida a citação da Fazenda Estadual para a execução; assim, após a expedição do oficio requisitório, poder-se-á, então, aferir se houve o pagamento no prazo; caso não cumprida a obrigação nos termos do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, deverá incidir o acréscimo legal.

*No presente caso, ante a mínima sucumbência do demandante, razoável a manutenção dos **honorários advocatícios da sucumbência**, fixados pelo C. Juízo de primeiro grau no percentual mínimo sobre o valor da condenação, o qual, em observância ao disposto no art. 85, § 4.º, II, do Cód. Proc. Civil, e cuja apuração se dará por ocasião da liquidação, de acordo com as hipóteses dos incisos I a V do § 3.º do mesmo artigo.*

Além disso, em razão do provimento parcial do reexame necessário e do recurso voluntário não há espaço para honorários recursais.

*A majoração dos honorários advocatícios previamente fixados acontece nos casos em que não se conhece ou se nega provimento ao recurso, desde que o advogado do recorrido tenha desempenhado algum tipo de trabalho ulterior à decisão recorrida (p. ex. oferta de resposta ao recurso). Se o advogado do recorrido nada fez após a decisão que fixou seus honorários, não há razão para o aumento da verba honorária (cfe. **THEOTÔNIO NEGRÃO e outros**, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Saraiva, 47ª edição, 2016, nota 51 ao*

Acesso ao Sumário

art. 85, § 11, do novo CPC).

*O caso é, assim, de **rejeição da preliminar** e de **parcial provimento** do reexame necessário e do recurso interposto pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, nos autos da ação proposta por **Luiz Cláudio Pinto** (proc. n.º 1019819-10.2016.8.26.0562 – 1º Ofício da Fazenda Pública do Santos, SP), apenas para estabelecer seja observado o previsto na Súmula Vinculante nº 17, do STF, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.*

*Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. **MIN. CÁRMEN LÚCIA**, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER**).*

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições."

Opõe, nesta oportunidade, a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, os presentes embargos declaratórios, sob argumento de omissão, mas busca apenas o prequestionamento da matéria, em especial, art. 267, I, e art. 286, ambos do Cód. Proc. Civil; art. 121, I, e art. 128, ambos do Cód. Trib. Nacional; art. 155, II, §§2º e 3º, da Constituição Federal; art. 34, §9º, do ADCT, Súmula nº 166 do STJ; e art. 5º da Lei nº 11.960/09 (fls. 01/08).

É o relatório, em acréscimo ao do v. julgado embargado.

Os embargos declaratórios têm por fim esclarecer dúvidas, contradições, obscuridades e omissões, existentes dentro do próprio texto do julgado.

Os presentes embargos não comportam acolhimento, pois não caracterizados vícios de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado.

Ademais, conforme a decisão embargada, nada há a ser esclarecido, pois cumpriu-se a prestação jurisdicional e adotou-se a tese que se entendeu viável.

Portanto, as questões suscitadas apenas se prestam a evidenciar o inconformismo da embargante com a decisão colegiada prolatada, sem espaço em sede de embargos de declaração.

Relembre-se, nos embargos de declaração ainda que com fim único de prequestionamento devem-se observar os limites expressos no art. 1.022, do novo Código de Processo Civil, correspondente ao art. 535, da antiga Lei Processual, mesmo porque "*o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos*" (RJTJESP 115/207).

A este propósito, é farta a jurisprudência do E. Superior Tribunal de

Justiça: "*Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa*" (REsp. 11.465-0-SP, rel. **MIN. DEMÓCRITO REINALDO**, j. 23.11.92, rejeitaramos embargos, v.u., DJU 15.2.93, p. 1665).

E "*Para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo que haja expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial*" (RSTJ 157/31, v.u., acórdão da Corte Especial). No mesmo sentido: RSTJ 30/341, 84/268, 102/170, 148/247, 154/1993, STJ – RT 659/192.

Especificamente no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal: "*O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha*" (RTJ 152/243).

Consigne-se, vedado emprestar o caráter infringente a este recurso, como pretendido pela embargante (cfe. STF, RF 141.518, rel. **MIN. MOREIRA ALVES**, RTJ 147/687).

Por final, mencione-se ter o STJ decidido no Agravo de Instrumento n.º 174.465, de São Paulo, da seguinte forma:

"Ambas as partes têm o direito de aproveitar os efeitos do julgado, tão logo o Tribunal decida a causa – de modo que tanto é protelatória a conduta do réu que estica recursos para evitar os efeitos da decisão judicial, quanto a do autor que, a pretexto de omissão inexistente, resiste ao resultado do julgamento, visando a alterá-lo em sede imprópria. Embargos de declaração não conhecidos, com o agravamento da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil." (rel. **MIN. ARI PARGENDLER**, RSTJ 114/121).

Acrescente-se, em caso idêntico ao ora em análise já consignou este E. Tribunal, "*deve ser salientado, que o Colendo Órgão Especial, ao julgar o Incidente de Inconstitucionalidade nº 0127403-35.2012.8.26.0000, referente à inconstitucionalidade da obrigação que foi estabelecida pela Lei nº 13.296/08 às empresas locatárias de veículos, enfrentou também os aspectos abordados na presente ação.*" (ED nº 1046358-56.2014.8.26.0053/50000, rel. **DES. MOACIR PERES**, j. 09.11.2015).

Acesso ao Sumário

De toda forma, anote-se, os argumentos apresentados pela embargante não abalam o julgado, de forma a alcançar a viabilidade de sua manutenção.

Excepcionalmente, deixa-se de aplicar a multa expressa no § 2º, do art. 1.026, do novo Cód. Proc. Civil.

O caso é, assim, de **rejeição** dos embargos declaratórios opostos pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo,** contra v. acórdão desta C. 11.ª Câmara de Direito Público, lavrado nos autos da ação proposta por **Luiz Cláudio Pinto** (proc. n.º 10198919-140.2016.8.26.0562 – 1º Ofício da Fazenda Pública de Santos, SP).

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. **MIN. CÁRMEN LÚCIA**, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER**).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2066592-70.2015.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é impetrado MMA JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, concederam a segurança, vencido o relator sorteado. Acórdão com o Des. Henrique Harris Júnior, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.930)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, vencedor, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), vencido, e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 15 de março de 2017.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator Designado

Ementa: Mandado de segurança. Execução fiscal. Fazenda Pública. Despesas com citação postal. Isenção legal. Os valores relativos às despesas com serviço

postal incluem-se no conceito de custas, estando, por isso, a Fazenda Pública dispensada da antecipação de qualquer quantia destinada à efetivação de diligências necessárias à realização do ato judicial. Inteligência dos arts. 27 e 39 da LEF. Segurança concedida.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança contra decisão que, nos autos de execução fiscal, determinou o pagamento de taxa de postagem, em cumprimento à Ordem de Serviço nº. 02/2005 (fls. 10).

Sustenta a impetrante a ilegalidade do ato, pugnando pelo afastamento da exigência.

Deferida a liminar a fim de evitar a extinção da execução fiscal, dispensadas as informações e a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

Com efeito, nos termos do que estabelecem os artigos 27 do Código de Processo Civil e 39 da Lei de Execuções Fiscais, a Fazenda Pública é dispensada do pagamento de custas na execução fiscal.

Confira-se:

"Art. 27, CPC: As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas ao final pelo vencido"

"Art. 39, LEF - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independerá de preparo ou de prévio depósito.

Parágrafo único. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária".

Havendo, pois, expressa previsão legal, indevida a exigência de pagamento prévio das despesas de postagem de carta de citação.

Esse, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO DE POSTAGEM DE CARTA CITATÓRIA PELA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. ART. 39, DA LEI N° 6.830/80. ART. 27, DO CPC. DIFERENÇAS ENTRE OS CONCEITOS DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. PRECEDENTES. 1. O Sistema processual exonera a Fazenda Pública de arcar com quaisquer despesas, 'pro domo sua', quando litiga em juízo, suportando, apenas, as verbas decorrentes da sucumbência (artigos 27 e 1.212, parágrafo único, do CPC). Tratando-se de execução fiscal, é textual a lei quanto à exoneração, consoante se colhe dos artigos 7º e 39, da Lei n° 6.830/80. Enquanto não declarada inconstitucional a lei, cumpre ao STJ velar pela sua aplicação. 2. 'A citação

Acesso ao Sumário

postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartorial, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por Oficial de Justiça. 3. ***Como a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, não há que se exigir o prévio adimplemento do 'quantum' equivalente à postagem de carta citatória.'*** *(Resp n° 443.678/RS) 4. É cediço em sede doutrinária que: 'A União está isenta de custas, selos, taxas e emolumentos na execução fiscal. Os processos de execução fiscal para cobrança da dívida da União, ainda que em curso perante a justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, estão isentos de qualquer pagamento, seja ele qual for, no que concerne a custas ou despesas judiciais. Não paga a taxa judiciária, não paga selo nas petições ou papéis juntos aos autos; não paga remuneração aos cartórios ou órgãos auxiliares, tais como depositários, avaliadores, partidores, etc. Não há exigência de taxa judiciária, de selos ou estampilhas ou papel selado, de comissões, custas, emolumentos, dos serventuários, preparo, etc. Invoque-se o art. 150, IV, 'a', da CF, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar imposto sobre serviços uns dos outros, e interprete- se o art. 1.212, parágrafo único, do CPC, amplamente. Não só os atos judiciais, nos processos em que autora é a União, estão isentos desses pagamentos. O privilégio e a isenção são recíprocos entre a União, Estados e Municípios.' (José da Silva Pacheco, 'in' Comentários à Lei de Execução Fiscal, Ed. Saraiva, 7a ed., 2000, São Paulo) 5. Ressalte-se ainda que, de acordo com o disposto no parágrafo único art. 39 da Lei a ressarcir a parte vencedora no que houver adiantado a título de custas, o que se coaduna com o art. 27, do Código de Processo Civil, não havendo, desta forma, riscos de se criarem prejuízos à parte adversa com a concessão de tal benefício isencional. 6. 'Mutatis mutandis' a exoneração participa da mesma 'ratio essendi' da jurisprudência da Corte Especial que imputa a despesa extrajudicial da elaboração de planilha do cálculo aquele que pretende executar a Fazenda Pública. 7. Embargos de divergência acolhidos."* (Embargos de Divergência no Recurso Especial 463.192/RS, relator Ministro Luiz Fux). (grifei)

E, ainda:

REsp 1028103/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ. 21/08/2008; EREsp 506.618/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 13/02/2006; REsp 546.069/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 26/09/2005 e REsp 1076914/SE, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 19.03.2009, publ. 22.04.2009.

No mesmo sentido, assim já se decidiu neste E. Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que determinou à agravante o recolhimento de despesas necessário à expedição de carta citatória

Acesso ao Sumário

postal, sob pena de arquivamento do feito. Municipalidade que é isenta do pagamento da taxa judiciária e adiantamento do valor referente ao porte de remessa e retorno. Art. 6º da Lei Estadual Paulistana nº 11.608/2003, 39 da LEF e 27 do CPC. Agravo provido." (TJSP, Agravo de Instrumento 2100502-25.2014.8.26.0000, Relator: Fortes Muniz, Comarca: Rosana, Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público, j. 07/08/2014).

"EXECUÇÃO FISCAL. Citação/intimação por carta. Determinado o recolhimento das custas. Descabimento. A Fazenda Pública não está obrigada à antecipação das custas, não havendo que se exigir o prévio adimplemento do quantum equivalente à postagem de carta citatória. Artigo 27 do Código de Processo Civil e artigo 39, da Lei de Execuções Fiscais. Recurso provido." (TJSP, Agravo de Instrumento 2052024-20.2013.8.26.0000, Relator: Silva Russo, Comarca: 12/12/2013).

"CUSTAS. Fazenda Pública. Indeferimento de pedido de isenção do pagamento de custas para expedição mandado de citação por carta. Inadmissibilidade. Inteligência do artigo 39, "caput", da Lei 6.830. Recurso provido." (TJSP, Agravo de Instrumento 054840-38.2014.8.26.0000, Relator: Rodolfo César Milano, j. em 05/06/2014).

Destarte, não há dúvida de ser indevida a determinação de recolhimento, pela impetrante, da verba destinada ao custeio de despesas com citação postal da parte requerida, merecendo reforma, portanto, a decisão vergastada.

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA, devendo ser expedida carta citatória independentemente do adiantamento das custas processuais.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1001857-51.2016.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido JOSÉ APARECIDO BARBOSA DE SOUZA – MEI.

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 11.792)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 9 de março de 2017.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO *EX OFFICIO* EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO SEM A OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. Ilegalidade na cassação de alvará de funcionamento e fechamento do estabelecimento comercial de forma automática, sem instauração prévia de procedimento administrativo a assegurar o exercício da ampla defesa e do contraditório. Decisão administrativa adotada apenas e tão somente com base em ofício da Polícia Militar acerca de irregularidade no estabelecimento comercial, sem que houvesse qualquer ciência do responsável pelo estabelecimento. Reconhecimento da nulidade da cassação do alvará de funcionamento e fechamento do estabelecimento razão da violação do devido processo legal no âmbito administrativo. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso **ex officio** extraído de Mandado de Segurança interposto contra a r. sentença de fls. 53/55, proferida pelo **MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Osvaldo Cruz,** que reconhecendo hipótese de violação do devido processo legal no âmbito administrativo, concedeu a segurança para o fim de determinar o restabelecimento da validade do alvará de licença de funcionamento do impetrante.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Compulsando os autos, verifica-se que a cassação de alvará de funcionamento do estabelecimento de propriedade do particular foi realizada sem o devido procedimento administrativo em que fosse assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Com efeito, o pedido para a interrupção das atividades no estabelecimento do particular teve início a partir de ofício n° 9BPMI-002/207/16 do Comandante do Sétimo Grupamento Policial Militar em Parapuã e, com base neste documento, foi emitido parecer pelo departamento jurídico do Município pelo imediato

fechamento do estabelecimento e cassação do alvará, culminando no termo de fechamento de estabelecimento nº 003/16 (fls. 34).

Neste passo, não se vislumbra a instauração de procedimento administrativo pelo Poder Público Municipal a assegurar o exercício regular do contraditório e da ampla defesa do particular.

Na verdade, unilateralmente, a Administração Municipal determinou a cassação de alvará de funcionamento e o fechamento do estabelecimento de forma automática, sem qualquer ciência prévia do particular.

Assim, tendo sido realizada a cassação e o fechamento do estabelecimento comercial sem o devido procedimento administrativo e, assim, inobservado o exercício da ampla defesa e o contraditório, é de se concluir pela sua nulidade.

Desta forma, forçoso reconhecer a nulidade do ato administrativo que determinou o fechamento automático do estabelecimento, bem como a cassação do alvará de funcionamento.

É de se deixar registrado, porém, que nada obsta que a Administração reavalie o caso, observando os ditames constitucionais.

Por tais razões, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida por seus jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem, expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1000801-80.2016.8.26.0213, da Comarca de Guará, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido FABIANO DE FREITAS FIGUEIREDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Negaram provimento ao recurso de ofício, v.u. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.602)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Contra ato da Presidente da Câmara Municipal de Guará para que dê cumprimento ao art. 156 do Regimento Interno da Câmara, modificado pela Resolução nº 02/2015, que prevê a leitura das proposições apresentadas no mesmo dia da realização da sessão – Concessão da segurança mantida – Reexame necessário não provido.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo vereador Fabiano de Freitas Figueiredo contra ato da Presidente da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Guará – Sra. Ana Maria Figueiredo Cruz, sustentando que apresentou proposições na Secretaria Administrativa da Câmara antes das 11:00 horas, objetiva o cumprimento do artigo 156 do Regimento Interno da Câmara, modificado pela Resolução nº 02/2015, que prevê a leitura das proposições apresentadas no mesmo dia da realização da sessão.

Liminar deferida (fls. 121/122).

A r. sentença de fls. 166/170, cujo relatório adoto, concedeu a segurança, para determinar à autoridade coatora que leia matéria recebida (Projetos de resolução nº 1 e 5 de 2016) discuta e vote, tudo nos termos do artigo 156 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guará. Arcará a impetrada com o pagamento das custas e despesas processuais. Reexame necessário determinado.

Não houve recurso voluntário. Subiram os autos, por força do reexame necessário.

Acerca do despacho de fls. 184/185, as partes não se manifestaram (fl. 187).

É o relatório.

A r. sentença merece ser mantida.

O tema em debate está circunscrito ao fato do art. 156, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guará prever **"...à leitura das matérias recebidas na**

Acesso ao Sumário

Secretaria Administrativa até as 11:00 horas do dia da realização da sessão, à leitura, discussão e votação de pareceres, requerimentos e moções e ao uso da Tribuna Livre" (fl. 24).

De fato, o documento de fls. 17/22 comprova que o Projeto de Resolução 05/16 foi protocolizado antes do termo final de apresentação (às 10h 50min do dia 06/06/16), de maneira que deveria ser constar da pauta da sessão a ser realizada no mesmo dia, ainda mais por ter sido subscrita por vereador, nos termos dos artigos 206, parágrafo 2º, e 360 do Regimento Interno.

Ainda que não se esteja no caso concreto a se imiscuir em questões **interna corporis**, mas apenas no debate da validade de norma do Regimento Interno da Câmara Municipal, é de se convir "*que o agente político, de todos os Poderes, tem o direito líquido e certo a participar de ato político constitucional e legal. Desta feita, embora o ato político seja de natureza interna corporis, cuja conveniência e oportunidade não se discute, também é certo que o mandatário do povo não é obrigado a participar de procedimento que contrarie as normas do regimento interno, sendo válida a busca pelo remédio constitucional para fazer valer o direito. Desta feita, participar de procedimento em sintonia com as disposições legais e regulamentares, que culminará no ato político, é direito líquido e certo do membro da Casa de Leis, ora impetrante, para se fazer valer, em sua amplitude máxima, o Estado Democrático de Direito. Outrossim, dos documentos carreados com a inicial, evidencia-se que o pleito foi necessário, para se garantir a análise da proposição do impetrante, nos termos regimentais. A circunstância de existir resolução anterior envolvendo a mesma matéria, pendente de recurso, não poderia ser considerada óbice para a discussão da nova proposição, tanto que a citada resolução se tornou inócua diante da aprovação de nova resolução, de autoria do impetrante*" (parecer do Ministério Público – fls. 163/164).

Desta forma, cumpre a manutenção da concessão da segurança, tal como se conformou a Câmara Municipal de Guará.

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

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos de Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003295-17.2016.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante LUIS HENRIQUE CHRISTO LOPES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Luís Henrique Christo Lopes para absolvê-lo da prática da indisciplina ocorrida em 06.05.2016, restabelecido o regime semiaberto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.142)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), VICO MAÑAS, vencedor, ÁLVARO CASTELLO, vencido e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

VICO MAÑAS, Relator Designado

Ementa: 1. Agravo em execução penal – Recurso defensivo.

2. Falta disciplinar grave – Descumprimento de portaria regulamentadora de saída temporária – Conduta não prevista no rol taxativo da LEP – Ausência, ademais, de repercussão negativa da conduta – Inadequação e desproporcionalidade da regressão.

3. Provimento ao recurso para excluir a anotação do prontuário do sentenciado, reestabelecido o regime semiaberto.

VOTO

Luís Henrique Christo Lopes interpõe recurso de agravo contra a decisão

do MM. Juiz de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal da 2ª Região Administrativa Judiciária (Deecrim – 2ª RAJ), Comarca de Araçatuba, que, reconhecendo a prática de falta disciplinar de natureza grave, determinou a regressão ao regime fechado, a perda de um terço dos dias remidos e o reinício do cálculo de liquidação de penas para fins de progressão de regime.

Inconformado, pretende a absolvição por atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requer a fixação da perda dos dias remidos no mínimo de um dia.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 52/60) e mantida a decisão combatida (fl. 62), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo o "comunicado de evento" de fl. 12, o recorrente cumpria pena em regime semiaberto e, em 06.05.2016, agraciado com saída temporária de Páscoa, descumpriu portaria regulamentadora do benefício.

Embora tivesse declarado que, durante os dias em liberdade, ficaria na cidade de Votuporanga, o sentenciado, pouco depois de deixar o Centro de Progressão Penitenciária de Valparaíso em ônibus com destino a Araçatuba, desembarcou do coletivo e ingressou em bar, violando o art. 6º, "a" e "c", da Portaria 001/2016, elaborada pelo Deecrim – 2ª RAJ.

De acordo com as citadas alíneas, concedida a saída temporária, o reeducando deve se dirigir imediatamente ao endereço declinado e nele permanecer, vedada a frequência a bares e locais de reputação duvidosa. Prevê ainda a Portaria 001/2016 que o descumprimento das condições impostas sujeita o condenado à regressão de regime, nos termos do art. 118, I, da Lei de Execução Penal (fl. 16).

Recolhido o preso em setor de inclusão, comunicou-se a diretoria e instaurou-se procedimento administrativo.

Ouvido, o detento afirmou que reside em Votuporanga e comprara passagem em ônibus de excursão com destino a Araçatuba, pois, desta cidade, seguiria viagem "por meios próprios". Decidiu sair do coletivo com o colega Anailton Osvaldo Guilhermiti de Oliveira há poucos metros da unidade prisional porque a família de terceiro preso oferecera carona "até o destino final". Não pretendia "desviar do endereço declarado". "Não cometerá o mesmo erro novamente" (fl. 28).

Anailton forneceu depoimento semelhante, acrescendo que, por se tratar de sua primeira saída temporária no CPP, "não está habituado com as regras", ignorando que proibido o desembarque em ponto diverso do endereço informado na unidade (fl. 27).

Os agentes penitenciários Fernando Monteiro Teixeira e Alan Patrício Lima Nishimura relataram que acompanhavam a saída dos ônibus de excursão

Acesso ao Sumário

que transportavam internos autorizados a usufruir saída temporária quando viram o agravante e outro detento descerem de um deles há alguns metros do estabelecimento prisional. Os dois entraram em bar e "ficaram no local, mesmo após o ônibus seguir a viagem". Inexistente permissão para tanto, "recolheram os sentenciados e os conduziram de volta à unidade pelo descumprimento da portaria" relativa ao benefício (fls. 25/26).

O juízo das execuções sustou cautelarmente o regime semiaberto (fl. 29).

Concluída a sindicância e entendido que Luís cometera infração de natureza grave, impôs-se a sanção de 30 (trinta) dias de isolamento celular, por ter infringido o art. 50, VI, da Lei de Execução Penal (fls. 39/41).

O Magistrado, também sem indicar o dever específico que teria sido infringido pelo agravante, reputou configurada a prática de "fato considerado como falta grave, consistente em descumprimento da Portaria da saída temporária". Em consequência, determinou a anotação da indisciplina, bem como a regressão ao equipamento mais gravoso, a perda de um terço dos dias remidos e a atualização da conta de liquidação de penas (fls. 46/48).

Sem razão, porém.

Estabelece o artigo 50, VI, da LEP, que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade ou o preso provisório (parágrafo único) que inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, do mencionado diploma. Este, por sua vez, impõe ao recluso as obrigações de obediência ao servidor e de respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, bem como de execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

Como se vê, inviável concluir que o suposto desrespeito a simples portaria equivaleria à desobediência a funcionário ou à inexecução de ordem. A violação ao dever contido no art. 39, V, do mencionado diploma, que mais se aproximaria da transgressão imputada, refere-se ao descumprimento de ordem diretamente dada aos detentos.

Nesse sentido, este E. Tribunal já decidiu que, "se se entendesse que a mera desobediência de portaria estadual basta a caracterizar a infração do art. 39, II e V, da LEP (que só, pode, portanto, ser interpretada como desobediência a ordem direta), estar-se-ia concedendo à autoridade local, na prática, a especificação das faltas graves, que a lei reserva expressamente à autoridade federal" (Agravo de Execução Penal nº 9213110-51.2008.8.26.0000, Rel. Francisco Bruno, 9ª C. Criminal, j. 28.05.2009).

De qualquer forma, mesmo que desobedecidas pelo reeducando normas contidas na Portaria 001/2016, nada nos autos indica que tenha atuado com dolo.

Com efeito, não ficou demonstrado que o interno seguiria para lugar diverso do declarado por ocasião da concessão do benefício. Veja-se que o desembarque há poucos metros da unidade, ainda sob vigilância dos agentes

Acesso ao Sumário

penitenciários, torna crível a versão de que optara por prosseguir viagem em carro particular, escusa não ilidida pelas declarações dos servidores. Possível que o sindicado tivesse a intenção de economizar dinheiro ou de chegar mais rapidamente à sua residência

Também não se provou que Luís permaneceria no bar na condição de consumidor, e não apenas enquanto aguardava a possível carona, nem que dotado de "reputação duvidosa" o comércio.

Além disso, os agentes de segurança noticiaram que perceberam o desembarque do recorrente logo após a partida do ônibus e prontamente o reconduziram ao CPP. A conduta não trouxe, portanto, qualquer consequência, não se justificando a resposta estatal fornecida, sobretudo se consideradas as sérias restrições que a prática de infração grave acarreta ao detento.

Por fim, vale ressaltar que, apesar de a portaria prever a regressão de regime como possível punição pelo descumprimento das regras nela enumeradas, a medida só deve ser aplicada se houver efetiva ocorrência de falta grave. No caso, bastaria, quando muito, a revogação da saída temporária, evitando-se punições desmedidas.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso de Luís Henrique Christo Lopes para absolvê-lo da prática da indisciplina ocorrida em 06.05.2016, restabelecido o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0008127-35.2016.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado KALEO DE PAULA HILÁRIO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso para, reconhecida a natureza hedionda do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, cassar os cálculos efetuados a fls. 07/08, outro devendo ser realizado, de acordo com o ora reconhecido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.879)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 30 de março de 2017.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO DE PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CÁLCULO DE BENEFÍCIOS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Pretendida cassação do cálculo efetuado, por considerar o tráfico privilegiado como crime comum. *Cabimento*. Embora o magistrado tenha determinado a realização dos cálculos com base na fração reduzida, própria dos crimes comuns, não se descuida que o tráfico de drogas ostenta caráter de crime equiparado a hediondo, haja vista a absoluta ausência de *descrimen*, seja na norma constitucional, emanada do Poder Constituinte Originário (artigo 5º, inciso XLIII, da CR/88), seja na legislação ordinária daquela derivada (conforme se infere do artigo 44 da Lei nº 11.343/06).

Provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de **AGRAVO EM EXECUÇÃO** interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, por seu digníssimo **Promotor de Justiça** oficiante, contra a r. decisão de fls. 07/08, pois, ao delito de "tráfico privilegiado", considerou-o como crime comum, estabelecendo o cumprimento de 1/6 (um sexto) para a progressão e 1/3 (um terço) para o livramento condicional.

Alega o **agravante** que o delito de "tráfico privilegiado" continua sendo assemelhado a hediondo. Dessa forma, não pode prevalecer entendimento contrário, calcado em decisão isolada do E. Supremo Tribunal Federal (HC 118533). E em assim sendo, deve ser retificado o cálculo efetuado, para considerar 2/5 (dois quintos) do cumprimento da reprimenda para progressão de regime e de 2/3 (dois terços) para o livramento condicional (fls. 01/06).

Processado o recurso, contrariado a fls. 24/29, mantida a decisão agravada (fls. 31), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu provimento (fls. 34/36).

É o relatório.

Conforme se observa do Boletim Informativo de fls. 04/07, o **agravado** cumpre um total de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão (fls. 07), tendo iniciado o cumprimento da pena em 28 de outubro de 2015, previsto o término para 27 de abril de 2018 (fls. 08), pelo delito de tráfico de drogas (artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06).

Acesso ao Sumário

Concorda-se com o inconformismo ministerial.

Conquanto louvável a preocupação do Juízo monocrático em afinar o entendimento jurídico aplicado às orientações emanadas da Corte Máxima, valorizando a segurança jurídica, o precedente invocado na decisão vale dizer, o HC 118.533/MS, não possui qualquer efeito vinculante, como bem salientou o d. Promotor de Justiça em suas razões, perfazendo efeitos *inter partes.*

Portanto, embora tenha determinado a realização dos cálculos com base na fração reduzida própria dos crimes comuns, prospera o recurso ministerial, porquanto o tráfico de drogas ostenta caráter de **crime equiparado a hediondo**, haja vista a absoluta ausência de *descrimen,* seja na norma constitucional, emanada do Poder Constituinte **Originário** (artigo 5°, inciso XLIII, da CR/88), seja na legislação ordinária daquela derivada (conforme se infere do artigo 44 da Lei n° 11.343/06).

Vislumbra-se tecnicamente, para além da contumélia social na matéria, a aplicação da cardinal regra hermenêutica que deve orientar a atuação judicial, a saber, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ("onde a lei não faz distinção, tampouco devemos nós fazê-la"), sob pena de ofensa transversa à cláusula pétrea da separação de poderes (artigo 60, § 4°, inciso III, da CR/88).

Ademais, a mera referência a singular precedente não perfaz justificativa técnica legítima para se afastarem as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, porquanto até mesmo das Cortes Superiores se observam posicionamentos francamente contrários ao adotado na origem, ainda que parcialmente em modificação (como a hoje já cancelada **Súmula nº 512** do C. Superior Tribunal de Justiça, *verbis: "**A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas**"*).

A divergência de entendimentos também encontra ressonância perante a própria Corte Suprema, não sendo surpresa, inclusive com novo integrante, eventual mudança de posicionamento:

> *Agravo regimental em habeas corpus. Ausência de impugnação específica do fundamento da decisão recorrida. Inadmissibilidade. Tráfico de drogas privilegiado. Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Equiparação aos crimes definidos como hediondos. Indulto. Impossibilidade. Agravo regimental não provido. 1. A agravante não impugnou, de forma específica, o fundamento da decisão com que se negou seguimento ao habeas corpus, limitando-se a reiterar os argumentos inicialmente postos na impetração, cujo conhecimento originário pela Suprema Corte não era admissível. Precedentes.*
>
> *2. **A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não afasta a natureza hedionda do tráfico de drogas**. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.* (STF, HC 114558 AgR,

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, PUBLIC 08-04-2015, destaquei)

HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. INDULTO. IMPOSSIBILIDADE.*

1. A orientação jurisprudencial das Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não descaracteriza o delito de tráfico de drogas e, consequentemente, não afasta a equiparação aos crimes definidos como hediondos, estabelecida pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição.

2. O indeferimento de indulto à paciente, condenada por tráfico de drogas cometido após a vigência das Leis nº 8.072/1990, 8.930/1994, 9.695/1998, 11.464/2007 e 12.015/2009, está alinhado com a jurisprudência do Tribunal.

3. Ordem denegada. (STF, HC nº 119.578/MS, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 19/2/14, destaquei).

Desta forma, feitas tais considerações, retomando o entendimento já exarado no recurso referido (cassação dos cálculos homologatórios e utilização da fração para crimes hediondos), não há outra medida a ser tomada se não a de acolher o pleito Ministerial e cassar a decisão impugnada, para considerar, para aqueles efeitos, como hediondo o crime pelo qual se encontra em cumprimento de pena.

Pelo exposto, por meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para, **reconhecida** a natureza hedionda do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, **cassar** os cálculos efetuados a fls. 07/08, outro devendo ser realizado, de acordo com o ora reconhecido.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012422-57.2002.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados HENGUEL RICARDO PEREIRA, FABIO HENRIQUE VIEIRA, PAULO SÉRGIO SCHIAVO, VALDERI NUNES, EVARISTO APARECIDO CORDEIRO, GILBERTO MARTINS, CARLOS ALBERTO DOS SANTOS, JOSÉ BEZERRA LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA RODRIGUES, HELIO MORAES, LEDON DINIZ DA SILVA, PAULO CÉSAR VALENTIM, MIGUEL LAZARO DE ALMEIDA,

Acesso ao Sumário

AMARILDO DA COSTA RIBEIRO, LARRI VIEIRA, PEDRO SILVA DOS SANTOS, EVANDO MARQUES DE SOUZA, ANTÔNIO TRAGINO DA SILVA, JOÃO CARLOS SALATIEL, JOSE ANTONIO CONSTANTINO, SERGIO ANTONIO SOARES SANTANA, EVERALDO BORGES DE SOUZA, VALDIR ADRIANO KIRITSCHENKO, EDUARDO NELSON PARRA MARIN, GILMAR LEITE SIQUEIRA, MARCOS MASSARI, PAULO ROBERTO DE MELO LOPES, FRANCISCO JUCIANGELO DA SILVA ARAUJO, DIMAS MECCA SAMPAIO, AUGUSTO FERNANDO DA SILVA, DOUGLAS MARQUES BRAZ, NÉLSON DA SILVA MEZA, PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA, ROBERTO ALVES DA SILVA, JOSE MILTON MARQUES DE CARVALHO, HAMILTON OLIVEIRA DE MORAES, ARMANDO CORREA DE ASSIS JÚNIOR, MAERCIO ANANIAS BATISTA, JOSE CARLOS DA SILVA, FRANCISCO ALEXANDRE FILHO, JOSÉ FERNANDES DE LIMA, RODNEY CARMONA, ANTÔNIO MARCOS DA SILVA, LUIS CARLOS PONDE CARDOSO, ROGÉRIO VIANA ANDRADE, REINALDO DA SILVA RIBEIRO DE CAMPOS e VALMIR FERREIRA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U. Esteve presente a I. Defensora, Dra. Ieda Ribeiro de Souza e, sustentou oralmente, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Carlos Roberto Marangoni Talarico.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.569)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação do Ministério Público – "Operação castelinho" –

Homicídios qualificados, roubos majorados e fraude processual. Eventual parcialidade do magistrado sentenciante que, a par de não arguida no momento oportuno e tampouco pela via adequada, não veio demonstrada – Rejeição. Sentença "citra petita" – Inocorrência – Decisório a apreciar apenas as imputações referentes aos delitos contra a vida, com desfecho favorável aos increpados, circunstância a excluir a competência do tribunal do júri para os crimes conexos, daí o não pronunciamento a respeito – Exegese do parágrafo único do art. 81 do CPP –

Acesso ao Sumário

Precedentes. Impronúncia de três dos acionados, com o que conformada a acusação, decretada a absolvição sumária dos demais, no que reside a insurgência ministerial – Decisão que se sustenta – Excludentes de ilicitude da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal bem delineadas – Recurso desprovido, com determinação.

VOTO

Ação penal em que incursos:

a) José Roberto Martins Marques, Romeu Takami Mizutani, Augusto Fernando da Silva, Maercio Ananias Batista, Paulo Sérgio Schiavo, Hamilton Oliveira de Morais, João Carlos Salatiel, Eduardo Nelson Parra Marin, Helio Moraes, Rodney Carmona, Everaldo Borges de Souza, Valdir Adriano Kiritschenko, Maurício dos Santos, Antonio Marcos da Silva, Paulo Sergio de Oliveira, Luiz Carlos Pondé Cardoso, Laerte Barqueta, Rogério Viana de Andrade, Reinaldo da Silva Ribeiro de Campos, Pedro Silva dos Santos, Sergio Antonio Soares Santana, Evaristo Aparecido Cordeiro, Antonio Tragino da Silva, José Milton Marques de Carvalho, Marcos Eduardo da Silveira, Larri Vieira, Nelson da Silva Meza, Miguel Lázaro de Almeida, Alex Nascimento Chagas, Francisco Juciangelo da Silva Araujo, Valmir Ferreira, Armando Correia de Assis Júnior, Valderi Nunes, Evandro Marques de Souza, Eduardo de Oliveira Rodrigues, Fabio Henrique Vieira, Ledon Diniz da Silva, Amarildo da Costa Ribeiro, Roberto Alves da Silva, Paulo Roberto de Melo Lopez, Douglas Marques Braz, José Antonio Constantino, Reinaldo Henrique de Oliveira e José Carlos da Silva no art. 121, § 2º, II, III e IV, c.c. os arts. 61, II, "g", e 62, I, por doze vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal;

b) Roberto Mantovan, Francisco Alexandre Filho, José Fernandes Lima, Gilmar Leite Siqueira e Marcos Massari no art. 121, § 2º, II, III e IV, c.c. os arts. 61, II, "g", e 62, I, por doze vezes; e no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, tudo na forma do art. 69, todos do Código Penal;

c) Carlos Alberto dos Santos, Dimas Mecca Sampaio, Paulo César Valentim, José Bezerra Leite e Gilberto Martins no no art. 121, § 2º, II, III e IV, c.c. os arts. 61, II, "g", e 62, I, por doze vezes; e 347, parágrafo único, na forma do 69, todos do Código Penal; e

d) Henguel Ricardo Pereira no art. 121, § 2º, II, III e IV, c.c. os arts. 61, II, "g", e 62, I, por doze vezes; art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes; e 347, parágrafo único, tudo na forma do art. 69, todos do Código Penal.

O feito foi desmembrado em relação a Maurício dos Santos, porque não encontrado (fls. 4.106), enquanto decretada a extinção da punibilidade de

Acesso ao Sumário

Marcos Eduardo da Silveira, em razão de seu falecimento (fls. 5.301).

Alfim, José Roberto Martins Marques, Romeu Takami Mizutani e Roberto Mantovan foram impronunciados, consoante pedido formulado pelo próprio "Parquet", em sua fala final de fls. 5.499/5.633, ao passo que todos os demais acabaram absolvidos sumariamente, reconhecidas que foram as excludentes de ilicitude da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal.

Recorre a acusação, arguindo, em preliminar, nulidade sentencial, porquanto: a) o magistrado sentenciante foi parcial, deixando de se manifestar sobre questões cruciais à aferição do excesso cometido pelos policiais, tudo em razão de sua "visão política", em sendo ele "filho do Secretário da Administração Penitenciária à época dos fatos", o que o tornaria inapto a sentenciar o feito; e b) o r. juízo omitiu-se quanto às acusações de roubos qualificados e fraude processual. No cerne, busca a pronúncia dos absolvidos, embora conformada com a impronúncia dos demais (fls. 6.189/6.298).

Contrariedades às fls. 6.300/6.419, 6.423/38, 6.439/45, 6.446/53, 6.456/65, 6.466/73, 6.474/7, 6.481/3, 6.484/92, 6.493/7, 6.498/506, 6.507/40, 6.541/6, 6.547/53, 6.591/5, 6.626/31, 6.632/4, 6.635/7 e 6.638/74.

Reinaldo Henrique de Oliveira e Alex Nascimento Chagas tiveram julgadas extintas suas punibilidades também em razão de seus falecimentos (fls. 6.589 e 6.597 – respectivamente), os quais, embora tenham se dado pouco antes da r. sentença (aos 14.05.13 e 26.07.14 – nessa ordem), foram comunicados apenas após sua prolação.

Remeteram-se os autos à Instância precedente, para a intimação do assistente da acusação, a fim de que se manifestasse. Realizado o ato, quedou-se ele inerte (fls. 6685/6690).

A Procuradoria de Justiça é pelo afastamento da preliminar relativa à parcialidade do julgador, reconhecendo-se, porém, vício insanável na r. sentença, porquanto "citra petita". No cerne, é pelo desprovimento (fls. 6.699/735).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Por primeiro, tem-se que, respeitado o esforço do "Parquet", despropositada a arguição de que eivado de parcialidade o julgamento singular, em face da condição do magistrado de filho do secretário da administração penitenciária, à época dos fatos.

É que não se vislumbra qualquer das causas de impedimento ou suspeição previstas na Lei Processual Penal.

Quanto ao impedimento, basta conferir o art. 252 desse diploma.

Já a arguição de suspeição, a par de levantada por via inadequada, veio manifestamente a destempo, resultando, há muito, abarcada pela preclusão, dês

Acesso ao Sumário

que o magistrado subscritor da r. sentença atua nos autos há mais de nove anos (desde 11.01.07 – fl. 3.988).

Por isso que o Ministério Público teve oportunidade de sobejo para constatar a pretensa imparcialidade. Quedou-se inerte. Somente agora, quando sai derrotado, traz a questão, com o evidente intuito único de tornar nulo o julgado.

Realmente, o simples fato de o sentenciante ser filho do secretário da administração penitenciária, à época dos fatos, por si só, não enseja o reconhecimento de sua suspeição, até porque este feito tem por objeto operação policial coordenada e planejada pelo Grupo de Repressão e Análise dos Delitos de Intolerância GRADI, ligado à Secretaria de Segurança Pública - SSP, que não se confunde com a SAP.

Outrossim, a convicção do culto magistrado, externada no édito recorrido, diz com o mérito recursal, descabendo pinçar, em sede de preliminar, trechos desfavoráveis ao arguente, para se concluir pela suspeição.

Tampouco prospera a prejudicial outra, ainda que encampada pelo lúcido parecer da PGJ.

É que, embora não tenha o douto sentenciante se manifestado expressamente sobre os crimes conexos (roubos qualificados e fraude processual), imputados a parte dos acionados, assim o fez em razão de sua incompetência superveniente para tanto, dês que impronunciados José Roberto Martins Marques, Romeu Takami Mizutano e Roberto Mantovan (a pedido do próprio Ministério Público) e decretada a absolvição sumária dos demais.

Desse modo, ocorrente a situação prevista no parágrafo único do art. 81 da Lei Processual Penal, a excepcionar a regra do "caput", afastada a "perpetuatio jurisdicionis".

Nesse sentir:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO CONTRA SERVIDORES FEDERAIS, PORTE ILEGAL E DISPARO DE ARMA DE FOGO. ENCAMINHAMENTO AO TRIBUNAL DO JÚRI FEDERAL. IMPRONÚNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 81 DO CPP. INOCORRÊNCIA DA PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. 1. Após sentença de impronúncia, compete ao Juízo Estadual processar e julgar crimes de porte ilegal e disparo de arma de fogo, conexos ao delito de competência do Tribunal do Júri Federal, por não se inserir aqueles entre as infrações elencadas no art. 109 da Constituição Federal. 2. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal de Lajeado-RS, o suscitado." (STJ – CC 92.754/RS, Terceira Seção, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 29.04.2008);

Acesso ao Sumário

"Conflito Negativo de Jurisdição. Júri. Homicídios tentados conexos com roubo. Impronúncia quanto aos crimes contra a vida. Remessa dos autos ao foro competente para julgar o crime de roubo remanescente. Aplicação do parágrafo único do artigo 81 do CPP, que surge como exceção ao 'caput' do referido dispositivo legal. Inocorrência da regra da 'perpetuatio jurisdictionis'. Conflito julgado procedente para determinar a competência do Juízo suscitante. (TJSP – Conflito de Jurisdição nº 990.10.404702-1, Câmara Especial, rel. Des. Ciro Campos, j. 22.10.2010, v.u.).

Vai-se ao cerne.

Embora inquestionável a materialidade, a teor dos laudos necroscópicos de fls. 408/409 e 1.151 (vítima Gerson Machado da Silva), 410/411 e 1.154 (Djalma Fernandes Andrade de Souza), 413/414 e 1.157 (Fábio Fernandes Andrade de Souza), 414/415 e 1.159 (Laércio Antonio Luiz), 416/417 e 1.162 (José Airton Honorato), 418/419 e 1.165 (Luciano da Silva Barbosa), 420/421 e 1.168 (Jéferson Leandro Andrade), 422/423 e 1.171 (Sandro Rogério da Silva), 424/425 e 1.173 (Aleksandro de Oliveira Araújo), 426/427 e 1.176 (José Maria Menezes), 428/429 e 1.178 (Silvio Bernardino do Carmo), 430/431 e 1.181 (José Cícero Pereira dos Santos), o exame dos volumosos autos foi incapaz de externar a conclusão de que os denunciados tenham propiciado, dolosamente, ou ao menos tenham assumido o risco de contribuir para o desenlace sangrento da operação policial.

Extrai-se de tudo, que um grupo tático/de inteligência (GRADI – Grupo de Repressão a Delitos de Intolerância), formado por policiais (inicialmente civis e militares e, depois, apenas militares) e diretamente subordinado ao secretário da segurança pública, programou a interceptação, em praça de pedágio, de veículos que estariam transportando membros de facção criminosa, manobra que ficou conhecida como "Operação Castelinho".

Essa operação foi oficialmente esteada, pelo GRADI, em notícia (por informantes) de que um avião pagador seria roubado, na cidade de Sorocaba, como planejado pela facção criminosa conhecida como "pcc" – primeiro comando da capital, que, para tanto, teria recrutado um grande grupo de indivíduos fortemente armados (fuzis, metralhadoras e outras armas de grosso calibre).

A interceptação do grupo na praça de pedágio não foi de todo bem sucedida, eis que houve confronto e pesado tiroteio, a resultar nas mortes de doze criminosos, ficando ferido um dos policiais.

Posteriormente, o Ministério Público encontrou inconsistências no relato dos policiais envolvidos na operação, pois as fitas de vídeo do pedágio teriam sido alteradas e a cena do crime não teria sido preservada.

Acesso ao Sumário

Testemunhas que estiveram no local, durante a abordagem e logo após, afirmaram que não houve confronto, mas execução, eis que os criminosos se entregaram e não tinham armas nas mãos, porque estas estariam no bagageiro do ônibus.

Trabalhos periciais indicaram que as armas apreendidas não continham vestígios de sangue.

Revelou-se, então, a possiblidade nefasta de que a emboscada fora uma armação, com vistas a comover a opinião pública, que, no momento, era desfavorável à Polícia e à Secretaria de Segurança Pública.

Nesse contexto, adveio a denúncia de fls. 1A/1Y, bem como do próprio secretário da segurança pública, de dois magistrados (que teriam autorizado a participação dos sentenciados na operação) e do então comandante geral da PM, Rui César de Melo.

O feito em face do secretário e dos magistrados acabou arquivado, acatado pedido do "Parquet", enquanto a denúncia contra Rui César de Melo foi rejeitada, decisão confirmada em aresto desta relatoria, no RESE nº 0000153-97.2013.8.26.0286.

A exordial, aqui, foi recebida, prosseguindo o processo contra os policiais e informantes participantes da aludida operação policial.

Após extensa instrução, sobreveio o decisório em foco, firme, na parte que interessa a este julgamento, no reconhecimento das excludentes da legítima defesa e do estrito cumprimento ao dever legal.

E, realmente, do exame de tudo quanto narrado, depoimentos e demais provas, conclui-se que os absolvidos participaram de operação policial, como lhes foi ordenado, visando à captura de grupo fortemente armado, que se dirigia a Sorocaba, com o escopo de cometer um assalto. Nada mais.

Certo que a manobra não saiu como o planejado, dado o confronto ocorrente.

Mas, nada leva a crer que tivessem os policiais e auxiliares a intenção de cometer um massacre, como asseverado pela acusação.

O simples fato de cuidar-se de efetivo especialmente treinado não tem o condão de, por si só, caracterizar ânimo homicida; ao revés, foi uma escolha ponderada, em se tratando da abordagem e prisão de grupo de criminosos de alta periculosidade, fortemente armados.

Aliás, a assertiva de que a presença da ROTA implicaria extermínio é até injuriosa, na medida que atribui caráter homicida a todo miliciano pertencente a esse laborioso batalhão.

E todos os envolvidos na operação, em todas as vezes em que ouvidos, foram categóricos ao corroborar as palavras de Armando Correa de Assis Júnior

Acesso ao Sumário

(miliciano da ROTA, que participou da empreitada), na senda de que "*não recebeu qualquer informação no sentido de que todos deveriam ser derrubados ou que ninguém deveria sobrar para contar a história*" (fls. 02-a/7, 09/1, 12/4, 27/32, 35/6, 54/63, 65/8, 350/68, 369, 371/4, 466/7, 2.894/52, 2.975/3.090, 3.125/338, 3.236/309, 3.345/9, 3.497/514, 3.515/55, 3.556/662, 3.692, 3.756 3.847, 3.871/82, 3.884/95, 3.897/904, 4.055/8, 4.086, 5.115/33, 5.288/93, 5.344/5, 5.350/1, 5.354/9, 5.360/1, 5.416/7, 5.418/25, 5.426/32, 5.433/6, 5.437/9, 5.440/4).

Até mesmo os dois presos infiltrados confirmaram que se tratava de operação focada na prisão de assaltantes, não se cogitando de emboscada (fls. 2092/3, 2095/7 e 5344/8).

Aliás, dos interrogatórios de todos os acusados não se extrai, efetivamente, planejamento do fim nefasto verificado, mas sim de que ocorreu ataque por parte das vítimas, que pretendiam fugir, como bem sintetizado pelo douto procurador de justiça oficiante (fls. 6711/21):

> *"(...) Roberto Mantovan, impronunciado a requerimento do Ministério Público salientou que não estava no local quando dos fatos. Esclareceu que atuava no GRADI, em função administrativa, e que, com autorização de magistrados, do comandante geral e de membro do Ministério Público, quatro presos e policiais foram infiltrados em quadrilhas, para coletas de informações, o que perdurou por cerca de um ano. Aduziu que não sabia que ocorreria um roubo na cidade de Sorocaba, desconhecendo quem organizou a operação, acreditando que o comandante geral e o secretário de segurança pública dela tinham conhecimento. Por fim, relatou que o apelado Henguel se reportava diretamente ao Comandante Geral Coronel Rui Cesar. Henguel esclareceu que, por intermédio de um dos presos colaboradores, Marcos Massari, souberam que uma quadrilha pretendia praticar um roubo a um avião pagador na cidade de Sorocaba. Negou qualquer envolvimento com os roubos dos veículos discriminados na denúncia, aduzido que somente na data dos fatos recebeu informações sobre quais veículos os criminosos ocupariam. Alegou que o comandante geral da Polícia Militar e o Secretário de Segurança Pública tinham conhecimento da operação e que trajava uniforme da concessionária para proteger civis e veículos de usuários da rodovia. Relatou que recebeu a filmagem, que estava danificada, com chuvisco, e a entregou a um tenente, que a repassou ao major Roberto Mantovan, acrescentando que recebera um ofício da via oeste neste sentido. Por fim, aduz que somente conheceu Carlos Alberto, Tenente da Polícia Rodoviária, no dia dos fatos. Hamilton, João Carlos, Eduardo, Helio, Rodney, Everaldo, Valdir, Francisco Alexandre, Maurício, José Fernandes, Antonio Marcos, Paulo Sérgio, Luiz Carlos Pondé, Laerte e Rogerio Viana informaram integrar*

Acesso ao Sumário

o GRADI e negaram existir ordem ou ajuste entre eles, os integrantes da ROTA, os presos infiltrados e dos policiais rodiviários para matar as vítimas, que se encontravam no interior das pick-ups e ônibus, na denominada operação castelinho. Hamilton aduziu que estava de férias e sequer se encontrava no local, tratando-se de erro administrativo. João Carlos Salatiel, Rodney Carmona e Helio relataram que, no dia anterior, Henguel solicitou que, no quando dos fatos, acompanhassem o ônibus, em veículo descaracterizado. Pararam antes da praça de pedágio, após a passagem do coletivo, que derivou à direita, não participando do tiroteio. Antonio Marcos e Valdir relataram que, um dia antes, foram convocados por Henguel para a operação, sendo determinado que se posicionassem a certa distância, em caso de fuga, em veículos descaracterizados. Luiz Carlos Pondé esclareceu que estava de férias, sendo convocado para participar da operação, tendo como atribuição permanecer na sala de controle do pedágio junto com o preso Marcos Massari, não participando do tiroteio. Eduardo Parra, Paulo Sérgio de Oliveira e Rogério Vianna Andrade informaram que, em viatura descaracterizada, acompanharam o ônibus, que parou logo depois de passar pelo pedágio, quando seus ocupantes iniciaram o tiroteio, ocorrendo revide por parte dos policiais fardados. O primeiro acrescentou que tentou ingressar no ônibus, sendo recebido com tiros, que atingiram o escudo empunhado por um dos policiais. Everaldo e Laerte, já falecido, informaram que receberam determinação para comparecerem ao posto de pedágio, não participando do tiroteio, acrescentando o último que permaneceu no interior da cabine do pedágio. Helio Moraes aduziu que apenas acompanharam o ônibus, confirmando que o tiroteio ocorreu após a passagem do pedágio. Acrescentou que não ingressou no coletivo, apenas zelando pela integridade dos civis. Francisco Alexandre e José Fernandes esclareceram que eram incumbidos de acompanhar os presos colaboradores até os encontros com os integrantes da quadrilha, para que obtivessem as informações a serem repassadas para seus superiores. Informaram que, certa feita, Gilmar obteve a notícia de que a quadrilha planejava roubo a um avião pagador na cidade de Sorocaba. Negaram qualquer envolvimento com os roubos dos veículos discriminados na denúncia ou existir ordem ou acerto para que as vítimas fossem mortas. Aduziram que, quando dos fatos, receberam determinação para realizarem o acompanhamento da quadrilha até o pedágio, onde ocorreria a abordagem, sendo que não participaram do tiroteio. (...) Gilmar e Marcos Massari eram presos infiltrados. Gilmar relatou que o Juiz Corregedor, Doutor Octavio, o recrutou para participar de ações para desmantelar o PCC. Como possuía amigos que integravam a

Acesso ao Sumário

referida organização criminosa, foi possível sua infiltração e de policiais. Soube que a quadrilha planejava o roubo no aeroporto de Sorocaba, com armas próprias, relatando que seus integrantes diziam que nunca se entregariam e reagiriam. Participou da reunião na sede do Batalhão de choque com o Secretário de Segurança Pública, que determinou a interceptação do comboio. Quando dos fatos, rumou ao pedágio, em um veículo Parati, na companhia de policiais, à frente do comboio, estando longe quando do tiroteio. Confirmou que apresentou versões diversas, ora incriminando os policiais, ora os inocentando. Aduziu que na casa de detenção passou a receber ameaças de presos do PCC e que promotores de justiça prometeram transferi-lo, caso delatasse os policiais, razão pela qual acabou por acusa-los injustamente.

Marcos Massari relatou que o juiz de direito do DIPO, doutor Octavio Augusto, o recrutou para que se infiltrasse no PCC, visando descobrir as ações de seus membros. Soube que a quadrilha planejava o roubo no aeroporto de Sorocaba, sendo incumbido de acompanhar os policiais para fornecer informes para o sucesso da operação. Quando dos fatos, estava no interior da cabine de pedágio, presenciando o momento em que os veículos, ocupados pelas vítimas, passaram. Os policiais mandaram que os ocupantes do coletivo e pick-up descessem, não sendo atendidos, oportunidade em que, do interior do coletivo, passaram a efetuar disparos. Alegou que promotores o ameaçaram para que incriminasse os policiais, senão seria transferido para um presídio dominado pelo PCC, motivo pelo qual incialmente incriminou falsamente os policiais, por medo de morrer.

(...) Romeu Takami Mizutami, Reinaldo da Silva Ribeiro e Carlos Alberto dos Santos integravam a polícia rodoviária. Romeu Takami, impronunciado a requerimento do Ministério Público, Tenente Coronel da Polícia Rodoviária, alegou que não participou da operação castelinho ou de qualquer reunião com o GRADI, informando que seu subordinado Carlos Alberto Valentim foi requisitado pelo comando da policia militar para participar da operação, sem seu conhecimento, e o avisou por uma questão moral, pedindo sigilo absoluto. Acrescentou que, posteriormente, foi incumbido de dar entrevistas em nome da Polícia Rodoviária. Carlos Alberto dos Santos informou ser comandante de policiamento rodoviário e recebeu ordem superior de prestar auxílio aos policiais da ROTA e do GRADI em operação sigilosa. Participou de reunião, sendo informado de que uma quadrilha praticaria um roubo em Sorocaba e que a abordagem ocorreria no pedágio da Castelinho, com definição da função de cada grupo. Colocaram um guincho para obstruir a pista e interceptar a trajetória do ônibus, dias pick-ups e um veículo parati, ocupados pelos

Acesso ao Sumário

integrantes da quadrilha. As tropas foram divididas, permanecendo próximo ao guincho, quando percebeu que o veículo parati conseguiu furar o bloqueio, empreendendo fuga. Em seguida, as duas pick-ups foram bloqueadas pelo guincho. Escutou os disparos de arma de fogo advindo do local onde se encontravam as pick-ups, oportunidade em que o ônibus derivou à direita, onde se encontravam os policiais da ROTA. O coletivo parou e seus ocupantes começaram a atirar, dando início ao tiroteio. Participou da entrada no ônibus, com o auxílio de outros policiais, sendo que um deles portava um escudo, relatando que foram efetuados dois disparos em direção aos policiais, que revidaram. Reinaldo Ribeiro negou integrar o GRADI, sendo policial do serviço reservado da CPRodv, alegando que apenas conduziu o sargento Everaldo até o pedágio, onde os fatos ocorreram. Acrescentou que não participou nem presenciou o tiroteio, desconhecendo o destino das fitas do sistema de segurança da rodovia. (...) José Roberto Martins, impronunciado a pedido do Ministério Público, Tenente Coronel PM e comandante da ROTA, relatou que, quando dos fatos, foi incumbido pelo Coronel Barros a prestar apoio ao pessoal do GRADI, no planejamento ao cerco ao grupo que pretendia praticar roubo em Sorocaba. Alegou que não manteve contato com Takami ou Mantovan e nem esteve no local dos fatos. Segundo apurado, na operação parte dos policiais da ROTA permaneceu em um barranco; outros se posicionaram no canteiro central, para abordagem das pick-ups D-20 e Ranger; e o grupo maior ficou imbuído de fechar a pista da rodovia, para abordagem do coletivo. Os policiais Alex Nascimento, Dimas, Paulo Roberto, Douglas, Francisco, José Antonio, Paulo Sergio Schiavo e Pedro relataram que foram convocados para participarem da operação, sendo incumbidos da abordagem dos veículos D-20 e Ranger. Relataram que, depois de passarem pelo pedágio, os ocupantes dos referidos veículos não obedeceram à ordem de parada, efetuando disparos na direção da qguarnição e dos policiais, dando início ao tiroteio. Os policiais Maercio, Augusto e Larri informaram que permaneceram no barranco, aguardando a passagem dos veículos envolvidos, sendo que os dois primeiros negaram a existência de ordem para que as vítimas fossem mortas e alteração da cena do tiroteio. Augusto acrescentou que interceptaram uma quadrilha que praticaria um roubo na região de Sorocaba, o que era de conhecimento apenas dele e dos capitães. Relatou que ocorreu o primeiro confronto entre os ocupantes das pick-ups e os policiais, oportunidade em que o coletivo, que seguia atrás, derivou à direita. Os policiais Amaraildo, Antonio Tragino, Armando, Eduardo, Evando, Evaristo, Fabio, José Bezerra, Jose Carlos, Ladon, Marcos Eduardo, Reinaldo Henrique, Miguel, Nelson,

Acesso ao Sumário

Paulo Cesar, Valmir, Valderi, Gilberto, José Milton, Sergio Antonio e Roberto foram incumbidos de interceptar o ônibus ocupado por pessoas fortemente armadas, o qual parou logo após transpor o pedágio, quando seus ocupantes passaram a efetuar disparos de arma de fogo contra os policiais, dando início ao tiroteio. Eduardo relatou que foi alvejado no confronto, quando revidou aos disparos. Valmir acrescentou que recebeu a fita de gravação da concessionária e a entregou ao Tenente Henguel, para que fosse repassada à Secretaria de Segurança Pública. José Bezerra acrescentou que, após o tiroteio inicial, determinaram que os ocupantes do coletivo se rendessem, abandonassem as armas e descessem e, como não foram atendidos, nele ingressou, com o escudo balístico, acompanhado de Paulo Sérgio, Eduardo Parra e Carlos Alberto. Em seguida, os ocupantes do coletivo efetuaram disparos, atingindo o escudo, dando início a novo tiroteio. Finda a ação, encontraram corpos caídos e armas de fogo sujas de sangue. Acrescentou que, no bagageiro inferior do ônibus localizaram uma bolsa cheia de armas, que foram transferidas para a viatura do comando. Amarildo esclareceu que sua função seria obstar que outras pessoas passassem pelo pedágio, depois da passagem do comboio. Pelo que se depreende de todos os interrogatórios, de forma geral, os apelados, integrantes do GRADI, da ROTA e da Polícia rodoviária, aduzem que agiram em legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e obediência hierárquica. (...)"

Realmente, em que pese o raciocínio esposado nas razões de apelo, participar de uma abordagem como membro de efetivo policial fortemente armado e bem treinado é uma coisa, cometer massacre de pessoas indefesas, como quer fazer crer a denúncia, é outra e bem diversa.

Também a peculiaridade de se terem arregimentado presos para participar da operação não indica, necessariamente, tenha sido "forjada" uma abordagem policial para "disfarçar" execução deliberada. Trata-se sim de estratégia policial, cuja eticidade não cabe aqui avaliar.

Acesso ao Sumário

Ainda, os testemunhos dos civis presentes no local nada externam que possa mudar conclusão tal, já que nenhuma dessas testemunhas (caminhoneiros, motociclistas, demais usuários da rodovia e funcionários da concessionária VIAOESTE) soube precisar quem deu início aos disparos ou mesmo a dinâmica dos fatos, dês que procuravam se proteger (fls. 25/6, 33/4, 37/8, 43/53, 341/9, 720, 1.118/26, 1.142/7, 1.226/9, 1.233/8, 1.245/51, 1.255/64, 1.282/4, 1.285/92, 1.293/8, 1.300/2, 1.345/52, 1.354/60, 1.455/8, 1.501/8, 1.510/6, 1.518/20, 1.522/4, 1.531/3, 1.880/3, 4.181, 4.196/7, 4.213, 4.237/44, 4.254, 4.258, 4.283/89, 4.302/4, 4.320/23, 4.510/5, 4.519/28, 4.534/43 e 4.702/9).

Deborah Amiris Corsini, Luiz Fabiano de Freitas e Marcelo Augusto Rolim, funcionários dos nosocômios para onde levados os ofendidos,

confirmaram terem sido os próprios policiais que prestaram socorro aos últimos, mas, não puderam afirmar se as vítimas foram socorridas já sem vida, apenas que já chegaram em óbito (fls. 1.224/5, 1.243/4 e 1.253/4).

Nem mesmo o desastre da empreitada faz de seus participantes homicidas, repise-se.

Com efeito, como bem anotado pelo nobre sentenciante: "*É notório no meio criminal e policial que militares menos graduados não têm autonomia para organizar e executar uma operação de tamanha magnitude. Além disso, é evidente que a grande maioria dos acusados tomou conhecimento dos fatos somente no dia da operação, na reunião realizada no posto da Polícia Rodoviária de Araçariguama. Operações como a realizada no dia dos fatos são comunicadas à tropa somente no momento da execução, justamente para que não haja vazamento. Portanto, é evidente que os policiais se dirigiram ao local com a informação da existência do grupo de criminosos armados e se prepararam para detê-los com a força necessária que a situação exigia. O armamento utilizado pelos policiais era necessário e não se vislumbra excesso. As graves consequências advindas da ação policial se deram justamente pelo grande efetivo montado e pela reação das vítimas, que estavam armadas e atiraram contra os policiais. (...) Também é preciso salientar que o Ministério Público imputou a todos os réus a responsabilidade por todas as mortes, sem individualizar as condutas, apontar qual grupo de policiais participou de qual homicídio, partindo da premissa de que todos estavam cientes da mencionada farsa e a ela aderiram, o que não restou demonstrado em nenhum momento. Até mesmo os presos infiltrados estão sendo acusados de todos os homicídios, sem qualquer apuração de responsabilidade das autoridades que autorizaram a saída do presídio e acompanharam as diligências. Não é admissível que os presos, pessoas sob a custódia da Administração Penitenciária, que foram tiradas da prisão a pedido da Polícia Militar e com autorização do Poder Judiciário, sejam punidas pelo resultado lesivo de uma operação policial. Os presos não tinham domínio nenhum da situação e a colaboração certamente se deu em troca de prometidas vantagens, que aparentemente nem foram cumpridas. Não se espera outra conduta de dois presos com vastíssima ficha criminal e que são solicitados por policiais e magistrados para que colaborem*." (fls. 6174).

Tampouco as provas técnicas favorecem a empreitada acusatória, já que: "*Os peritos constataram a existência de orifícios de balas no escudo balístico apreendido, utilizado por José Bezerra quando da invasão do coletivo (fls. 1459/69). Os peritos também realizaram a reconstituição do ingresso de parte dos policiais no coletivo (fls. 1743/810). Os equipamentos de captação e gravação de imagens da rodovia e sua praça de pedágio; bem como as fitas apreendidas foram examinados pelos peritos do IC (fls. 817/858) e pelo CAEX*

Acesso ao Sumário

(fls. 1931/1950 – 9º volume). (...) Efetivamente os peritos encontraram partículas de chumbo nas mãos direita e esquerda de três das vítimas, SANDRO ROGÉRIO DA SILVA, FÁBIO FERNANDES DE ANDRADE DE SOUZA E GERSON MACHADO DA SILVA (fls.674/8). Contudo, irrelevante o fato dos peritos não encontrarem chumbo nas mãos das demais vítimas, pois, como ressalvado, no próprio laudo e de conhecimento geral no meio jurídico, existe a possibilidade da presença de chumbo em quantidade inferior ao mínimo sensível pelo exame, o que não descarta a hipótese de autoria de disparo. (...)", consoante observado pela PGJ às fls. 6.732/3.

Desse modo, o conjunto probatório, absolutamente, não se presta para justificar o prosseguimento do feito, com a pronúncia e remessa do caso ao Júri, em sendo patentes as excludentes de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal e da legítima defesa, a escudarem a absolvição sumária, com fulcro no art. 415, IV do CPP.

Destarte, mantém-se a r. decisão singular, encampados seus opimos fundamentos (art. 252 do RITJ), com remessa dos autos ao juízo criminal comum, para apreciação dos demais crimes antes conexos.

Nega-se provimento, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002682-20.2014.8.26.0136, da Comarca de Cerqueira César, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CLAUDIO AUGUSTO BENTO.

ACORDAM, em 9ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para anular a sentença, prosseguindo-se o feito em primeira instância. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.802)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente), SÉRGIO COELHO e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2017.

SOUZA NERY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processo penal. Prova. Crimes de ameaça, no contexto de violência doméstica e de dano qualificado. Absolvição decretada em primeira instância. Acusação apela em busca da anulação do feito por cerceamento

da acusação. Necessidade. A busca da verdade real recomenda a adoção da providência requerida pelo *Parquet.* Pleito indevidamente indeferido em primeira instância. Recurso provido para anular o processo.

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que absolveu **CLAUDIO AUGUSTO BENTO** da imputação da prática de crimes de ameaça, no contexto de violência doméstica e deterioração de coisa alheia, mediante emprego de substância inflamável,[2] com fundamento no artigo 386(VII), do Código de Processo Penal, o nobre representante do **MINISTÉRIO PÚBLICO** apela, preliminarmente, em busca da nulidade da sentença por cerceamento do direito da acusação.[3]

O processo foi inicialmente distribuído, em 01-04-2015, ao Eminente Desembargador CARDOSO PERPÉTUO. Foi redistribuído a este relator na data de 23-08-2016.

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer favorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.[4]

É o relatório.

O recurso merece, no meu entender, acolhida.

É realmente o caso de decretar-se a nulidade da sentença.

De fato, a Acusação insistiu na oitiva da testemunha, pleito este indeferido pelo douto magistrado, sob o argumento de que "Seria de se considerar por demais precária a persecução na fase policial, caso houvessem testemunhas presenciais do fato, cuja oitiva não fora providenciada antes do ajuizamento da ação e, tão só por isso, não há que se falar em nulidade por cerceamento de acusação. Não bastasse, é de se ressaltar que a vítima sequer indicou o nome de suposto vizinho que teria visto o réu ateando fogo na residência, de modo que, intuitivo que está apenas presumindo tal circunstância, sendo descabida investigação desta natureza durante o transcurso da ação penal. Não bastasse, conforme se verifica de certidão que se encontra no sistema, a vítima sequer reside atualmente no local dos fatos, sendo impossível saber se o suposto vizinho também ali se encontra. Aliás, a vítima somente compareceu nesta audiência porque a testemunha Geovana passou o seu telefone, assim permitindo a sua localização. Por tais razões, não vislumbro espaço para a aplicação do disposto

1 Fls. 111-12, Juiz Dr. Fabrício Orpheu Araújo, cujo relatório fica adotado.

2 CP, art. 147 e art. 163, parágrafo único, inciso II, c.c. art. 5º, (III) e art. 7º, (II) e (IV) da Lei 11.340/06.

3 Razões de recurso, fls. 112-21.

4 Fls. 147-49 – Drª. Ana Lúcia Menezes Vieira.

Acesso ao Sumário

no artigo 209, § 1º, do CPP, razão pela qual indefiro a postulação Ministerial".[5]

Contudo, a instrução foi encerrada e a sentença absolutória proferida, sem que se em envidasse maiores esforços para a localização das testemunhas, com vistas à busca da verdade real dos fatos.

Verifica-se que o Ministério Público insistiu na oitiva da testemunha referida que poderia modificar o quadro probatório. Com isso, impediu a atuação odo órgão ministerial.

Assim sendo, forçoso reconhecer ter havido cerceamento da acusação.

Destarte, pelo meu voto, proponho que se dê provimento ao recurso, para anular a sentença, prosseguindo-se o feito em primeira instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020151-71.2013.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante J.N.N., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, deram provimento ao recurso para absolver J.N.N. das imputações feitas na denúncia, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Acórdão com o Revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.897)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, vencedor, CARLOS BUENO, vencido e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Vítima que apresentou versões confusas e divergentes nas oportunidades em que foi ouvida. Retratação da mãe e da avó da criança, que se apresentaram espontaneamente ao Ministério Público. Relatório multidisciplinar inconclusivo. Laudo pericial que não constatou qualquer vestígio de lesão e verificou a virgindade da ofendida. Existência de prova indiciária, resultando em dúvida insanável a respeito

5 Fls. 110-11.

da autoria, de modo que se impõe a absolvição. Apelo defensivo provido para a absolvição do réu, por insuficiência probatória.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por J.N.N. de sentença que o condenou, como incurso no artigo 217-A, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea "e", na forma do artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, buscando a absolvição com fundamento na insuficiência da prova.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 177/182).

É o relatório.

O réu foi denunciado e condenado porque, no período compreendido entre o início de 2012 e junho de 2013, na cidade e Comarca de Marília, teria praticado atos libidinosos com sua neta e criança A.D.C., que possuía 09 anos de idade.

O apelo comporta provimento.

Com efeito, não se extraem do conjunto probatório colhido elementos suficientes para embasar um decreto condenatório, notadamente diante das diferentes versões apresentadas pelas vítimas e testemunhas.

No caso, a própria palavra da vítima é confusa e apresenta algumas divergências com relação aos abusos. Na fase policial, declarou que o réu a levava para o quarto dele, tirava as roupas de ambos, introduzia o pênis no seu ânus, esfregava-o na vagina e se masturbava (fls. 13/14). Em juízo, apresentou outra versão, dizendo que o acusado tentou introduzir o pênis na sua vagina e passava a mão no seu corpo. Afirmou que os abusos ocorreram por volta de três vezes por semana, durante mais de um ano (fls. 86).

Na polícia, o seu irmão C.E.D.C. também narrou que o apelante abusava sexualmente dele e da vítima. Disse que o réu deitava-se na cama com ele, passava a mão no seu corpo, colocava o pênis no seu ânus e se masturbava (fls. 15/16). Em juízo, disse que quando estavam dormindo, o réu "enfiava o pipi na bunda da sua irmã" e fazia o mesmo com ele (fls. 87).

É verdade que, em crimes de natureza sexual, a palavra da vítima deve receber especial atenção, uma vez que tais delitos são secretos por sua própria natureza e quase sempre praticados às escondidas. Nesse sentido: "***A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta***

Acesso ao Sumário

que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios" (STJ – HC 135.972/SP – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 07/12/2009).

Porém, não se trata de prova absoluta, devendo, para embasar condenação por delito tão grave, ser corroborada por outros elementos seguros, o que não se verificou na hipótese dos autos.

O réu negou as acusações em todas as oportunidades em que foi ouvido, relatando a possibilidade de se tratar de uma vingança de sua ex-nora L., pois autorizou a vizinha a acionar o Conselho Tutelar caso as crianças fossem maltratadas, o que sempre acontecia. Explicou que, em meados de junho de 2013, A.D.C. fugiu de casa à noite por ter sido agredida pela genitora com cabo de vassoura e L. lhe telefonou para procurá-la. Uma assistente social compareceu na residência dela por ter sido convocada pela vizinha, o que deixou a mãe das crianças enfurecida (fls. 37, 72 e 104).

A genitora das crianças e nora do acusado, L., por sua vez, contou, na polícia, que deixava os filhos na residência do réu porque ia trabalhar e eles demonstravam muito carinho por ele. Três meses antes dos fatos, notou uma mudança no comportamento delas, sendo que passaram a dizer que ele "era chato, briguento e reclamão". Ficou sabendo por N., ex- esposa do acusado, que ela tomou conhecimento de supostos abusos das crianças cometidos por ele e que estava levando-as para a casa dela. Indagou seus filhos a respeito dos fatos e eles confirmaram os abusos sexuais (fls. 17/18). Em juízo, relatou que ficou sabendo dos abusos por meio da madrasta das crianças, a qual lhe telefonou e confirmou tais fatos (fls. 88).

A madrasta das crianças, K., todavia, disse nada saber acerca dos fatos e declarou que "***ao que sabe, tudo não passou de uma manipulação da mãe das crianças. Entende que se trata de uma vingança porque o acusado denunciou a mãe das crianças ao Conselho Tutelar***" (fls. 101).

Além disso, uma semana após os depoimentos em juízo, a genitora e a progenitora das crianças dirigiram-se espontaneamente ao Ministério Público para se retratarem.

Acesso ao Sumário

A avó da vítima disse "***acreditar que os fatos não se deram da forma narrada pelas crianças***" e que elas teriam inventado os abusos sexuais praticados pelo acusado. Informou que "***os netos têm imaginação muito fértil***". Por fim, esclareceu que "***no seu íntimo, não acredita que os abusos aconteceram, pois quando os netos lhe contaram os fatos, C.E. ria e A. agia com ar de deboche***" (fls. 107).

A mãe da vítima justificou o comparecimento na Promotoria de Justiça "***porque sentiu dúvidas acerca das versões de abusos narradas pelos filhos***" e que "***no dia que tomou conhecimento dos fatos, C.E. ria e A. dizia que os fatos não teriam acontecido***". Ao conversar com ela num quarto, a

vítima narrou que os fatos "***teriam acontecido 'mais ou menos***'". (fls. 108).

Ademais, desperta curiosidade o fato narrado no relatório de atendimento à vítima feito no Núcleo de Apoio Multidisciplinar no sentido de que primeiramente indagou-se acerca do relacionamento dela com o avô, tendo ela respondido que "***gostava do avô, pois ele a presenteava e a levava para passear***", somente mencionado os supostos abusos quando as profissionais a indagaram a respeito dos fatos (fls. 11/12).

O laudo de exame de corpo de delito também não constatou qualquer vestígio de conjunção carnal e verificou que a vítima é virgem, apresentando "***hímen íntegro sem características de complacência***", bem como "***ânus íntegro, sem fissura, lacerações ou rágadas***" (fls. 27), o que suscita dúvidas ainda mais contundentes acerca dos supostos abusos terem ocorrido das formas narradas pela ofendida e por três vezes por semana, durante mais de um ano.

Por fim, cumpre anotar que o próprio Magistrado considerou que as provas eram frágeis com relação à vítima C.E.D.C., em razão das suas declarações fugazes e do relato da genitora dele no sentido de que possui mente fértil e imaginativa. Contudo, observa-se que o quadro é o mesmo para a vítima A.D.C., pois ela também apresentou relatos genéricos e divergentes nas duas fases da persecução penal e teve a veracidade das acusações questionada tanto pela genitora, quanto pela progenitora, permanecendo dúvida, que deve prevalecer em favor do apelante.

Ressalte-se que há suspeitas de que o réu tenha praticado alguns dos atos narrados pela vítima, todavia, mera suspeita, como é óbvio, não gera a certeza necessária, apta a autorizar a condenação, no caso providência temerária, impondo-se a manutenção da absolvição do acusado pela ofensa ao artigo 217-A, *caput*, c.c. o artigo 61, inciso II e o artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, em observância ao princípio *in dubio pro reo.*

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver J.N.N. das imputações feitas na denúncia, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011824-80.2011.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/a.m.p FÁBIO ABREU PEREIRA FONSECA, é apelado MAURO CELSO PEREIRA DA FONSECA.

A**CORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 9 de março de 2017.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, direção de veículo automotor sem habilitação e ameaça. Sentença absolutória. Recurso do assistente da acusação, buscando a condenação do apelado, nos exatos termos da denúncia e de seu aditamento. Impossibilidade. Inexistência de provas suficientes para embasar a condenação em relação ao crime de ameaça e falta de interesse recursal em relação aos demais delitos, conforme bem destacado no parecer da ilustrada PGJ. Prescrição da pretensão punitiva estatal, ademais, em relação aos crimes de ameaça e direção sem habilitação. Recurso não provido.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 744/747, cujo relatório fica adotado, **MAURO CELSO PEREIRA DA FONSECA**, qualificado nos autos, foi absolvido das imputações por infração ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, artigo 309 do Lei nº 9.503/97 e artigo 147 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorre o assistente do Ministério Público, postulando a condenação do apelado nos exatos termos da denúncia e de seu aditamento (fls. 774/781).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 802/804) e manifestação do Promotor de Justiça oficiante (fls. 783/791), opinando a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 795/797).

Observo que, pelo v. Acórdão de fls. 689/693, esta C. 9ª Câmara de Direito Criminal, em julgamento realizado em 06 de agosto de 2015, por votação unânime, acolheu a preliminar defensiva e anulou o processo a partir de fl. 612, inclusive, a fim de que o advogado constituído pelo réu fosse novamente intimado para apresentar alegações finais, após manifestação do assistente de

Acesso ao Sumário

acusação, proferindo-se nova sentença depois da manifestação das partes.

Este é o relatório.

O recurso não merece prosperar.

A acusação é no sentido de que, no dia 25 de fevereiro de 2011, por volta das 22:20 horas, na Rua Barras Bugres, nº 05, bairro Cidade Soinco, na Cidade e Comarca de Guarulhos, o acusado Mauro Celso Pereira da Fonseca transportava e possuía arma de fogo de uso permitido, com numeração raspada, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o acusado dirigiu veículo automotor em via pública, sem possuir Carteira de Nacional de Habilitação, gerando perigo de dano. Consta, por fim, que nas mesmas circunstâncias, o acusado ameaçou, por palavras e gestos, Fábio Pereira Rodrigues, de causar-lhe mal injusto e grave.

Segundo o apurado, na ocasião dos fatos o réu se dirigiu até o local de trabalho de seu sobrinho e, exibindo uma arma de fogo, passou a ameaçá-lo, afirmando que iria matá-lo e dizendo que ele não passaria daquele dia. Apurou-se, ainda, que policiais militares foram acionados por um familiar do acusado, o qual noticiava que ele estaria trafegando pelo local dos fatos na posse de uma arma de fogo. Em diligências pelo local, os policiais identificaram o veículo conduzido pelo réu, o qual, ao perceber a aproximação da viatura, empreendeu fuga, passando a conduzir seu veículo em alta velocidade pelas ruas adjacentes, colocando em perigo todos os que por elas circulavam. Apurou-se, ainda, que durante o percurso, o réu arremessou pela janela do carro uma arma de fogo, a qual foi recolhida pela autoridade policial, tratando-se de uma pistola, calibre 9mm, marca Gabilongo, com a numeração suprimida, municiada com 15 (quinze) cartuchos íntegros. Apurou-se, também, que momentos depois o acusado foi alcançado e detido, ocasião em que, ao ser indagado, sobre a procedência da arma, negou ser ela de sua propriedade. Por fim, apurou-se que o réu não era habilitado para conduzir veículo automotor.

Compulsados os autos, a meu aviso assiste razão ao ilustre Procurador de Justiça oficiante, Dr. João Antonio dos Santos Rodrigues, cujo judicioso parecer ora é transcrito, parcialmente, para se tornar parte integrante deste.

(...)

"No mérito a apelação também não comporta provimento. Inicialmente devemos lembrar que a legitimidade recursal do assistente de acusação cinge-se ao crime de ameaça, pois os crimes de porte ilegal de arma e direção sem habilitação tem como vítima a coletividade e não a pessoa do apelante.

Em situação semelhante a 3ª Câmara Criminal Extraordinária, nos autos da APELAÇÃO CRIMINAL nº 0435720-17.2010.8.26.0000, decidiu:

"Inicialmente, observa-se não ter a vítima legitimidade para pleitear a

condenação dos réus diante do crime previsto no artigo 1º da Lei nº 2.252/54, como bem destacaram o Promotor de Justiça a fls. 381/382 e a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça (fls. 432/437).

É que a vítima, no caso é o menor objeto da corrupção ou, em segundo plano, a coletividade, cabendo a assistência tão só com relação ao crime patrimonial. A situação é óbvia e dispensa maiores considerações, ficando clara a ausência de "interesse recursal" por parte do assistente da acusação".

Como bem observado na r. sentença de primeiro grau, não existem provas para a condenação do apelante pelo crime de ameaça que foi objeto de aditamento à denúncia.

Efetivamente não existe nenhuma prova concreta de que Mauro Celso Pereira da Fonseca tenha ameaçado Fábio Pereira Rodrigues de causar-lhe mal injusto e grave, mas apenas suposições da pretensa vítima.

Porém, eventual análise profunda das provas sobre a existência do crime de ameaça é inócua, uma vez que ele já foi alcançado pela prescrição.

O prazo prescricional, que é de três anos, foi interrompido em 13 de junho de 2011, data em que foi recebido o aditamento à denúncia imputando ao réu o crime de ameaça.

Assim a prescrição da pretensão punitiva ocorreu em junho de 2014.

Sendo a prescrição matéria de ordem pública, ela deve ser reconhecida a qualquer tempo".

Cumpre acrescentar, ainda, que o mesmo ocorreu em relação ao delito previsto no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, já que prescrita a pretensão punitiva estatal, impossibilitando a análise do mérito.

De fato, verifica-se que, entre a data do recebimento da denúncia (14/03/2011 – fl. 36) até a data do presente julgamento, fluiu prazo superior a 04 (quatro) anos (art. 109, inc. V, do CP), suficiente para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, importando ressaltar que as sentenças absolutórias o v. Acórdão lançados nos autos (fls. 638/641, 689/693 e 744/747) não interromperam o curso do prazo prescricional.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do assistente do Ministério Público.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002619-26.2015.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que são apelantes MARCIO DIMARCHI RIBEIRO e CARLOS EDUARDO GARCIA, é apelado/apelante

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelado ALEX DIMARCHI RIBEIRO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal 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 38.201)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 14 de março de 2017.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – AUTOACUSAÇÃO FALSA DE CRIME – EXISTÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA DE QUE O AGENTE TINHA CONCORRIDO PARA O CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – CIRCUNSTÂNCIA QUE AFASTA O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL – DÚVIDA RAZOÁVEL – RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS – PROVA INQUESTIONÁVEL DA AUTORIA – FLAGRANTE E APREENSÃO DE SACAS DE SOJA EM PODER DOS FURÕES – INCRIMINAÇÃO INSUSPEITA DE MILICIANOS – CORRÉU RECALCITRANTE ESPECÍFICO APENADO MAIS SEVERAMENTE E QUE CUMPRIRÁ A EXPIAÇÃO NO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO – CORRÉU PRIMÁRIO QUE TEM DIREITO AO REGIME ABERTO E PENA ALTERNATIVA – RECURSOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS.

VOTO

MÁRCIO DIMARCHI RIBEIRO e CARLOS EDUARDO GARCIA foram condenados pelo r. Juízo da 4ª Vara da Comarca de VOTUPORANGA, nos autos do Processo nº 343/2015, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Camilo Resegue Neto*, como incursos no artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal: **a) Márcio**, às penas de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa,

Acesso ao Sumário

fixados no mínimo legal; **b) Carlos**, às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, também no mínimo legal. Substituída, para este, a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo de 01 (um) ano e prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo. Por sua vez, ALEX DIMARCHI RIBEIRO, foi absolvido da imputação que lhe foi feita como incurso no artigo 341 do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 267/276).

Os apelantes Márcio e Carlos foram processados porque, agindo em concurso de pessoas, previamente ajustados e com unidade de desígnios, subtraíram, para si, 18 (dezoito) sacas de farelo de soja, avaliadas indiretamente em R$ 900,00 (novecentos reais), pertencentes à empresa *All América Latina Logística*. Consta, também, que o apelado Alex acusou-se perante a autoridade policial do crime acima descrito, praticado por seu irmão Márcio e por Carlos, com o intuito de chamar para si a responsabilidade de crime que não cometeu, visando afastá-la dos verdadeiros autores do furto.

Apela o ilustre representante do Ministério Público, pleiteando a expiação do réu Alex (fls. 301/303).

Apelam Márcio e Carlos, pleiteando o reconhecimento da insuficiência probatória e, por conseguinte, a inversão do resultado (fls. 306/309).

Contrariados os recursos (fls. 315/318 e 320/322), a douta representante da Procuradoria Geral de Justiça Dra. Carla Maria Altavista Mapelli, opina pelo desprovimento dos apelos (fls. 326/332).

É o relatório.

A prova oral vem em mídia (fls. 137, 203 e 236).

Por proêmio o apelo dos réus.

Márcio e Carlos, um aderindo à vontade outro, ambos em concerto de vontades, valeram-se da circunstância de uma composição férrea estar parada sob os trilhos, abriram escotilhas dos vagões e rapinaram sacas de soja. Após a consumação do crime, agentes públicos foram acionados e cuidaram de capturar os furões em flagrante delito ainda na posse da coisa subtraída.

Acesso ao Sumário

A prisão no crepitar dos fatos é a certeza visual da ocorrência do crime e gera presunção relativa da autoria, principalmente quando a coisa, no todo ou em parte, é encontrada com o acusado e este não apresenta justificativa verossímil para a posse comprometedora. É, pois, circunstância que inverte o ônus da prova e, à ausência de versão, segundo o princípio da livre convicção do julgador, transmuda a presunção relativa em absoluta, autorizando o desate condenatório.

Os insurgentes dão conta que o irmão de Márcio, Alex, é quem seria o autor do fato, circunstância pelo corréu admitida no processo. Todavia, os agentes públicos cuidaram de derruir a construção dos increpados, apontando o

dedo da autoria para Carlos e Márcio, presos em poder dos bens rapinados e que, informalmente, ao serem capturados, confessaram o delito.

Quanto à validade da palavra de policiais, vale, mais uma vez, conferir a doutrina (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Código de Processo Penal Comentado, 3ª ed., Saraiva, 1998, I, p. 402) e a jurisprudência (RT 715/439, 725/608, 726/666, 730/569, 732/633, 733/567, 742/615 e 752/589) para que não se argua invalidade.

Daí porque a expiação é lídima.

Doravante o apelo ministerial.

O tipo penal da autoacusação falsa requesta o elemento subjetivo de que o agente tenha consciência de que não tenha cometido qualquer crime ou de que sabidamente foi outrem que o perpetrou. Pressupõe, portanto, que o agente não tenha praticado ou que o delito não tenha sequer ocorrido. Destaca CEZAR ROBERTO BITENCOURT que "*indispensável que o sujeito ativo não tenha, de qualquer forma, concorrido para o crime, caso contrário, em vez de praticar autoacusação falsa, estaria, na verdade, confessando a prática efetiva de um crime mediante concurso de pessoa"* (Código Penal Comentado, 9ª ed., Saraiva, 2016, p. 1518).

Na espécie, quanto a Alex, irmão de Márcio, que é renitente, não restou demonstrado nos autos de forma segura que este não tenha concorrido para a rapina. Pelo contrário, há indícios de que tenha participado do evento. A dúvida, que é razoável, no sentido de ter este réu, de fato, tomado parte no furto da soja, na esteira da orientação precitada, impede a subsunção da conduta ao tipo penal (art. 341, CP), na medida em que pode ter sido Alex coautor do furto (art. 155, CP).

Daí porque se mantém a hirta decisão monocrática, desprovendo-se, por consequência, o apelo ministerial.

Márcio é recalcitrante específico (fls. 29 do apenso). E, como tal, graduou-se a expiação com maior rigor. A renitência implica no regime inicial semiaberto obrigatoriamente por ser um imperativo da norma. Carlos, por sua vez, está apenado minimamente, em regime prisional inicial aberto, facultada pena alternativa. Portanto, nada a ser redimensionado.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0085949-22.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MICHEL

Acesso ao Sumário

PEREIRA ARAUJO, 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 apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.529)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e SOUZA NERY.

São Paulo, 16 de março de 2017.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Crime contra o patrimônio. Furto. Sentença condenatória. Defensoria Pública busca o reconhecimento da atipicidade da conduta em razão do crime impossível; princípio da insignificância; ou ausência de comprovação da materialidade. Subsidiariamente, requer maior redução pela tentativa. Condenação editada com precisão. Autoria delitiva atestada em firme e convergente prova oral, sequer questionada pela Defensora Pública. Crime de bagatela. Inocorrência. Os aspectos que englobam a aplicação de tal princípio não se restringem apenas ao valor da "res", mas deve ser sopesado com as circunstâncias do delito e biografia penal do Réu. Crime impossível. Não caracterização. Existência de sistema de vigilância eletrônico não torna impossível, por si só, o cometimento do delito de furto em estabelecimento comercial. Pena dosada de forma benevolente – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que se acolhe, acresço que MICHEL PEREIRA ARAÚJO foi condenado por decisão do Juízo da 27ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital à pena de 01 (um) ano e 13 (treze) dias de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 04 (quatro) dias-multa, no valor mínimo unitário, por incurso no artigo 155, §§ 2º e 4º, inciso I c/c. o artigo 14, inc. II, todos do Código Penal.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo apela (Razões Recursais às fls. 195/199) visando atipicidade da conduta imputada ao ora apelante sob três enfoques: *(i)* reconhecimento de crime impossível; *(ii)* aplicação do

princípio da insignificância e *(iii)* ausência de provas da materialidade delitiva. Subsidiariamente, requer a redução da pena corporal.

Contrarrazões ofertadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo às fls. 202/207, em que as premissas retromencionadas foram rebatidas.

Regularmente processado o recurso, pelo seu não provimento é o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (cf. fls. 214/218).

RELATADOS, passo a decidir.

A respeitável sentença bem analisou a prova.

Ao que consta da denúncia, MICHEL e terceira pessoa não identificada subtraíram para proveito comum, mediante destruição da cobertura do estabelecimento comercial "*Granja Perus LTDA*", diversos produtos alimentícios e de higiene pessoal, tais como chocolates, desodorantes, xampus e outros relacionados às fls. 16/18, todos avaliados em R$ 388,74 (trezentos e oitenta e oito reais e setenta e quatro centavos), além da quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) em espécie.

Houve por bem o nobre Julgador singular afastar uma das qualificadoras impostas na denúncia (concurso de agentes), eis que "*a vítima foi categórica em afirmar que viu somente uma pessoa por meio das câmeras"* (cf. fl. 185) e, neste ponto, não há recurso ministerial.

Ao final, decretou o édito condenatório de MICHEL por incurso no artigo 155, §§ 2º e 4º, inc. I c/c. o artigo 14, inc. II, ambos do Código Penal.

E assim o fez por caracterizada em absoluto a autoria do crime.

MICHEL na fase policial optou pelo silêncio (fl. 8). Em juízo, negou por completo as acusações, afirmando que no momento da abordagem policial trazia consigo apenas um isqueiro e a quantia de R$ 50,00 (cf. mídia digital fl. 172).

Os policiais militares *Rodnei* e *Rodrigo* confirmaram a captura do ora Apelante na posse de diversos produtos do mercado.

No mesmo sentido as declarações da vítima *Osvaldo* (cf. mídia digital fl. 172).

Não se há falar em fragilidade probatória, até porque sequer a Defensoria Pública questiona tal ponto.

Do pedido defensivo inicial – crime impossível – razão não lhe assiste.

A exordial acusatória descreve que: "*em decorrência da invasão, o alarme de segurança foi acionado, alertando o representante da vítima, que foi verificar o que estava acontecendo. Ao chegar ao local, o ofendido encontrou o indiciado (...) e chamou a polícia*" (cf. fl. 3d).

Ora, a mera existência de sistema de segurança não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial, pois a existência de tal mecanismo não impede, de modo absoluto, a ocorrência de

Acesso ao Sumário

furtos nestes locais.

O entendimento é de que mesmo o estabelecimento dispondo de tal sistema de segurança é possível que o agente tenha sucesso na sua conduta criminosa, caso o equipamento falhe, o vigilante esteja desatento no momento da subtração ou o agente saia rapidamente da loja, sem possibilidade de ser detido.

Dessa forma, não se está diante de ineficácia absoluta do meio, mas apenas relativa, pois ainda existe uma possibilidade, mesmo que pequena, do delito se consumar[1].

Nesse sentido, aliás, a novel súmula editada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto*" (Súmula 567).

Inaplicável, também, o denominado **crime de bagatela**, pois ausentes seus elementos de caracterização.

Para o emprego deste princípio, necessária a reunião dos seguintes requisitos: **(i)** mínima ofensividade da conduta do agente, **(ii)** inexistência da periculosidade social da ação, **(iii)** reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e **(iv)** inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Portanto, para sua aplicação, necessário que a conduta praticada pelo agente não seja temerária, como o foi. Ingressou em estabelecimento comercial – causando prejuízo ao espaço físico, com avaria na cobertura do imóvel –, se apossou de bens estimados em R$ 388,74 (produtos) e R$ 50,00 (dinheiro) e deixou o local dos fatos.

Arriscado afirmar, como faz a combativa Defensora Pública, que "*a res furtiva possui valor irrisório (...) valor total de R$ 388,74 (...) é forçoso reconhecer que não há tipicidade material no presente caso, visto que a lesão ao bem jurídico tutelado foi ínfima*" (cf. fl. 197).

O bem jurídico tutelado foi estimado, como se viu e realçou, em quase metade do valor do salário-mínimo nacional, isso em país no qual farta parcela da sociedade sobrevive com renda mínima mensal.

Ressalte-se, por fim, o apelante teve sua pena-base exasperada em razão de sua conduta social desajustada, fator impeditivo para o princípio da insignificância.

Não é caso, por fim, de **ausência de demonstração da materialidade delitiva**. Pelo simples contato com o auto de exibição, apreensão e entrega (cf. fls. 14/15) e laudo de avaliação (cf. fls. 16/18), transmite-se com clareza meridiana o resultado material do crime.

Acesso ao Sumário

1 STJ. 3ª Seção. REsp 1.385.621-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/5/2015.

Passamos, então, à analise da pena.

Na primeira etapa dosimétrica, a base foi fixada por justo motivo (personalidade voltada para o crime – condenações por outros delitos) em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso.

Exasperação sequer combatida pela Defesa.

Na segunda etapa dosimétrica, inexistentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas, não houve alteração na pena.

Na terceira etapa dosimétrica, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo requer o reconhecimento da redução pela tentativa em seu grau máximo, afirmando que o "*apelante jamais chegou a ter a posse tranquila dos objetos subtraídos, tendo sido detida pelos policiais imediatamente após os fatos*" (cf. fl. 198vº).

Diante da prova encartada nos autos nota-se pelo próprio depoimento da vítima Osvaldo, consignado, aliás, na r. sentença, que MICHEL "*foi pego após cerca de* ***dez a vinte minutos***..." (cf. fl. 185 – original sem grifo).

Ou por outras palavras, ainda que aplicada a ultrapassada teoria da *ablatio* (consuma-se quando o agente consegue levar a coisa, tirando-a da esfera patrimonial do proprietário) é certo que o crime se consumou.

Os Policiais Militares são enfáticos ao narrarem que em patrulhamento localizaram um indivíduo suspeito, após abordagem houve confissão informal da subtração, razão pela qual conduziram o increpado até o local dos fatos, onde foi reconhecido pela vítima após consultar as filmagens internas de segurança e identificação dos objetos apreendidos na posse direta de MICHEL.

Registre-se que a jurisprudência pacífica na Corte Constitucional e no Superior Tribunal de Justiça é de que o crime de furto se consuma no exato momento em que o agente infrator torna-se possuidor do bem subtraído, frise-se, ainda que haja imediata perseguição e captura.

Ou por outras palavras, prescindível que a *res furtiva* saia da esfera de vigilância da vítima, homenageando, assim, a teoria da *amotio* ou *apprehensio.*

À mingua de recurso ministerial, a fração de 1/3 (um terço) pela tentativa é de subsistir incólume, sob pena de ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Por igual fundamentação, mantenho a redução de 1/3 (um terço), agora, pelo benefício da figura privilegiada, quedando-se a reprimenda final tal como lançada na origem: **01 (um) ano e 13 (treze) dias de reclusão, além do pagamento de 04 (quatro) dias-multa, no piso.**

Eleito o regime aberto não se há falar em alteração.

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos não é objeto

Acesso ao Sumário

deste recurso, até porque de inviável aplicação em atenção à personalidade do réu (cf. art. 44, inc. III, do Código Penal).

Nada mais pode almejar.

Ante ao exposto, **NEGA-SE** provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021389-93.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante L.S.L., é apelado G.B.LTDA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente os I. Defensores, Dr. Antônio Vieira e Dr. Ricardo Batista Capeli e, usou da palavra, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Carlos Roberto Marangoni Talarico.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.179)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 14 de março de 2017.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL – Pretendida anulação da decisão homologatória de laudo pericial, proferida em medida cautelar de busca e apreensão, com o arquivamento do procedimento preliminar – Descabimento – Conhecimento do apelo de rigor – Possibilidade de impugnação da decisão que homologa, ou não, o laudo pericial – Precedentes – Decisão com força de definitiva proferida por juiz singular – Inteligência do art. 593, II, do Código de Processo Penal – Medida cautelar obrigatória à viabilização de ação penal por violação de direito imaterial – Inexistência de contraditório nesta fase – Nomeação de perito não oficial – Possibilidade – Profissionais nomeados e compromissados na forma da lei – Alegação de suspeição de um dos 'experts' que não restou comprovada – Demais irregularidades

Acesso ao Sumário

apontadas pelo apelante que não tem o condão de invalidar a perícia e que deverão ser arguidas pela defesa e apreciadas pelo juízo em eventual ação penal – Matéria que deve ser submetida ao contraditório, no momento oportuno – Decisão monocrática mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por L.S.L., contra a decisão homologatória de laudo pericial, proferida na presente medida cautelar de busca e apreensão de produtos que estariam sendo fabricados e comercializados com violação a direito de propriedade industrial, requerida por G.B.Ltda.

Pretende o apelante, em apertada síntese, a anulação da referida decisão, com o consequente arquivamento da medida cautelar, ante a ilegalidade da nomeação de peritos não oficiais, sugeridos pela parte interessada, com clara violação de regras processuais que tornam inválida a prova obtida (fls. 1078/1128).

Contrariado o recurso, pugnou a apelada G.B.L. pelo não conhecimento do reclamo por ilegitimidade do apelante e, subsidiariamente, pelo seu desprovimento (fls. 1221/1244).

Em manifestação, requereu o Ministério Público de primeiro grau o reconhecimento da intempestividade do apelo ou da ilegitimidade de parte. No mérito, propôs o desprovimento do recurso (fls. 1263/1271).

Por derradeiro, opinou a D. Procuradoria de Justiça pela rejeição da preliminar de intempestividade e acolhimento da arguição de ilegitimidade de parte ou, no mérito, pelo não provimento do reclamo (fls. 1297/1302).

É o relatório.

G.B.Ltda., requereu a presente medida cautelar de busca e apreensão e realização de perícia em produtos que estariam sendo fabricados e comercializados com violação a direito de propriedade industrial por empresa constituída e/ou dirigida por ex-funcionários, entre eles o ora apelante.

Destarte, considerando a existência de indícios da prática delitiva, a medida foi deferida (fls. 494).

Realizada busca e apreensão na empresa do apelante e submetidos os produtos apreendidos à perícia, sobreveio decisão judicial de fls. 995, que homologou o laudo pericial, nos termos do art. 528, do Código de Processo Penal.

E é contra essa decisão que se insurge o recorrente.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

Por proêmio, é de se afastar a preliminar de intempestividade do recurso suscitada pelo Ministério Público, uma vez que a questão restou aclarada pelo recorrente através dos documentos de fls. 1288/1291.

Outrossim, cabe consignar que o recurso de apelação em epígrafe é próprio, merecendo ser conhecido, pois trata-se de interposição contra decisão definitiva, *strictu sensu*, ou com força de definitiva, proferida por juiz singular, consoante disposto no art. 593, II, do Código de Processo Penal.

A esse respeito, leciona Júlio Fabbrini Mirabete que: "*Também cabe apelação das decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juiz singular nos casos não previstos no art. 581. As sentenças definitivas a que a lei alude são as chamadas sentenças definitivas em sentido estrito (stricto sensu), em que se julga o mérito, define-se o juízo, sem absolver ou condenar, e se encerra a relação processual. Como exemplos, citem-se as sentenças que resolvem o incidente de restituição de coisas apreendidas; que homologam, ou não, o laudo pericial de pedido de busca e apreensão em crimes contra a propriedade imaterial ; que indeferem pedido de justificação; que autorizam levantamento de sequestro; que indeferem pedido de explicações; que, em pedido de explicações, as consideram satisfatórias, impedindo a propositura de ação penal nos crimes contra a honra; que decidem pela não existência de uma condição objetiva de punibilidade etc*." ("Código de Processo Penal Interpretado", 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1997, p. 747) (grifo nosso).

Neste sentido também é o entendimento dos Tribunais pátrios:

"São apeláveis porque têm a natureza de definitivas as decisões proferidas em processos cautelares, entre outras a que homologa laudo pericial em medida preliminar de busca e apreensão" (RT 471/344).

"Laudo pericial exigido pelo art. 527 do CPP - Caráter de medida cautelar preparatória sendo pressuposto legal para o exercício da ação penal - Homologação - Decisão de natureza interlocutória mista com força de definitiva - Cabimento de apelação - Inteligência e aplicação do art. 593, II, do CPP" (RT 702/356).

Logo, de rigor o conhecimento do recurso.

Todavia, no que toca ao mérito, o apelo não comporta provimento.

Inicialmente, oportuno consignar que a presente medida cautelar possui caráter meramente preparatório e se presta, tão somente, a viabilizar o ajuizamento da ação principal, em sede da qual poderão as partes, então, exercer amplamente seu direito de defesa e se contradizerem mutuamente, instaurando-se, assim, o devido processo legal.

Com efeito, em relação aos crimes contra a propriedade imaterial, o Código de Processo Penal prevê a medida preliminar de busca e apreensão e a

Acesso ao Sumário

realização de exame pericial para os ilícitos que deixam vestígios, conforme se depreende pela leitura dos arts. 524 a 528 do citado *codex*, com o objetivo de colher os elementos necessários para o exercício do direito de queixa.

O art. 525, especificamente, estabelece que, nos crimes que deixam vestígios, a petição de queixa ou denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo do delito.

Nesse passo, tem-se que a cautelar de busca e apreensão era imprescindível para salvaguardar eventual direito de ação da apelada.

Todavia, embora a medida tenha por objeto reunir condições de sustentação ao futuro ajuizamento da queixa-crime, tal procedimento preparatório prescinde do contraditório. Assim, quando houver questões de fato controvertidas, como alegado pelo apelante, a exigir maiores esclarecimentos, cujo deslinde reclama investigação probatória, a matéria deve ficar reservada ao processo principal.

Ora, no caso *sub judice*, tanto o processo de escolha como o de elaboração do laudo pericial de fls. 736/741, relatório técnico de fls. 762/820 e laudo complementar de fls. 843/856 estão de acordo com as formalidades exigidas pela nova redação do art. 159, da Lei Adjetiva, não se vislumbrando qualquer vício que poderia acarretar a anulação da sentença homologatória recorrida; nada existe a abalar a validade da aludida perícia, uma vez que efetuada e subscrita por dois engenheiros químicos, devidamente nomeados e compromissados (fls. 550), e com habilitação técnica para tanto, não merecendo, por isso, nenhum reparo a decisão que homologou o laudo por eles subscrito. Não bastasse, a alegação de suspeição de um dos *experts* não passou de conjecturas desprovidas de comprovação.

No que tange à nomeação de peritos não oficiais, a doutrina esclarece que:

"No processo penal, de regra, as perícias devem ser realizadas por peritos oficiais, do órgão público existente para esse fim, entre os quais os Institutos de Criminalística. Todavia, se isso não for possível, ou porque não existe a especialidade necessária no órgão oficial ou porque ele não atende a região, a autoridade deverá nomear os peritos, que prestarão compromisso, escolhidos entre os que tiverem habilitação técnica, o que é obrigatório nas profissões legalmente regulamentadas, ou entre pessoas que tenham conhecimento do objeto do exame" (VICENTE GRECO FILHO, *in* Manual de Processo Penal, 3ª ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 194).

Reforçando a lição, arremata MAGALHÃES NORONHA:

"Devem esses peritos não oficiais ser escolhidos dentre pessoas que tenham habilitação técnica, isto é, homens aptos, seja por sua ciência, seja pela experiência" (Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, p. 100).

É pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que, nas comarcas

Acesso ao Sumário

onde não há expertos oficiais com capacidade técnica para executar a perícia, o magistrado deve, de livre escolha, nomear duas pessoas aptas a realizá-la, obedecendo as formalidades legais.

Nesse sentido:

"Busca e apreensão - Exame pericial de corpo de delito realizado por pessoas leigas - Ausência de peritos oficiais - Admissibilidade - Inteligência dos arts. 527 e 159, §1º, do CPP" (RT 581/397).

"Inexistindo no quadro da polícia funcionário perito criminal, pode o juiz nomear pessoas que lhe são estranhas, na forma do artigo 159 do CPP" (RT 581/426).

Não se pode olvidar, ademais, que a sentença homologatória do laudo pericial não faz precluir a discussão sobre a materialidade da infração eventualmente cometida; apenas, tornando aparentemente justa a causa, autoriza o ofendido a propor a ação penal. E, sem a propositura da ação penal, não existe gravame. Segue-se daí que a discussão em torno da materialidade da infração, antes do eventual aforamento do processo penal, como pretende o apelante, caracterizaria indevida e antecipada incursão pelo mérito da causa. Portanto, no julgamento da eventual *persecutio criminis* é que cabe a ampla, geral e irrestrita discussão acerca da materialidade da infração. Por agora, a recusa da materialidade significaria um indesejável prejulgamento, que a instrução preliminar não comporta.

Enfim, a homologação da citada peça pericial não significa, de forma alguma, ganho de mérito para a apelada, muito menos impede a rediscussão da prova nos autos da ação penal a ser intentada.

Era o que cabia consignar.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004512-84.2011.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PAULO ROBERTO SCHMIDT, 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: "Por v.u., deram provimento ao recurso do réu, para, nos termos deste voto, absolvê-lo com base no art. 386, VII do Cód. de Processo Penal, admitida a habilitação de assistente da acusação, após consulta feita ao representante ministerial e ao advogado de defesa, que não se opuseram.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

(Voto nº 34.445)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 16 de março de 2017.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Trânsito. Homicídio culposo e fuga. Confissão policial que não confere com a prova sob o contraditório. Outro seria o condutor. Dúvida. Absolvição nos moldes do art. 386, VII do CPP. Na esteira de precedente do col. STF, as confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova, inclusive circunstanciais. Apelo provido.

VOTO

RELATÓRIO

Consta dos autos que o ora apelante, ainda na origem, acabou condenado a cumprir, a partir do regime aberto, 2 anos e 8 meses de detenção por conta de violar o disposto nos arts. 302 *caput* e seu §1º, III do CTB (lei 9.503/97), sem prejuízo de ter sido beneficiado pela substituição daquela corporal por prestação de serviços à comunidade, mais uma prestação pecuniária arbitrada em prol da família da vítima, da ordem de 10 salários mínimos (fls. 354/365).

Porém, não resignado com este resultado, apelou para aduzir que, graças às revelações do filho menor e de uma testemunha presencial – Gilberto Felix –, descobriu que o resultado letal fora supostamente produzido por uma terceira pessoa, do sexo feminino, alguém que eventualmente se acharia na condução de outro automotor que o ultrapassara naquela ocasião e atingira a ofendida (fls. 379/386). E, para reforçar aqueles seus argumentos, juntou nestes autos o resultado de recurso de apelação, a ele favorável, tirado noutro processo que teve tramite perante a 4ª Vara Cível Regional do Jabaquara, Capital (fls. 352/353vº), e que mais tarde, em termos recursais, foi conhecido na Seção de Direito Privado, quando então serviu de relator o e. Des. Gilberto Leme, da 35ª Câm. (fls. 404/419), que acolheu essa versão em ação de reparação de danos pelo mesmo atropelamento, movida por familiares da vítima.

Por sinal, acerca dessa prova acrescida (juntada do acórdão da e. 35ª Câm. de Direito Privado), deu-se vista à d. Procuradoria Geral de Justiça (fl. 423), que reiterou o seu elevado parecer, sempre pela condenação do ora apelante (fls. 398/402).

Acesso ao Sumário

E para constar, ainda no 1º grau, o Dr. Promotor de Justiça formulou suas igualmente elevadas contrarrazões (fls. 390/397).

Este relator não deu conhecimento da prova acrescida aos familiares da vítima, porque estes não se habilitaram como assistentes da acusação, contratando advogados para auxiliá-los na audiência em que ouvidos e na coleta de documentos para a ação cível (fls. 258/260 e 267/268).

Voto n. 34.445

Ao volante do GM-Corsa de placas EEO-0483/SP, o apelante, cf. posto na denúncia ministerial, por volta de 7,15 horas da manhã de 16.8.2011, foi acusado de acidentalmente matar a pedestre Missato Nagata, em ocorrência que se deu na esquina da Praça Nova América com a rua Inajatuba.

Segundo o apurado, ele, apelante, trafegava pela rua Inajatuba, no sentido bairro-centro, quando, ao alcançar a esquina com a Praça Nova América, ingressou à direita sem o cuidado de observar o fluxo de pedestres, tendo olhado somente para seu lado esquerdo, de onde viriam outros veículos que eventualmente poderiam estar por ali transitando e sem obedecer à sinalização "PARE" existente no local.

E assim, em sua denúncia, concluiu o Dr. Promotor de Justiça, o apelante acabou por atropelar a vítima que, na ocasião, atravessava a rua da Praça Nova América (que é circular ao redor daquele próprio público), do anel externo para o interno, juntamente com seu animal de estimação.

Imputou-se culpa ao apelante, nas modalidades imprudência e negligência, "na medida em que dirigia em estado de desatenção, sem obedecer a sinalização de trânsito 'PARE' e sem olhar o movimento à direita ao adentrar o cruzamento", bem como, mesmo após atropelar a mulher, não a socorreu, preferindo fugir às responsabilidades que lhe poderiam ser atribuídas, evadindo-se do local, tendo posteriormente sido identificado.

Aqui, nestes autos, em 1º grau, uma vez realizada a instrução, restou condenado criminalmente. E agora, se dizendo respaldado por resultado a ele favorável, aquele obtido na Seção de Direito Privado (vide fls. 408/419)[1], vem à tona para invocar as palavras da própria esposa e de seu filho menor, de modo a reverberar uma suposta inexistência de prova segura, em consonância com perícia realizada no veículo que ele, réu, teria conduzido durante aquela manhã e cuja prova técnica nenhum dano constatou na carroceria do mesmo, batendo-se, ainda, pela transferência das responsabilidades pelo nefasto resultado "para outra pessoa" (*verbis*, fl. 382), uma mulher não identificada, vista ao volante de outro veículo pela testemunha presencial Gilberto Felix.

Acesso ao Sumário

1 Julgamento do recurso de apel. n. 0059233-02.2012.8.26.0100, foi interposto por parente da vítima, irresignada com a improcedência da ação de reparação de danos reproduzida a fls. 387/388vº, ali servindo de Rel. o e. Des. Gilberto Leme, da e. 35ª Câmara.

E, com essa nova tese, correu a justificar sua pretérita confissão policial prestada no bojo do inquérito, pelo fato de, naquela ocasião, cf. suas explicações (fl. 382), se achar "nervoso e apavorado", além de ser tratado como "um criminoso" pela douta autoridade policial (vide mídias de fls. 288, 290 e 330/332).

Eis o resumo dos fatos e, de antemão, pela prova coligida, remanescendo esquisitíssima dúvida, proponho a esta honorável turma recursal, então, que absolva o apelante (aliás, repito, confesso na fase policial em presença de uma advogada) com fundamento no art. 386, VII do CPP, cf. adiante explico. E, desde logo, respeitosamente, o faço abrindo nosso voto com relevante paradigma, segundo o qual, aliás, nos moldes de elevados precedentes, inadmissível "a prolação de decreto condenatório se suficientes os elementos probatórios apenas para fundar suspeitas em face do réu", na medida em que "a simples probabilidade de autoria, tratando-se de mera etapa da verdade, por si só não constitui certeza" (JUTACRIM 45/218).

Além de oportuno, o comentário acima é relevante porque, lidos e relidos os autos, assistidas por várias vezes as muitas mídias inseridas em seu interior, concluímos que a condenação monocrática, ora revista, deu-se em razão de argumento que ficou isolado, qual seja, o descarte da reconsideração judicial feita pelo apelante, aquela formulada já diante do MM Juízo, quando então o réu se retratou da própria confissão apresentada ainda no distrito policial, no dia do crime (fls. 8, 24/25 e 157/158), oportunidade em que se achava acompanhado de advogada, que, como ele, assinou o termo correspondente.

Em razão de tais minudências (confissão assistida por advogada que mais tarde foi revista pelo réu) a pretensão defensiva (absolvição porque outra pessoa seria autora do crime) acabou sendo desqualificada pela MM Juíza como "*pleito alicerçado em tese inverossímil e absurda*" (vide fl. 356).

Absolutamente compreensível a perplexidade da MM Juíza, igualmente manifestada pelo colega Botto Muscari, da e. 4ª Vara Cível do Fórum Regional do Jabaquara, esta agora noutros autos, quando sentenciou improcedente a ação de reparação de danos promovida em face do apelante pela filha da vítima, d. Neyde Hitomi, a propósito dos mesmos fatos.

Examinando idêntico rol de depoimentos e declarações, para julgamento do pleito ressarcitório, e não para finalização desta ação penal, o Dr. Marco Antonio Botto Muscari, *in verbis*, assim se pronunciou (fl. 355vº):

"(...) É possível que Paulo seja mesmo responsável? Possível, é. É possível que uma mulher estivesse ao volante do 'Corsa'? Também é possível (vide documento de fl. 62). É possível que um carro inidentificado tenha sido o causador do fatal acidente? Igualmente possível.

Se ao cabo da instrução, permanece uma boa quantidade de dúvidas, a

Acesso ao Sumário

única solução adequada é aplicar-se o art. 333, I do Cód. de Processo Civil. Não tendo Neyde demonstrado, com suficiente clareza, os fatos que alega, resta apenas desacolher os pleitos de indenização (danos moral e material)".

Ou seja, pese existir dentro do processo criminal uma confissão prestada na fase policial, oportunidade em que o apelante se achava assistido de profissional do Direito, como chegamos a esse misterioso desate? É porque aqui, nestes autos, existem estranhíssimos indicadores em sentido inverso àquele predicado pelos familiares da vítima, do que resulta que todo o contexto destes autos não foi suficientemente explicado.

Ouvido em juízo, o apelante disse que estava "em choque" na ocasião em que ouvido na delegacia, reclamando ter sido tratado com excessivo rigor (vide mídia de fls. 330/332). Obviamente estava nervoso. Ora, fatos notórios independem de prova. É sabido que qualquer cidadão normal, uma vez envolvido em fatos desta magnitude, terá sim uma reação como a que o réu descreveu, tensão extrema, incidindo nesta hipótese a norma hermenêutica do art. 375 do Cód. de Processo Civil, autorizada a sua aplicação pelo art. 3º, do Cód. de Processo Penal, *id quod plerumque accidit.*

Também o apelante não faltou com a verdade ao se dizer alvo de firmeza exemplar de parte das autoridades policiais, explica-se em razão da violência do desatino. Pese ter-se apresentado voluntariamente no dia dos fatos (16.8.2011), foi objeto de (indeferido) pedido de prisão assinado pelo Dr. Delegado de Polícia que presidia as investigações, formulado sob o expresso pretexto de que assim era feito "*para preservar a Polícia e a Justiça do clamor popular*" (fls. 33/36 e 38/40).

Feitas estas especiais anotações, destaco que para o resultado final ora proposto não optamos nem pela retratação judicial do apelante, nem pelas declarações do filho menor ou de sua esposa, que, anos depois do infausto, terrível evento, revelaram a presença de uma terceira pessoa na cena do atropelamento, aliás, **circunstância expressamente descartada** em juízo pela testemunha Maria Cristina Stickel Mueller (fls. 249/252). É igualmente digno de nota que dona Cristina, aos 9'10" de seu depoimento, peremptoriamente rechaçou a ideia de outro veículo no exato momento da execução do fato.

Em nome da transparência afirmo que a absolvição, aliás, com base no art. 386, VII do Cód. de Processo Penal, decorre de outra série de curiosidades que passamos a enumerar. A propósito, é mais uma vez relevante asseverar que, em consonância com a jurisprudência, em temas desta ordem, para a responsabilização criminal, não bastam só indícios, porque a prova da autoria deveria ser concludente, estreme de dúvidas, na medida em que apenas a certeza autoriza a responsabilização penal (RT 708/339).

O apelante, horas depois do fato foi submetido ao adequado exame

Acesso ao Sumário

pericial e deu mostras de que estava sóbrio (vide perícia de fl. 60).

Não precisou ser procurado pela Polícia. Voluntariamente foi ao distrito, pese não só acusado de atropelar d. Missato Nagata, como também de não deter sua marcha, passando por sobre o corpo da mulher e fugindo dali, na sequência, enquanto a vítima, instantes depois, em evidente agonia, morria em razão de severo politraumatismo (vide laudo necroscópico de fls. 49/50 e 122).

Nesta condição é que esteve diante do Dr. Delegado de Polícia.

E instado a fazê-lo, cuidou apresentar o veículo que disse estaria conduzindo na ocasião, no qual a perícia, realizada na mesma data, **não achou um arranhão sequer** (fls. 68/69 e 76/77).

É certo que parentes da falecida agitaram a hipótese de se ter consertado e lavado o automóvel no espaço de tempo que medeou a ocorrência (7 horas da manhã) e sua exibição aos agentes da Polícia Científica durante o período da tarde (vide fl. 117 *in fine*). Todavia, convenhamos, sobre o tópico acima só há cogitação de que o automóvel fora lavado e suas peças trocadas, porque, afinal, nenhuma prova, nenhum indício fora coligido nesse sentido.

Ainda assim, temos a confissão policial, em que se lê ter ele visto a mulher ali à sua frente, sem tempo de reagir, colhendo o corpo e notando em seguida um solavanco, remanescendo, em juízo, desta primeira descrição, apenas a versão do solavanco (fls. 24/25 e 330/332). De todo o modo, ninguém alegou que efetivamente outro seria o veículo que não aquele apresentado, repetindo que nenhum sinal de violência foi constatado no mesmo, pese a violência da ocorrência que deixou no piso asfáltico não apenas manchas hematóides, como também pelos de animal grudados no leito carroçável. Isso tudo mais as terríveis lesões corporais descritas de passagem à MM Juíza pela testemunha Maria Cristina Stickel Mueller (fls. 249 e 252).

E, para complicar ainda mais o exercício de formação de convencimento, a partir de investigações de d. Neyde Hitomi, filha da falecida Missato Nagata, alcançaram-se os nomes de Mauro Marzochi e Gilberto Felix, descobertos pelo perito assistente contratado pela família da *de cuius* (cf. fls. 119/120 e 133). Trazido diante do Dr. Delegado, Marzochi esclareceu que estava atendendo seu compadre junto ao portão de casa no momento do atropelamento, fazendo questão de consignar não ter visto o condutor do veículo, sendo, de todo modo, a ele possível conferir que o motorista reponsável "*tinha cabelos médios ou compridos, aparentando ser uma mulher*" (fl. 138), ou seja, completamente diferente da figura do réu, que se pode conferir com a leitura de seus documentos pessoais e mesmo assistindo as mídias das audiências.

Esse dado não era de todo novo, porque a filha da vítima, já aqui referida várias vezes, d. Neyde, na delegacia, contou que "*ouviu muitos comentários de populares (...) quem conduzia o veículo era uma mulher*" (fl. 66), indicador que

Acesso ao Sumário

até foi repetido por seu irmão, Fernando Kaoru Nagata (fl. 45): *"(...) de início as informações colhidas eram conflitantes, vez que algumas das pessoas diziam que o motorista do veículo autor do acidente era do sexo feminino (...)*".

Foi nesse momento que a prova sossobrou, neste feito e naquele em que reclamada indenização, daí a transcrição, na abertura da fundamentação, dos reclamos do MM Juiz, Dr. Marco Antonio Botto Muscari.

O apelante confessou (?!), mas retratou-se em juízo com a versão de que lhe fora revelado, anos depois, pelo filho-criança (8 anos), sobre a presença no cenário do crime da tal misteriosa mulher, dado este objetivamente falando jamais confirmado, mas que, de todo o modo, com a chegada ao processo de Gilberto Felix, abriu uma gravíssima dúvida na formação de convencimento deste relator. Tal fonte, destaco, **não foi indicada pela defesa**, mas por Marzochi, morador na região do atropelamento, este descoberto por busca dos familiares da ofendida. E, pelo menos em três vezes, na delegacia e duas em juízo, repetiu que pôde ver que fora uma mulher a atropelante (mídia de fls. 316, 1'25", 1'40", 2'10" e 3'00"). Não se trata de alguém com idade avançada e dificuldades nos sentidos, porque ainda é policial em exercício, lotado no interior, e, pela mídia, deu-nos certeza de sua lucidez, jamais posto sob suspeição por quem quer que fosse nestes autos. Disse que era uma mulher que usava óculos e tinha cabelos encaracolados que desciam até os ombros (mídia de fl. 316, 4'00").

E de Mauro Antonio Marzochi temos como igualmente interessante referir que ele, na delegacia, deu conta da mesma dinâmica que revelaria em juízo, congruentemente ao colega Gilberto, aduzindo ter assistido reportagem televisiva e "estranhado" a apresentação do apelante, pois ele **em nada se assemelhava com o verdadeiro responsável** (fl. 138).

A r. sentença da 4ª Vara Cível do Jabaquara contém a mesma referência, agora de lavra de Gilberto Félix, "*testemunha-chave arrolada por ambas as partes*" e que, ouvido por precatória, sem titubeio, afirmou que a motorista causadora do desatino era uma mulher "*de cabelo encaracolado e com óculos*", ficando "*indignado*" ao saber que "*um homem se apresentara à Polícia (fl. 511)*" (vide fl. 324 deste feito).

Teria o apelante, então, tomado o lugar da verdadeira responsável? Isso não nos foi dado saber.

Para condenar, neste processo, **só existe a confissão policial do apelante**, ato aquele que foi explicado por ele e por sua então advogada, que fizeram considerações acerca dos respectivos comportamentos no distrito, e que a MM Juíza energicamente rechaçou, daí o presente recurso de apelação. Ou seja, não fosse isso (a confissão policial) e a absolvição seria relativamente fácil. De rigor, então, este subscritor repetir, ante o aqui coligido e devidamente esmiuçado, as mesmas indagações que levaram a 35ª Câm. de Direito Privado a também

Acesso ao Sumário

confirmar o *non liquet* atinente à ação indenizatória corrente acerca dos fatos (vide fl. 418):

"(...) Consigna-se que as duas testemunhas presenciais, Gilberto Felix e Maria Cristina Stickel Mueller, que poderiam estabelecer a culpa do réu pelo atropelamento, ao contrário do que foi mencionado na sentença criminal, não reconheceram o demandado como o condutor do veículo. Gilberto estava a menos de três metros do veículo e dificilmente confundiria um homem careca com uma mulher de cabelos encaracolados e até o ombro, entre 30 e 35 anos de idade, conforme descreveu a condutora (vídeo e fls. 514/517). Já Maria Cristina não reconheceu o réu como sendo a pessoa que dirigia o automóvel (fl. 55) (...)".

A tais assertivas agrego que, durante as investigações feitas pelos familiares e mesmo pela testemunha Maria Cristina, o carro de quem atropelou teve suas placas anotadas por quem estava ali, no local, e seriam diversas da do veículo exibido pelo réu, pois que começariam pelas letras FDT ou FTD (fls. 10, 21, 23, 68/69, 76/77, 117 e 137). As do carro do apelante são EEO-0483.

Uma vez lançadas estas considerações, é adequado repetir que, segundo doutrina e jurisprudência, o valor probatório da confissão policial é inegável, porém, **desde que devidamente entrosada com outros elementos de convicção** (arts. 6º, inc. V, 199, 155 e 197, do CPP; mais Eduardo Espínola Filho, in Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 2ª ed., F. Bastos, 1945, vol. II, nº 423, págs. 579-80; Edgard Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, 1969, nº 65, pág. 119, texto e nota 10; José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed. atualizada, Bookseller, 1997, vol. II, ns. 483 e 484, págs. 303-5; Adalberto José Q. T. Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, cap. XVIII, nº 4, pág. 195; RTJ, 81/337, 88/371, 90/750, 93/131, 95/563 e 143/306; RT, 421/267, 426/439, 507/417, 547/396, 549/358-390, 553/423, 569/289, 574/384, 578/374-402, 631/331, 675/395, 681/385, 689/439, 714/401, 715/481, 717/417, 723/636, 724/712, 725/667, 729/583, 742/605-700, 747/653, 752/632, 786/681 e 811/540-642; RJTJESP, 82/401, 84/359, 129/456 e 141/388; JTJ-SP, 169/312 e 228/324; JTACrimSP, 53/251, 56/197, 57/382, 61/242, 63/46, 64/26-293-294 e 66/263; RJDTACrimSP, 15/48, 19/75, 21/137-266, 22/276, 25/479, 29/194, 30/188, 34/526, 35/218-497, 41/235, 44/431, 46/484, 48/218 e 50/110; JCat, 80/560). Este é um critério reiteradamente praticado por este colegiado.

Ademais, em acordo com a norma legal brasileira, a prova policial, que merece todo o respeito, se presta para a formação da *opinio delicti* do Dr. Promotor de Justiça. Acerca dela há de se ter cautela sobre sua aceitação para fins de julgamento do mérito, o que, é óbvio, não faz com que a mesma perca relevância, desde que, repito novamente, **faça coro à prova auferida sob o contraditório.**

Acesso ao Sumário

O contraditório e a ampla defesa, no âmbito do processo criminal, por força de lei, exigem produção de provas perante o Estado-juiz. E para reforçar a relevância de tais complexos axiológicos, remetemos à lição do Min. Gilmar Mendes, do Col. Pretório Excelso, por ocasião do julgamento do HC 91.386/BA, em 19.2.2008.

Observo que a reforma penal deu destaque ainda maior mas ao interrogatório judicial, estabelecendo contraditório pleno sobre o ato e posicionando-o ao final da instrução, indicativo veemente de que a peça é fundamental na busca da verdade real. Esta orientação é reforçada pelo que está posto no art. 155 do CPP, que transcrevo: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)".

A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça renova o estabelecimento daquele parâmetro e outorga critério, confira-se *in* AgRg no Ag 1317430/PE - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - 6ª Turma - DJe 13/08/2012, bem como no AgRg no REsp 51.663/DF - rel. Min. Marco Aurélio Bellizze - 5ª Turma - J. 7.5.2013: é possível a utilização de elementos informativos, mas **quando corroborados por outras provas judicializadas** (*verbis*).

O interrogatório policial, evidentemente colhido em momento de grave emoção, em circunstâncias que o presente voto destaca noutra passagem anterior, se viu, então, isolado em relação a provas coligidas pela **ação dos próprios familiares da ofendida.**

E é adequado que se diga, em sintonia com a lei processual, que o presente julgamento se acha estritamente balizado pelo teor da denúncia ministerial, de sorte que, pese notáveis peculiaridades no exame deste processo, só estamos avaliando a morte por atropelamento de d. Missato Nagata e não outras referências, por mais estranhas que sejam, que, se o caso, ficarão a critério da defesa da sociedade para outro feito.

De todo o modo, a certeza, como estado subjetivo do espírito, obviamente pode não corresponder à verdade objetiva, assim predica Malatesta no seu "A Lógica das Provas em Matéria Criminal (2ª ed., p. 21).

Para determinado juiz a prova de certo processo é enfocada como suficiente para a edição de um decreto condenatório; para outro, ao contrário, a mesma prova se mostra precária para solução diversa da absolvição, sendo difícil então o real significado da efetiva contrariedade à "evidência dos autos".

Mesmo em segunda instância essa realidade encontra ressonância nos acórdão não-unânimes, sendo preciso a convocação de outros juízes da Câmara

Acesso ao Sumário

Criminal, em havendo, por exemplo, interposição de embargos infringentes, para a definição do julgamento, em cuja sessão poderá ainda ocorrer nova divergência, até mesmo entre os dois novos integrantes da turma julgadora, sendo possível reformulação de posicionamento antes assumido, à vista de novos argumentos trazidos.

Fiz esta anotação para deixar destacado o rol de dificuldades para a avaliação de provas controversas e por tal motivo é que o sistema processual dispõe, em prol das partes, recursos sucessivos até que seja possível a formulação da verdade real, exercício para o qual a sociedade desconhecedora das técnicas jurídicas não tem muita paciência e, não raro, disso se ocupa para atirar contra a Justiça pedras de descrédito.

Mas, é assim que as coisas funcionam no âmbito legal.

De todo o modo, é bom que se repita, e desde já concluindo, interpretando a norma do art. 197 do Código de Processo Penal, o Col. Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que "As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, **desde que corroboradas por outros elementos de prova, inclusive circunstanciais**" (STF, 2ª T., Rec. Crim. 1.312/RJ, rel. Min. Cordeiro Guerra, in RTJ, 88/371).

Se o aludido complemento é inconclusivo ou, pior, não vem, se o mais da prova disse que a responsável é uma mulher de cabelos encaracolados que descem até o ombro, a nós só cabe lamentar o desperdício de mais uma vida justa e honesta, orando para que a família enlutada encontre conforto.

ANTE O EXPOSTO, proponho que nossa Câmara Criminal, **DÊ PROVIMENTO** ao recurso do réu, para, nos termos deste voto, absolvê-lo com base no art. 386, VII do Cód. de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000734-45.2015.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante/apelado J.A.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 parcial provimento ao recurso do Ministério Público, afim de aumentar a pena de J.A.S. para 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e negaram provimento ao recurso defensivo, mantendo-se, no mais, a r. sentença guerreada em todos os seus termos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.440)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 22 de março de 2017.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Estupro de vulnerável. Art. 217-A, do Código Penal. Insurgência do Ministério Público, pugnando pela fixação da pena base acima do mínimo legal e majoração em razão da continuidade delitiva. Insurgência do réu, pugnando pela redução da pena por não ser parente da vítima e por ausência da continuidade delitiva, e pela alteração para regime semiaberto. Recurso ministerial parcialmente provido. Recurso defensivo não provido.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação em face da r. sentença condenatória (fls. 185/193) que julgou procedente o pedido inicial, condenando o apelante J.A.S. à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, c.c. art. 226, II, do Código Penal (CP).

Não satisfeito, aduz o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, em síntese, que de rigor a reforma da r. sentença condenatória, a fim de fixar a pena base em patamar acima do mínimo legal e majorar a pena em 2/3 pela continuidade delitiva (fls. 200/222).

Também inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, alegando que de rigor o não reconhecimento da causa especial de aumento de pena do art. 226, II, CP e da continuidade delitiva. Requer, também, a alteração para regime semiaberto (fls. 236/242).

Contrarrazões às fls. 243/248 e 250/255.

Houve manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça no sentido de dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e não provimento ao recurso da defesa (fls. 271/276).

É o relatório.

Consta dos autos, segundo a acusação, que o apelante praticou, no período compreendido entre os anos de 2011 e 2015, em horários incertos, conjunção carnal e outros atos libidinosos, por inúmeras vezes, com a vítima A.C.G.A.S., menor de 14 (quatorze) anos à época dos fatos. O réu era companheiro da avó da vítima, M.J.O.S.

De acordo com depoimento dado pela vítima, o réu, aproveitando-se das

Acesso ao Sumário

oportunidades em que ficava sozinho com a ofendida, passou a manter relações sexuais com ela, praticando quase diariamente conjunção carnal e outros atos libidinosos, sempre sob a ameaça de ceifar a vida de sua avó. Em sede policial o réu confessou a prática dos atos. A vítima residia com o acusado, que exercia autoridade sobre ela.

Importante ressaltar que, apesar de não se recordar exatamente quantas vezes ocorreram os fatos, a vítima menor apresentou a mesma narrativa, tanto na delegacia, quanto em juízo, de maneira objetiva e sem acrescentar nada, fato este que afasta qualquer dúvida quanto a uma possível invenção nos acontecimentos descritos.

Além disso, o depoimento se deu 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. Assim sendo, nesse caso, a palavra da vítima se reveste de alto valor probante e é suficiente para demonstrar a autoria do crime.

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).

Sendo assim, bem delineadas a autoria e a materialidade do delito, a controvérsia aqui gira em torno da aplicação da pena base em seu mínimo legal considerou-se na r. sentença que deveria ser aplicada a pena base no mínimo legal – levando em conta as circunstâncias do art. 59 do CP.

No entanto, em que pese o inconformismo do Ministério Público, com razão o entendimento do i. magistrado *a quo* no tocante a fixação da pena base.

No caso, não existem motivos para que seja fixada a pena acima do mínimo legal, uma vez que os eventuais danos que possam ser causados a vítima já estão abarcados pelo próprio tipo penal, pois o legislador determina o quanto de pena visando as circunstâncias e consequências do crime. E, embora grave, nesse caso, o delito foi cometido nos padrões normais, não havendo razão para se elevar a pena base.

Pugna o Ministério Público, ainda, para o aumento da pena no tocante à fração aplicada para a continuidade delitiva.

Assiste razão ao *Parquet*, considerando-se que, pelo o que foi apurado

Acesso ao Sumário

nos autos, não há certeza acerca da quantidade de vezes em que a vítima sofreu abuso sexual por parte do acusado. Portanto, é o caso de se aumentar a pena, na fração de 2/3 (dois terços). Isso porque, conforme entendimento recente do C. Superior Tribunal de Justiça, proferido em caso análogo, inexistindo certeza do número exato de infrações cometidas, mas havendo certeza de que foram praticadas *muitas* vezes, e por longo período, totalmente cabível a majoração no patamar máximo. Confira-se:

> ***"Esta Corte tem decidido que, "em regra, a escolha da quantidade de aumento de pena em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva considera o número de infrações praticadas pelo agente".***
>
> ***Porém, "na hipótese de crimes sexuais em que os episódios ocorrem durante longo período, não é viável exigir a quantificação exata do número de eventos criminosos"*** (AgRg no REsp 1.281.127/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014; AgRg no AREsp 455.218/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014).
>
> ***Tendo sido constatada pelas instâncias inferiores "a ocorrência de diversos crimes da mesma natureza por mais de dois anos", é adequado o aumento da pena pela continuidade delitiva (CP, art. 71) no patamar de 2/3 (dois terços)"*** (HC nº 311.146/SP, C. 5ª Turma, Rel. Min. Newton Trisotto, j. 17/03/2015).

Assim, a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal de 08 (oito) anos de reclusão.

Na segunda fase, mesmo presente a atenuante pelo fato de o acusado contar com mais de 70 (setenta) anos, deixo de diminuir a pena, que já se encontra no mínimo legal.

Na terceira fase, a pena deve ser aumentada em 2/3 (dois terços), tendo em vista a continuidade delitiva, perfazendo um total de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Além disso, presente a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, II, CP, aumento a pena em ½ (metade), tornando-a definitiva em **20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado.**

Desacolhe-se o pedido da defesa no sentido de que seja fixado regime diverso do fechado, em razão da quantidade de pena imposta e pela gravidade da conduta realizada pelo réu, além do fato de que a pena aplicada não permite, nos termos do art. 33, § 2º, do CP, regime diverso.

A causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, CP, deve ser aplicada, apesar do pleito defensivo, tendo em vista que o réu era companheiro da avó da vítima, e com ela vivia desde que esta era ainda um bebê, tendo sido criada desde sempre pela avó e pelo réu, tendo em vista que seu pai está encarcerado e

Acesso ao Sumário

não há notícias do paradeiro da mãe há muitos anos.

Por fim, a continuidade delitiva deve ser reconhecida tendo em vista que, considerando a narrativa da vítima, tem-se que o estupro de vulnerável se deu por diversas vezes durante o lapso temporal de 04 (quatro) anos.

A respeito vale menção ao entendimento recente do C. STJ:

> ***"Esta Corte tem decidido que, 'em regra, a escolha da quantidade de aumento de pena em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva considera o número de infrações praticadas pelo agente'. Porém, 'na hipótese de crimes sexuais em que os episódios ocorrem durante longo período, não é viável exigir a quantificação exata do número de eventos criminosos' (AgRg no REsp 1.281.127/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014; AgRg no AREsp 455.218/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014). Tendo sido constatada pelas instâncias inferiores 'a ocorrência de diversos crimes da mesma natureza por mais de dois anos', é adequado o aumento da pena pela continuidade delitiva (CP, art. 71) no patamar de 2/3 (dois terços)"*** (HC nº 311.146/SP, E. 5ª Turma, Rel. Min. Newton Trisotto, j. 17.3.2015).

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público, afim de aumentar a pena de J.A.S. para 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso defensivo, mantendo-se, no mais, a r. sentença guerreada em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0781953-48.2009.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LAIS CHRISTINA DOS SANTOS MÉDICI.

ACORDAM, em 2ª 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 6.332)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 27 de março de 2017.

Acesso ao Sumário

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Crime contra a incolumidade pública – Alteração de produto destinado a fins terapêuticos – Artigo 273, §1º B, I, c.c. artigo 29, do Código Penal Sentença absolutória – Recurso ministerial pleiteando a condenação nos termos da exordial – Impossibilidade – Ausência de materialidade delitiva – Não demonstração de que os produtos apreendidos eram considerados medicamentos – Essências florais – Necessidade de demonstração inequívoca – Manutenção da decisão – Absolvição como correta resposta à prova dos autos – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta em face da sentença de fls. 340/343, que julgou improcedente a ação penal e absolveu Laís Christina dos Santos Medici e Gilberto Sampaio Sardinha Pinto da prática do crime previsto no artigo 273, parágrafo 1º, B, c.c. artigo 29, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Irresignada, recorre a Justiça Pública, pleiteando a condenação dos réus nos exatos termos da inicial (fls. 347/353).

Ofertadas contrarrazões (fls. 360/365), a i. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 370/372).

É o relatório.

2. Em que pese o esforço do ilustre representante do *Parquet*, inviável a condenação dos recorridos.

Consta da inicial acusatória que no dia 28 de maio de 2009, no estabelecimento denominado "Instituto Ser Pleno Florais Terapia Holística e Eventos Ltda", Lais Christina dos Santos Medici e Gilberto Sampaio Sardinha Pinto, agindo com identidade de propósitos, tinham em depósito e expuseram a venda produtos fitoterápicos de procedência ignorada e sem registro no órgão de vigilância sanitária competente.

Segundo apurado, na data dos fatos a Secretaria de Vigilância Sanitária da Comarca de São José dos Campos recebeu denúncia via internet dando conta de que a referida empresa, de propriedade dos acusados, não possuía autorização da Anvisa para funcionamento, exercendo suas atividades de forma clandestina e fora dos padrões de higiene, armazenamento e conservação das mercadorias.

Acesso ao Sumário

Diante disso, agentes da Vigilância Sanitária Municipal, juntamente com um engenheiro da Vigilância Sanitária Estadual, rumaram para o local, logrando apreender uma grande quantidade de produtos fitoterápicos mantidos em depósito para venda e constatando que a empresa não possuía licença para funcionamento, manipulando e comercializando diversos produtos terapêuticos e medicinais sem o devido registro perante o órgão competente do Ministério da Saúde. Além disso, a maioria dos produtos não apresentava em rótulo e embalagem os quesitos exigidos pela legislação vigente. Outrossim, os acusados se intitulavam "terapeutas" e pesquisadores.

Julgado e processado, ao final da instrução, o MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedente a ação, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, por considerar ausente a materialidade delitiva, nos seguintes termos:

> **"... Não há subsídio que permita concluir pela tipicidade, formal ou material, do fato imputado aos réus: consta que as substâncias apreendidas seriam essências florais, todavia, não foram elas submetidas a exames químicos-toxicológicos; a ANVISA emitiu entendimento técnico no sentido de que essenciais florais não são produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais; o conceito de produto medicinal ou terapêutico, no âmbito criminal, é norma penal em branco, dependendo, portanto, de regulamentação, não se podendo pretender que a definição fique ao alvedrio do intérprete, nem mesmo do julgador; vale ressaltar que os fatos podem, inclusive, ter caracterizado infrações no âmbito administrativo, o que não significa tenha ocorrido a hedionda prática descrita na denúncia"** (fls. 342/343).

Com razão o Magistrado sentenciante.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa – tem como uma de suas funções regulamentar a produção de todos os medicamentos e insumos farmacêuticos, dentre eles os fitoterápicos, além de fiscalizar as indústrias produtoras de medicamentos, tudo com vistas a proteger e promover a saúde pública.

Ocorre que o documento de fls. 104/105 menciona que essências florais não constituem matéria submetida ao regime de Vigilância Sanitária, pois tais produtos não se enquadram no conceito de medicamento, drogas ou insumos farmacêuticos.

De fato, cabe a empresa responsável pela produção e comercialização desses produtos atender aos padrões de qualidade mínimos para o consumo adequado da substância. E, na comercialização, não poderão apresentar qualquer espécie de indicação terapêutica com finalidade preventiva ou curativa, na qual

Acesso ao Sumário

induza o consumidor final a erro ou confusão.

No caso vertente, constata-se que o produto identificado como "gripe suína" possui dados manuscritos sem outros informes, além da apreensão de um colírio sem data de fabricação. Todavia, a suposição de impropriedade dos produtos em questão não se presta para sustentar uma condenação no âmbito criminal, nada impedindo, porém, a responsabilização em outras esferas.

Assim, não comprovada a materialidade delitiva, de rigor o ***non liquet*** quanto a essa imputação.

Assim, a absolvição dos apelados foi a correta resposta às provas dos autos.

3. Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006628-79.2015.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante DOUGLAS EVAIGUES ALVES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM a matéria preliminar, e no mérito NEGARAM PROVIMENTO ao apelo, mantendo a r. sentença tal qual lançada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.560)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 28 de março de 2017.

EDISON BRANDÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – RECEPTAÇÃO, POSSE IRREGULAR DE ARMAS e ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO – Preliminar – Nulidade – Alegação de ausência de laudo pericial completo no tocante ao delito previsto no art. 311 do CP – Inadmissibilidade – Laudos periciais que foram completados com a confissão do acusado – Delito configurado – Preliminar rejeitada. No mérito – Absolvição – Impossibilidade – Autoria e materialidade delitivas comprovadas – Alegação

de o réu que não tinha conhecimento da origem ilícita do bem – Inadmissibilidade – Negativa de autoria isolada nos autos – Depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante, são provas idôneas para a condenação – Aplicação do princípio da consunção entre os delitos de receptação e de falsa comunicação de crimes – Inviabilidade – Delitos autônomos – Penas fixadas corretamente, as quais são mantidas – Reconhecimento da delação premiada – Não cabimento – Regime inicial semiaberto – Alteração – Impossibilidade – Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito – Inadmissibilidade – Recurso defensivo improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 263/268 que condenou o réu **DOUGLAS EVAIGUES ALVES DA SILVA** por infração ao art. 12, **caput**, da Lei nº 10826/03, a cumprir 01 ano de detenção e ao pagamento de 10 dias-multa; por infração ao art. 180, **caput,** do Código Penal, as penas de 01 ano de reclusão, além do pagamento de 10 dias-multa e, por infringir ao artigo 311, **caput**, c.c. art. 71, caput, ambos do CP, à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão e ao pagamento de 11 dias-multa, na forma do art. 69 do Código Repressivo, todos a iniciar em regime semiaberto.

Narra a denúncia, que no dia 16 de setembro de 2015, por volta das 20h22min, na Avenida 29, nº 465, casa 1, na cidade de Barretos, o réu manteve sob sua guarda 01 arma de fogo calibre 40 e munições de uso permitido, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e recebeu, em proveito próprio, duas caminhonetes, que sabia ser produto de crime, bem como adulterou sinal de veículo de seu componente ou equipamento.

Inconformado, apela o réu buscando, preliminarmente, a nulidade do processo por ausência de laudo pericial no tocante ao delito previsto no art. 311 do CP ou sua absolvição nos termos do art. 386, III, do CPP. No mérito, requer sua absolvição alegando, em síntese, ausência de provas para sustentar o decreto condenatório. Alternativamente, pleiteia a aplicação do princípio da consunção, o reconhecimento do instituto da delação premiada, redução da pena imposta, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 321/326).

Contrarrazões, fls. 328/332.

A D. Procuradoria Geral de Justiça é pela rejeição da preliminar, e no mérito, pelo não provimento do apelo. (fls. 341/350).

Acesso ao Sumário

Relatei.

A preliminar levantada pela douta defesa não pode ser acolhida.

Isto porque, ao contrário do afirmado pela defesa, a materialidade do delito previsto no artigo 311 do CP restou comprovada, eis que foram juntados aos autos os laudos periciais de fls. 196/200 e 201/206 que comprovaram a remarcação da numeração do chassi, bem como a falsidade das placas que estavam acopladas aos veículos de origem ilícita.

O laudo pericial de fls. 193/195 foi realizado sobre peças próprias para gravações e letras e/ou números em baixo relevo em superfícies metálicas, peças que podem ser utilizadas para adulteração de algarismos de chassi e de motor de carros.

Por outro lado, embora nos laudos não constem a juntada de fichas de montagem dos veículos, fichas estas que atestam as características originais do carro e que servem de guia para uma resposta categórica e segura na consecução e conclusão dos exames, não se pode falar que os referidos laudos são incompletos, eis que os peritos limitaram a realizar o exame nas placas de identificação nos veículos e constataram as adulterações, portanto, sendo já o suficiente para configurar o delito previsto no art. 311, do CPP.

Além disso, o acusado confessou em Juízo que havia feito adulterações de placas e chassis nos veículos.

Assim, os laudos periciais foram completados com a confissão do acusado e pelas demais provas dos autos.

Desse modo, não se pode falar na ocorrência de alguma nulidade e tampouco em absolvição, eis que ficou realmente comprovada nos autos, a materialidade delitiva de tal crime, portanto, rejeito a preliminar.

No mérito, o recurso defensivo não merece provimento.

A materialidade e a autoria dos delitos são incontestes, conforme auto de prisão em flagrante (fls. 02/13), boletim de ocorrência (fls. 25/29), auto de exibição e apreensão (fls. 30/32), auto de exibição, apreensão e recolha (fls. 33/34), laudo pericial da arma (fls. 70/71), laudos periciais (fls. 185/186, 189/190, 194/195, 196/200 e 201/206), e pela prova oral.

Acesso ao Sumário

O réu, na Polícia, preferiu o silêncio (fls. 13).

Em Juízo, ao ser interrogado, confessou a prática dos crimes imputados a ele, confirmando que foi encontrada pela polícia no interior de sua casa, uma arma calibre 38, sem registro, e 40 munições, sendo que ambas eram de sua propriedade e herança de família. Confirmou ainda que as caminhonetes que estavam em sua posse foram passadas pelos próprios proprietários, Alexandre e Osvaldo, pois eles iriam fazer o seguro e depois tinham que sumir com elas. Confirmou também que os policiais encontraram uma placa de um veículo

que lhe pertencia. Afirmou que recebeu as caminhonetes dos donos, sendo que a primeira pertencia a Osvaldo, tal caminhonete havia sido batida e foi a primeira que o funileiro arrumou, sendo que foram trocadas suas placas. Com relação à outra caminhonete foi passada por Alexandre, proprietário de um açougue, e explicou ter recebido tal caminhonete, pois já estava na posse da outra. Relatou que arrumou as caminhonetes, pois estavam batidas e não tinha nenhuma intenção em fazer algo com elas. Contou que as caminhonetes eram asseguradas e foram deixadas pelos seus proprietários, pois eles iriam receber os valores dos veículos, após queixa de furto. Acrescentou que uma delas trocou as placas, bem como adulterações dos chassis foram realizadas com os kits de pinos apreendidos em sua casa (CD ROM de fls. 149 e 167/172v).

A sua confissão está em harmonia com as demais provas nos autos.

O policial militar Paulo Sergio da Silva, ouvido em Juízo, declarou ter sido acionado por um funcionário de uma empresa de rastreamento de veículos, o qual o informou que pelos indicativos de seu controle havia um veículo furtado no interior da oficina. Contou que o proprietário da oficina foi localizado, conhecido como ‘’Branco’’, ocasião em que foi aberta e foram localizadas no seu interior uma das caminhonetes que apresentava placas adulteradas, bem como o chassi, sendo informado que tal carro estava para reparos. O proprietário do estabelecimento forneceu o endereço do réu, eis que ele seria a pessoa que havia deixado o veículo para os tais reparos. Em diligência pelo endereço fornecido fora encontrada outra caminhonete na posse do acusado, que após pesquisas também se confirmou ser produto de furto, e que também se encontrava com as placas adulteradas. Além das caminhonetes foram encontrados três conjuntos de pinos de ferro com sequências de letras e de números, sendo um grande, um médio e um pequeno, material próprio para a remarcação de chassis, e também uma arma (CD ROM de fls. 145 e fls. 160/161).

Assim, o policial prestou depoimentos harmônicos e precisos, sendo que contou minuciosamente como se deu toda a abordagem, revelando detalhes da ação desde o inquérito policial até sua oitiva em juízo, sob o crivo do contraditório.

Além disso, os depoimentos destes profissionais estão revestidas de fidedignidade, pois são funcionários do Estado, vocacionados no importante dever de proteção da população e investigação de crimes.

No mais, não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

> *“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos,*

Acesso ao Sumário

por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência." **(HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).**

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

"A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que nada se lhes oponha de valia há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar, e nada menos, a própria prisão." **(RJTJESP – 136/477).**

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Em sendo assim, tal depoimento reveste-se de inquestionável eficácia probatória, principalmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório; não havendo provas de que teriam o único intuito de incriminar pessoa inocente (ônus da defesa).

O proprietário da oficina, Reinaldo Alves, ouvido em Juízo, disse que o réu apresentou-se como sendo o proprietário da caminhonete e a deixou em sua oficina, ocasião em que forneceu seu endereço para que fosse avisado quando os reparos ficassem prontos, sendo que tal endereço foi fornecido pela polícia. Contou que em razão disso o acusado foi localizado (CD ROM de fls. 149).

O funcionário da empresa de rastreamento, Marcelo Alcassa Gonçalves, ouvido em Juízo, confirmou que trabalhava para a Empresa Tracker. Disse que, no dia dos fatos realizava o rastreamento de uma caminhonete de cor preta, quando acionou a polícia para realizar uma averiguação, haja vista que o rastreamento apontava para uma oficina de funilaria localizada na Rua 14, nº 01245. Confirmou que o veículo furtado (caminhonete de cor preta) foi encontrado no interior de tal oficina, sendo que ela estava com as placas de Atibaia, e havia sido deixada lá por um rapaz de nome Douglas. Relatou que estava na Delegacia quando chegou lá o acusado que foi preso, bem como outra caminhonete, arma, documentos, material próprios para remarcação de chassis e outros objetos (CD ROM de fls. 232).

Acesso ao Sumário

As testemunhas de defesa arroladas pelo réu em nada contribuíram com

os fatos, pois limitaram a falar da vida pregressa do acusado (CD ROM de fls. 149).

Pois bem.

Extrai-se do conjunto probatório que os fatos se deram nos exatos termos da denúncia.

Com relação ao crime de posse de arma de fogo, as provas produzidas nos autos são suficientes para apontar a responsabilidade criminal ao réu, em virtude do depoimento do policial, bem como em razão de o próprio réu ter admitido a posse da arma de fogo e das munições em sua casa, razão pela qual sua conduta se coaduna com o tipo descrito no artigo 12 da Lei 10826/03.

Anote-se que o fato de tal arma e munições serem objetos de herança, não exclui sua responsabilidade, eis que cabia ao réu ter providenciado a respectiva regularização, o que não ocorreu, portanto, sua condenação era medida que se impunha.

Do mesmo modo, em que pesem os argumentos defensivos, a condenação do réu pelo crime de receptação era medida de rigor, pois ficou claro nos autos que ele recebeu e mantinha em seu poder as caminhonetes e tinha ciência que seus verdadeiros proprietários iriam comunicar falsamente a ocorrência de furto, bem como tinha ciência que iriam fraudar o seguro.

Portanto, a prova da ciência da origem ilícita do bem é extraída da própria conduta do agente e das circunstâncias da infração que cometeu. Neste sentido:

> *"O dolo específico constante no art. 180, caput, do CP, vazado no conhecimento prévio da origem criminosa da res, deve ser auferido através do exame de todas as circunstâncias que cercam o seu recebimento ou do exercício da posse propriamente dita." (TACRIM-SP, rel. Ribeiro dos Santos, BMJ 86/15).*
>
> *"A prova do conhecimento da origem delituosa da coisa, no crime de receptação pode extrair- se da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração." (TACRIM-SP, rel. Nogueira Filho, JUTACRIM 96/240).*

Ademais, sabe-se que na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova. Nesse sentido:

> *"Na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca, assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se a presunção em certeza, autorizando, assim, a condenação."* (TACRIM – SP – RT 746/629).

Não tendo ele, com efeito, apresentando versão verossímil para a posse do produto de origem espúria, como lhe cabia fazer, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, fica evidente a configuração do elemento subjetivo

Acesso ao Sumário

do tipo (dolo).

Dessa maneira, ao contrário do afirmado pela douta defesa, a condenação do acusado como incurso nas penas do art. 180, *caput*, do Código Penal é medida de rigor e deve prevalecer, eis que ficou patente o dolo em sua conduta.

Por sua vez, incabível o reconhecimento do princípio de consunção, entre os delitos de receptação e de falsa comunicação de crimes, pois conforme asseverou o douto Procurador de Justiça em seu r. Parecer: *"o pedido de reconhecimento do princípio da consunção, entre os crimes de receptação e de falsa comunicação de crime, este não pode ser acolhido. Isso porque, eventual delito praticado pelos proprietários das caminhonetes é autônomo em relação ao delito praticado pelo apelante. Aliás, o fato de ter sido praticado este crime anterior é pressuposto para o reconhecimento do crime de receptação aqui analisado, uma vez que é necessário que o bem receptado seja produto de crime" (fls. 348).*

Por fim, a condenação do réu pela prática do crime previsto no artigo 311 do CP era medida que se impunha, pois além de sua confissão restou comprovada a materialidade delitiva de tal crime, conforme já explicitado, tendo em vista que adulteração de chassi e também troca de placas originais por outro, sendo o suficiente para configurar o crime previsto no art. 311, do CP.

Com relação dosimetria penal, a r. sentença não merece reparo.

O douto Magistrado atento ao artigo 59 do Código Penal fixou a pena-base de todos os crimes em seu mínimo legal, a desmerecer, pois, qualquer alteração.

Na segunda fase, apesar da reincidência do réu, tal agravante foi compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea, ficando as penas mantidas.

Por sua vez, não se pode falar em diminuição da pena ao acusado em virtude da chamada delação premiada, eis que não ocorreu a colaboração voluntária do réu, apesar de sua confissão na fase judicial. Todavia, não se pode falar que suas declarações contribuíram no desfecho da ação penal, pois os veículos foram localizados não em razão da conduta do apelante, mas sim por meio de investigações. Além disso, o réu não forneceu informações sobre o esquema de dublagem de veículo que provavelmente deve fazer parte, já que a sua alegação de que foram fatos isolados e que não sabia o que iria fazer com as caminhonetes não convence.

Desse modo, não houve delação premiada e sim confissão espontânea que foi considerada na fixação da reprimenda e resultou na manutenção em seu piso mínimo.

Com relação ao delito previsto no art. 311, do CP, tendo em vista ser duas as infrações apuradas, em continuidade, as penas foram acertadamente

Acesso ao Sumário

aumentadas em 1/6, a teor do art. 71 do CP, resultando em 03 anos e 06 meses de reclusão e 11 dias-multa.

O regime inicial fixado foi o semiaberto, nada a ser modificado, eis que o acusado é reincidente, portanto, sendo o único compatível com as condutas praticadas pelo meliante, eis que merece ter uma efetiva punição estatal.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, eis que o réu não preenche os requisitos subjetivos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Posto isto, **REJEITO** a preliminar, e no mérito **NEGO PROVIMENTO** ao apelo, mantendo a r. sentença tal qual lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012877-52.2012.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado NILSON DE ANDRADE E SILVA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.209)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. MINISTÉRIO PÚBLICO APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL (*FACTORING*). Imputação do delito capitulado no artigo 168, "caput", do Código Penal. Sentença absolutória. Artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Recurso ministerial objetivando a procedência da ação. Irresignação não acolhida. Atipicidade da conduta. A composição entre as partes, antes de oferecida a denúncia, afasta a natureza criminosa do fato, transformando-se em

Acesso ao Sumário

obrigação meramente civil. Responsabilização penal. Impossibilidade. Sentença absolutória mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. sentença (fls. 259/260) que julgou improcedente a ação penal, absolvendo NILSON DE ANDRADE E SILVA da imputação relativa à prática do delito capitulado no artigo 168, *caput*, do Código Penal, por lhe carecer tipicidade, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorre o Ministério Público, pleiteando o provimento do recurso pelo reconhecimento da imputação formulada na petição inicial (fls. 265/269).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 278/280), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção do julgado (fls. 288/290).

É o breve relatório.

Conheço do recurso, presentes as condições de procedibilidade para, no mérito, negar-lhe provimento.

Tratam os autos da prática, em tese, do delito previsto no artigo 168, *caput*, do Código Penal, por NILSON DE ANDRADE E SILVA, que teria nos dias 17 de maio e 10 de junho de 2011, em horário incerto, na cidade e Comarca de Jacareí, se apropriado das quantias de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) e R$ 3.000,00 (três mil reais), respectivamente, pertencentes à empresa *Supercred Fomento Mercantil*, atual *Realce Factoring Ltda*., representada por *Milton Moraes Palmanhani.*

O apelado é representante jurídico do estabelecimento comercial denominado *Empreserv Mult Envase Comércio e Manutenção Ltda.-ME*, que havia realizado negócio jurídico de prestação de serviços com terceira empresa, *Indústria de Laticínios Murici Ltda*., com emissão da respectiva duplicata, objeto de contrato de fomento mercantil (*factoring*) com a *Supercred Fomento Mercantil*, atual *Realce Factoring Ltda*., representada pela vítima *Milton Moraes Palmanhani.*

Consoante o contrato entabulado, a empresa de NILSON DE ANDRADE E SILVA (*Empreserv*) deveria transferir à de fomento mercantil (*Supercred*), a titularidade de seus créditos no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) que teria junto à *Indústria de Laticínios Murici Ltda*., cedendo-lhe a respectiva duplicata com data de vencimento para o dia 23 de maio de 2011, tirada da nota fiscal de prestação de serviços n. 119 (fls. 23), em contrapartida do valor que lhe seria adiantado pela empresa de fomento mercantil. Com efeito, foi celebrado o

aditivo contratual n. 003/17 (fls. 21), no dia 13 de abril de 2011, com vencimento em 25 de maio do mesmo ano, figurando como sacado a *Indústria de Laticínios Murici Ltda*.

No afã de garantir o pagamento do aditivo, representado pela duplicata, o acusado emitiu um cheque no valor correspondente de R$ 7.000,00 (sete mil reais), nominal a *Supercred Fomento Mercantil* (fls. 24).

No entanto, alcançada a data do vencimento do título, e a despeito de já ter recebido a quantia que lhe foi adiantada pela vítima, a empresa do acusado, sob o argumento de que não havia logrado a conclusão dos serviços prestados à empresa sacada (*Laticínios Murici*), solicitou à credora (*Supercred*) a prorrogação do vencimento da dívida; e assim se sucedeu por mais de uma oportunidade, obrigando a empresa-vítima descontar o cheque-caução no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), que não foi compensado por insuficiência de fundos; o fato ensejou o registro do boletim de ocorrência pelo prejudicado.

Nessa dinâmica dos acontecimentos, controverte o Ministério Público acerca da existência de provas suficientes da materialidade e autoria para o juízo condenatório pela prática da apropriação indébita.

O MM. Juízo de origem se convenceu da inexistência de tipicidade formal do fato que sustentasse a procedência da ação penal, isso porque muito embora tenha a vítima declarado que NILSON DE ANDRADE E SILVA se apropriou de valores pertencentes à sua empresa de fomento mercantil, o fato é que o cheque por ele dado em garantia à credora, devolvido por insuficiência de fundos, foi objeto de execução no MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Jacareí (Processo n. 292.01.2012.008356-7 – Ordem 895/2012), de que decorreu o respectivo acordo homologado judicialmente, descaracterizando o ilícito penal.

A vítima, *Milton Moraes Palmanhani*, confirmou ser proprietário de empresa de fomento mercantil e o apelado, seu cliente, por diversas vezes lhe solicitou que adiasse a data do vencimento da dívida de R$ 7.000,00 (sete mil reais), alegando ainda não teria recebido a quantia referente aos serviços prestados à *Laticínios Murici*. O cheque dado em garantia não foi compensado por insuficiência de fundos e, após algum tempo do registro da ocorrência na Polícia, foi realizado o acordo judicial, devidamente honrado pelo devedor (mídia digital às fls. 212).

A testemunha *Edvânia Machado da Silva*, funcionária da *Laticínios Murici*, afirmou desconhecer os fatos, embora tenha mencionado a existência de cobrança a respeito de algum serviço prestado pelo acusado, cuja eventual correlação com os fatos narrados na denúncia não soube informar (fls. 155).

E as testemunhas *Thiago Sebastião Omena* e *Aloísio Ernani Torres de Oliveira* não se recordaram dos fatos narrados (fls. 156 e 159).

Acesso ao Sumário

Com efeito, do conjunto probatório não se extrai elementos suficientes que autorizem a procedência da ação, cujas provas, ressalvada e respeitada a orientação do combativo Promotor de Justiça, não foram capazes de confirmar a tipicidade dos fatos.

Mesmo com o recebimento dos valores decorrentes do contrato de fomento mercantil, cujo objeto original foi a cessão da duplicata de prestação de serviços; antes mesmo do oferecimento da denúncia, o título de crédito foi substituído pelo cheque-caução que instruiu a ação de execução apresentada no Juízo Cível, de que resultou o acordo judicial devidamente homologado e cumprido por NILSON DE ANDRADE E SILVA (fls. 42/43, 103/104 e 114), descaracterizando o ilícito penal.

Portanto, em que pese entendimento em sentido contrário, houve mero descumprimento de obrigação contratual dirimido na esfera cível, porquanto ausente a demonstração de que o apelado agiu com o dolo específico de reter os valores como se a ele pertencessem, sem a intenção de restitui-los.

Anoto, por oportuno, o delito de apropriação indébita se caracteriza pela inversão da posse do bem que foi confiado ao agente pelo próprio ofendido, sendo indispensável o propósito de não restituí-lo.

Como observado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, *(...) o pagamento do valor da duplicata pela empresa de laticínios diretamente à empresa do apelado, que não repassou o seu montante ao factoring, em nada incriminou o representante dessa última, vez que o objeto do contrato de fomento mercantil era, como visto, sem sombra de dúvida, o cheque, tanto é que o acordo judicial foi realizado em ação de execução da cártula e não da duplicata* (*sic*, fls. 290).

Diante de tal quadro, forçoso reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao apelado nos moldes em que operado na origem, perfilhando-se o entendimento de que a composição entre as partes, antes de oferecida a denúncia, afasta a natureza criminosa do fato, transformando-se em obrigação meramente civil.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, a propósito, o extinto Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo afiançou: *em se tratando do delito de apropriação indébita, a devolução do bem, o ressarcimento do prejuízo ou a composição entre o acusado e a vítima, antes da denúncia, exclui o dolo, deixando de haver justa causa para o prosseguimento da ação penal*. (RJD 11/47, Rel. Juiz Ricardo Lewandowski).

Na mesma linha, decidiu que o *inadimplemento de uma obrigação contratual assumida, por si só, é modalidade de ilícito que não invade a área penal, ficando circunscrita ao âmbito civil. Para que se possa falar em ilícito penal, necessário se torna que o contrato tenha sido obtido por meio fraudulento, por via de um engodo aplicado, e com revelada intenção, desde o*

início, de não ser cumprido. (TACRIM/SP JTACRIM 51/405).

Outra não foi a solução adotada no v. acórdão proferido pela Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal, deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *APROPRIAÇÃO INDÉBITA - Preliminar de prescrição afastada - Crime que se caracteriza pela inversão da posse. Contrato de prestação de serviços de leiloeiro. Negociações anteriores. Débito do réu com as instituições financeiras. Retenção dos valores recebidos no leilão. Tentativas de acordos frustradas. - Réu que admite não ter repassado o produto do leilão. Descumprimento do contrato por parte do réu Ilícito civil. Ausência de prova do dolo do tipo penal. Absolvição que se impõe. Recurso provido.* (TJSP Ap. Crim. nº 0013287-07.2006.8.26.0071, Rel. Des. Newton Neves j. 28/1/14).

Nesse panorama, não existem fundamentos fáticos e jurídicos para sustentar a procedência da ação penal ante a ausência de dolo na conduta, de sorte que, em consonância com a principiologia que orienta a interpretação do Código Penal, mantenho a absolvição com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, solução que mais se afigura adequada para a espécie.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016330-72.2009.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOÃO ALBERTO LANGER.

ACORDAM, em 9ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.293)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2017.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ARTIGO 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06 – ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU –

Acesso ao Sumário

APLICAÇÃO DO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONFIGURAÇÃO – INOCORRÊNCIA – INDÍCIOS E PRESUNÇÕES DO COMETIMENTO DO DELITO – INSUFICIÊNCIA CONTRA O APELADO – AUSÊNCIA DE PLENA CORRESPONDÊNCIA COM OUTROS SEGMENTOS PROBATÓRIOS – INCERTEZA DA AUTORIA – CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO DO *PARQUET* IMPROVIDO.

VOTO

O Representante do Ministério Público interpôs apelação contra a r. sentença de fls. 887/893 (vol. 5), que julgou improcedente a presente ação penal, absolvendo **João Alberto Langer** da imputação de infringência do delito do artigo 33, "***caput***", c.c. o artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, pleiteia o Ministério Público a reforma da sobredita r. sentença, alegando, para tanto, em resumo, que "*restou demonstrado nos autos que o acusado JOÃO LANGER foi o mentor do crime, vez que forneceu as linhas telefônicas, pagou a passagem e, entregando a droga à ré Damaris, monitorou todo o seu trajeto e fez contato com a pessoa que receberia o entorpecente",* pois o *"conjunto de elementos probatórios, analisados de forma contextual e imbricada, formam arcabouço robusto o suficiente para a procedência integral da increpação repudiada pelo julgador* a quo" (fls. 897; razões, fls. 902/908, vol. 5).

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 940/954, vol. 5), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado no sentido do provimento do recurso interposto (fls. 959/962, vol. 5).

É o relatório.

O recurso não prospera.

A instrução probatória não conseguiu demonstrar a imputação assacada contra o apelado João Alberto Langer, de violação do artigo 33, "***caput***", c.c. o artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29 do Código Penal.

Com efeito.

Na hipótese em tela, em estrita observância do princípio constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, inciso LXXVIII) e do princípio

Acesso ao Sumário

constitucional da eficiência (CF/88, artigo 37), alinhado com o pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal (ED ARE nº 723.254/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 14.04.2015, *DJe* 84; STF, AgR ARE nº 727.030/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 19.11.2013, *DJe* 237; QO-RG AI nº 791.292/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 23.06.2010, Repercussão Geral – Mérito, *Ementário* 2410-6/1289), assim como o permissivo do artigo 252 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aplica-se a técnica da fundamentação "***per relationem***", pela qual o Magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior, em vista da constatação de a r. sentença ter examinado percucientemente todos os elementos do conjunto fático-probatório:

"No dia 16.07.2008, por volta das 17:30 horas, na Rodovia Raposo Tavares, km 561, nesta cidade e comarca, Damaris Mayara Sierra viajava no coletivo da empresa 'Planalto Transportes Ltda.', que fazia a linha Cascavel a Formosa, e transportava duas bolsas contendo 13,248 kg de haxixe.

Damaris informou que recebeu a droga em Ponta Porã, seguiu para Amambai e depois para Cascavel, onde tomou o coletivo. Informou que desembarcaria em Brasília, onde entregaria a droga.

Informou ainda que receberia R$3.500,00 pelo transporte da droga.

Todos esses fatos foram relatados por Damaris em seu interrogatório judicial.

O laudo pericial de exame químico de entorpecente comprovou o haxixe 'pesava 13,248 kg e as análises físico-químicas realizadas no material revelaram resultado POSITIVO para thc – (tetrahidrocanabinol), substância listada em Portaria 344/1998 SVS/MS – Lista 2 (Lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil), usando-se a metodologia I, descrita às fls. 05 deste laudo' *(fls. 678/682).*

Por conta disso, Damaris foi processada e condenada como incursa nos arts. 33, ***caput****, 33, § 4º, e 40, V, todos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 04 anos, 08 meses e 07 dias de reclusão e 468 dias-multa, sendo cada dia-multa arbitrado em 1/30 do salário mínimo vigente na data do evento ou 16/07/2008 (fls. 676/707).*

Na fase policial Damaris delatou o remetente da droga como sendo 'Gordo', usuário das linhas telefônicas (67) (...) e (67) (...) (fls. 15/16).

Na fase judicial Damaris informou que 'não conhecia a pessoa que lhe forneceu a droga. Não sabe declinar o seu nome e nem o seu paradeiro' (fls. 684/685).

Damaris também não reconheceu o denunciado fotograficamente como sendo o remetente da droga (fls. 46/47).

Em pode de Damaris foi apreendido o aparelho de telefonia móvel com

Acesso ao Sumário

IMEI 35739605043881 (fls. 08/09).

Posteriormente apurou-se que esse aparelho de telefonia móvel tinha a linha (67) (...) em nome de Luís Fernando Urbieta Pena (fls. 430).

Luís não foi localizado, mas o seu endereço era, na realidade, do acusado (fls. 598).

O réu era o possuidor das linhas telefônicas (67) (...) e (67) (...), conforme informaram as empresas 'Claro' (fls. 120) e 'Vivo' (fls. 401).

Constavam inúmeras ligações entre os aparelhos de telefonia móveis usados por Damaris e pelo denunciado, bem como mensagens, conforme informaram as empresas telefônicas (fls. 402/406, 442/490 e 635/641).

O acusado negou o fornecimento da droga para Damaris nas fases policial (fls. 22/23 e 589) e judicial (fls. 817/818). Em juízo ainda justificou as ligações e mensagens com ela porque tinham um caso amoroso (fls. 817/818).

As testemunhas Jair Siqueri, Álvaro Soares dos Santos e Laércio Martins Pácido trouxeram a notícia em seus depoimentos judiciais de que o réu mantinha algum tipo de relacionamento com Damaris (fls. 847, 848/849 e 850/851).

Em síntese apertada, são essas as principais provas colhidas.

A delação policial de Damaris não pode ensejar a condenação, pois não foi confirmada por nenhuma prova colhida na fase judicial.

Rememore-se que estabelece o art. 155, caput*, do Código de Processo Penal que:*

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas *(negritei)*

Dessa maneira, a afirmação extrajudicial de Damaris no sentido de que o remetente da droga era o usuário das linhas telefônicas (67) (...) e (67) (...) (fls. 15/16), vale dizer, o denunciado, não basta para comprovar o fato.

Por outro lado, embora seja comprometedor as diversas ligações telefônicas e mensagens entre o acusado e Damaris, por si só, não bastam, pois não é sabido o que foi efetivamente tratado entre eles.

Rememore-se que havia diversos telefonemas entre o réu, Damaris e sua genitora Júlia Sierra da Silva e essa circunstância não foi suficiente para denúncia contra a última como coautora (fls. 659).

Em suma, há dúvida probatória e o denunciado é beneficiado com a aplicação do brocardo in dubio pro reo.

Isto posto, julgo improcedente a denúncia para absolver o réu João Alberto Langer RG (...) e RG (...), filho de Antônio Alberto Langer e Landaura

Koler da Silva Langer) da acusação de ter violado o disposto nos arts. 33, caput, c.c. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/2006, e art. 29 do Código Penal, por não existir prova suficiente para a condenação, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal". (fls. 888/892, vol. 5).

Assim sendo, razão assiste, pois, ao MM. Juiz sentenciante, ao decidir pela absolvição do apelado.

Em razão da necessidade de preservação do princípio constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade, tem-se que a absolvição do recorrido, de infringência do artigo 33, "***caput***", c.c. o artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29 do Código Penal, tal como decidido na r. sentença, era medida que se impunha.

Destaque-se que para a deflagração de ação penal em que se imputa a alguém a prática do delito de tráfico ilícito de drogas, devem a denúncia e os depoimentos do inquérito e do processo judicial demonstrarem os elementos normativos do artigo 33, "***caput***", da Lei nº 11.343/06, vindo acompanhada de suporte probatório mínimo a apontar a intenção do agente de, consciente e deliberadamente de realizar, de maneira consciente e voluntária, o comportamento típico previsto em lei, agindo, ainda, com plena ciência da ilicitude de sua conduta e que a conduziria ao resultado por ele almejado (nesse sentido: STF, HC nº 122.299/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 19.08.2014, *DJe* 195; STF, Ext nº 1.023-9/RFA, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, v.u., *LEXSTF* vol. 29, nº 345, 2007, págs. 335/343), o que não ficou caracterizado na espécie, pois os elementos do conjunto fático-probatório se limitaram a trazer a caracterização de dúvidas sobre a remessa do entorpecente, situação que não chega a configurar o crime de tráfico ilícito de drogas.

"Para prolação de um decreto penal condenatório é indispensável prova robusta que dê certeza da existência do delito e seu autor. A íntima convicção do Julgador deve sempre se apoiar em dados objetivos indiscutíveis. Caso contrário, transforma o princípio do livre convencimento em arbítrio." (TJ/RS, Apelação Crime nº 70003156254, Relator Desembargador Sylvio Baptista Neto, Sexta Câmara Criminal, v.u., j. 08.11.2001).

"Inexiste responsabilidade objetiva. Não basta o nexo causal objetivo, necessária a presença do nexo psicológico de culpa." (TJ/RS, Apelação Crime nº 70000259739, Relatora Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, Terceira Câmara Criminal, v.u., j. 24.08.2000).

No caso em tela, os indícios e presunções do cometimento do delito mostraram-se insuficientes contra o apelado, por não guardarem plena correspondência com outros segmentos probatórios, não tendo ensejado o vislumbre e a certeza da autoria. Desse modo, depreende-se que os elementos

Acesso ao Sumário

probatórios presentes nos autos não são concludentes, por serem insuficientes para a formação, com segurança, de juízo de convicção, devendo a dúvida militar em favor do recorrido, como bem fundamentado na r. sentença recorrida (fls. 887/893, vol. 5).

Há, realmente, lacuna probatória, no sentido da inculpação do apelado. É de se anotar que a FINALIDADE do PROCESSO PENAL é a de VERIFICAR O FUNDAMENTO DA PRETENSÃO PUNITIVA, e NÃO FORÇAR A SUA REALIZAÇÃO A TODO CUSTO e, assim sendo, é de se concluir que não poderia ocorrer a condenação do recorrido, por infringência do artigo 33, "***caput***", c.c. o artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29 do Código Penal, pelo que a sua absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, era medida de rigor.

Já se decidiu:

"Mesmo em juízo, a chamada de co-réu não pode ser prova suficiente para condenação nenhuma, pois evidentemente lhe falta o requisito básico da aquisição sob a garantia do contraditório: é o que resulta da impossibilidade, em nosso direito, de o réu ser questionado pelas partes, incluídos os co-réus que delatou.

Recolhida no inquérito policial de um acusado preso em circunstância que os autos não esclarecem, falta-lhe mais, no caso, o requisito mínimo da publicidade.

Por isso, a mim me parece que, tal como à confissão extrajudicial, com mais razão, à chamada de co-réu em inquérito policial não basta, para ser tomada em conta na condenação de alguém, que não venha a ser desmentida por prova em contrário, na instrução contraditória; o que, no máximo, se pode admitir é que ela valha de elemento ancilar, quando a confirme o conjunto dos elementos das provas idôneas e contraditoriamente adquiridas.

Prova idônea é apenas, portanto, a obtida sob o fogo cruzado do contraditório ou, quando impossível esta produção contraditória originária, ao menos – e é o que sucede, por exemplo, nas perícias sobre vestígios passageiros do fato – quando posteriormente possam ser submetidas à crítica do contraditório das partes. Como acentua Magalhães Gomes Filho, na monografia preciosa que acaba de publicar – O Direito à Prova no Processo Penal, Ed. RT, p. 135 –, o contraditório não é uma qualidade acidental, mas constitui nota essencial do conceito mesmo do processo." (STF, HC nº 74.368-4/MG, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, v.u., j. 01.07.1997, *Ementário* 1893-2/358).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGAÇÃO

Acesso ao Sumário

DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR ESTAR BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. OCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDADA ESSENCIALMENTE EM DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE PRÉ-JUDICAL. NULIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

I – Os depoimentos retratados perante a autoridade judiciária foram decisivos para a condenação, não se indicando nenhuma prova conclusiva que pudesse levar à responsabilidade penal do paciente.

II – A tese de que há outras provas que passaram pelo crivo do contraditório, o que afastaria a presente nulidade, não prospera, pois estas nada provam e são apenas indícios.

III – O acervo probatório que efetivamente serviu para condenação do paciente foi aquele obtido no inquérito policial. Segundo entendimento pacífico desta Corte não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa. Precedentes.

IV – Ordem concedida para cassar o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau."

(STF, HC nº 103.660/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, v.u., j. 30.11.2010, *Ementário* 2498-1/73).

"CRIMINAL. RESP. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Considera-se insuficientemente fundamentado o acórdão condenatório que refere a suficiência probatória de forma genérica, sem indicar qualquer prova hábil à condenação.

II. Recurso provido para, anulando o acórdão a quo, outro seja proferido, com a devida fundamentação."

(STJ, REsp nº 728.475/BA, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, v.u., j. 23.08.2005, *DJ* 19.09.2005, pág. 375).

No mesmo sentido: STJ, REsp nº 279.312/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, j. 03.12.2002, *DJ* 09.12.2003, pág. 352.

"[…] *A culpabilidade não se presume. Deve ser provada. O princípio, hoje consagrado em documentos internacionais e em constituições, inclusive a brasileira, art. 5º, LVII, inspira o processo penal – o contraditório, a plenitude da defesa, o 'in dubio pro reo' e o ônus da prova a quem acusa.* […]"

Acesso ao Sumário

(STF, RExt nº 133.489-4/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, Segunda Turma, *Ementário* 2034-2/311).

"[…] *O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL.*

A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral.

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório.

Precedentes.

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência.

Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5).

Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o 'non liquet'."

(STF, HC nº 73.338-7/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1855-2/270).

Acesso ao Sumário

Nega-se, pois, provimento ao recurso, preservada a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004099-64.2012.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante RONALDO FRANCISCO FRACAROLI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.937)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Posse irregular de arma de fogo de uso permitido – Apreensão de arma de fogo e de munição de uso permitido no interior de residência Redação atual do art. 32 da Lei n. 11.706/08 que deixa de contemplar a possibilidade de *abolitio criminis* e possibilita mera extinção da punibilidade para o possuidor que a tiver entregado espontaneamente às autoridades – Realiza o tipo penal previsto no art. 12 da Lei n. 11.706/2008 aquele que for flagrado possuindo ou guardando a arma de fogo de uso permitido no interior de residência ou de estabelecimento comercial. Observe-se que a redação atual do art. 32 da Lei n. 11.706/08 não mais prevê a *abolitio criminis* para aqueles que forem flagrados na posse de arma de fogo não registrada, eis que o legislador substituiu a previsão que concedia prazo para sua entrega espontânea à Polícia Federal pela possibilidade de extinção da punibilidade para aquele que efetivamente vier a fazê-lo.

Apelação – Guia de Execução a ser expedida após acórdão condenatório proferido por órgão de

Acesso ao Sumário

Segundo Grau no qual a privação de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos - Trânsito em Julgado da matéria de fato – Interposição eventual de Recursos Especial e Extraordinário desprovida de efeito suspensivo – Admissibilidade

Eventuais recursos de natureza especial ou extraordinária que venham a ser interpostos, respectivamente para o STJ ou para o STF, não estão abarcados na ideia de duplo grau de jurisdição, mesmo porque vêm eles desprovidos de efeito devolutivo amplo, na medida em que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, tendo seu âmbito de cognição restrito à matéria de direito. Sua previsão não visa, com efeito, a outorgar uma terceira ou quarta oportunidades para que determinado pronunciamento jurisdicional, contra o qual o sucumbente se insurge, seja revisto; sua finalidade precípua é, antes, proporcionar a essas Cortes superiores a possibilidade de verificar se houve, *in concreto*, vulneração à lei federal ou às normas constitucionais, bem como, subsidiariamente, estabilizar, uniformizar e pacificar sua interpretação.

A presunção de inocência não possui – nenhum princípio o tem – caráter absoluto, devendo ser analisada sempre em conjunto com os demais princípios de igual hierarquia que integram o arcabouço Constitucional, tais como aqueles da proporcionalidade e da duração razoável do processo, cabendo ao intérprete valorar cada um deles, sopesando-os, para determinar qual irá prevalecer em cada situação concreta. Em havendo colidência entre princípios, a divergência a ser dirimida será, com efeito, apenas aparente.

Na seara criminal, a coisa julgada se forma de modo fracionado, conforme a ação penal avança. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu cuidar-se de instituto de envergadura constitucional, que se consolida em capítulos autônomos, cujo conteúdo vai precluindo, consoante não venha a ser atacado no curso da ação por recurso.

Torna-se, portanto, a parte relativa ao mérito da

Acesso ao Sumário

acusação e às provas "indiscutível, imutável", tão logo seja realizado o julgamento em segundo grau de jurisdição, de tal sorte a ocorrer exatamente nesse momento o trânsito julgado desse capítulo da decisão, devendo o Juiz, então, se a privação de liberdade tiver sido substituída por restrição de direitos, determinar a expedição de carta de guia, para que seja iniciado de imediato o cumprimento dessa pena.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 129/134, prolatada pelo MM. Juiz Sérgio Augusto de Freitas Jorge, cujo relatório ora se adota, RONALDO FRANCISCO FRACAROLI foi condenado como incurso no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03, às penas de 01 ano e 02 meses de detenção, em regime inicial aberto, e de 11 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços a comunidade e limitação de fim de semana.

Ao que se infere, foi, ainda, concedido ao acusado a possibilidade de recorrer em liberdade.

Inconformado, apelou o réu em buscando, em preliminar, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em razão indeferimento de pedido de diligência ou em razão de produção de prova ilícita, em virtude da entrada de policiais em domicílio. No mérito, almeja a absolvição por insuficiência de provas.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se, afastadas as preliminares, pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

As preliminares são insubsistentes.

Não restou configurada a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em razão indeferimento de pedido de diligência efetuado pela defesa técnica às fls. 89.

O pedido foi analisado e repelido pelo Juízo monocrático, às fls. 97, sob o fundamento de que a diligência solicitada, de constatação de denúncia anônima no serviço "190" local, quanto à fuga do réu na data de 1º de abril de 2011, mostrava-se apenas protelatória, em nada interferindo nos fatos ora tratados.

Conforme cota ministerial, às fls. 96, que embasou a decisão do Juiz, às fls. 97:

Acesso ao Sumário

> [...], o próprio réu confessou em juízo a posse e a manutenção em sua residência da arma de fogo e as munições (*sic*) mencionadas na denúncia.
>
> Contudo, o ingresso dos policiais militares na residência do réu, se deu durante o dia e com a devida autorização da genitora do acusado, não importando saber os detalhes de eventual denúncia anônima.
>
> Assim, não há falar em violação ao direito fundamental previsto no inciso XI, do art. 5º da CF.

Não restou verificado, portanto, qualquer cerceamento à defesa do ora apelante, restando a diligência solicitada, que se mostrou efetivamente protelatória, indeferida de modo fundamentado e suficiente.

Afasta-se, outrossim, a arguição de ilicitude da prova levantada pela defesa técnica, que, aliás, foi corretamente repelida na r. sentença.

No caso de flagrante delito, a parte final do art. 5º, XI, da CF/88, excepciona a garantia da inviolabilidade do domicílio.

Cabe apenas repisar que, em se tratando de crimes de natureza permanente, tais como o de sequestro, o de posse de arma de fogo ou munição, ou o de tráfico ilícito de substância entorpecente, pode-se a qualquer tempo, efetuar a prisão em flagrante, tanto durante o dia como à noite, desde que ainda perdure aludida permanência, independentemente da expedição de mandado judicial.

Nesse sentido:

> ***Habeas Corpus* – Processual Penal – Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Alegação de nulidade da busca e apreensão por inobservância do princípio da inviolabilidade de domicílio – Ilicitude da prova colhida – Ilegalidades não evidenciadas**
>
> 1. Em casos de crimes permanentes, não se faz sequer necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa, como no caso em questão, apreendendo a substância entorpecente nele encontrada. 2. Por ser dispensada a expedição do mandado de busca e apreensão, também não há de se falar em sua nulidade, por descumprimento do disposto no art. 245, § 7.º, do Código de Processo Penal.[1]

Ainda que assim não fosse, no presente caso, como bem ressaltou o i. Juiz sentenciante, às fls. 132, a entrada dos policiais na residência do réu deu-se mediante a anuência de sua genitora (cf. fls. 90/91).

Acesso ao Sumário

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 122937-MG (2008/0269777-2). Impetrante: Antônio Velloso Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Rodrigo da Costa Simões (Preso). Relatora: Ministra Laurita Vaz. 5ª turma. Votação unânime. Brasília, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 Abr. 2009. **Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

Rejeita-se, portanto, arguição de nulidade e, por consequência, a invalidade das provas derivadas.

Afastadas as preliminares, no mérito o apelo merece prosperar apenas parcialmente, devendo ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, com a redução das penas.

A condenação do acusado pelo crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante.

Consta dos autos que o ora apelante possuía e mantinha sob sua guarda, no interior de sua residência, arma de fogo e munição (uma espingarda calibre 32, sem marca e numeração, com 01 cartucho 32 intacto, 06 cartuchos calibre 32, sendo 03 intactos e 03 deflagrados, 06 cartuchos calibre 22 intactos e 01 cartucho calibre 38 deflagrado) de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A realização do tipo penal restou perfeitamente demonstrada pelo auto de apreensão de fls. 06/08 e pelos laudos periciais da munição de fls. 11/12 e da arma de fogo de fls. 30/32.

A prova oral (fls. 90/93) colhida na instrução criminal mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

O réu, nas oportunidades em que ouvido, negou os fatos, mas admitiu que a arma de fogo e a munição estavam sob sua posse, em sua residência, desde a morte de seu pai, apesar de pertencerem a sua mãe.

A genitora do acusado confirmou, por sua vez, que, desde a morte do marido, havia pedido para que seu filho guardasse a arma e a munição, que pertenciam ao finado, na residência dele.

Os policiais militares informaram, por sua vez, como se deu a apreensão da arma e da munição, confirmando que tiveram a entrada na residência do acusado franqueada pela mãe do réu.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os Tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A esse respeito, confira-se:

> ***Habeas corpus* – Condenação baseada em depoimentos de investigadores, que descreveram o ocorrido de forma coerente e segura, com apoio em mais elementos probatórios.**
>
> A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.[2]

Acesso ao Sumário

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 51.577/SP. Paciente/Impetrante: Francisco Carneiro Neto. Relator: Ministro Rodrigues de Alckmin. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, DF,

> Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de Policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem eles a intenção de prejudicar inocentes.[3]

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.

Pondere-se, ainda, como bem exposto pelo i. Juiz sentenciante, às fls. 132/133, que:

> [...], embora o acusado não estivesse no local dos fatos no momento da diligência policial, ele admitiu, tanto na fase policial quanto em juízo, que a arma e as munições (*sic*) eram de propriedade de seu pai, mas que, desde o falecimento deste, tinha sob sua posse a pedido de sua mãe.
>
> E o fato foi confirmado pela genitora do imputado, que, apesar de afirmar que a arma lhe pertencia, havia pedido ao filho que a guardasse em sua residência.
>
> Ora, o delito em comento não exige condição especial do sujeito ativo. Logo, não se faz necessário que o seu autor seja o proprietário da arma.

As penas, conquanto criteriosamente dosadas e fundamentadas, merecem alguns reparos.

Adotado o sistema trifásico previsto no art. 68 do CP, em uma primeira etapa, o aplicador da lei deve, atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo Código, estabelecer a "pena-base"; na segunda fase, considerar o peso das circunstâncias atenuantes e agravantes e; na terceira e última operação, computar as causas de diminuição e de aumento da pena.

Após analisar-se os autos, entende-se ser mais adequada ao caso em apreço a dosimetria seguinte:

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, as penas-bases foram corretamente fixadas acima do mínimo legal, em 01 ano e 02 meses de detenção e em 11 dias-multa. Justificou-se o aumento de 1/6 sobre o mínimo, em razão dos maus antecedentes, caracterizados por condenação transitada em julgado após a data dos fatos (fls. 105);

b) na segunda fase, restou verificada a atenuante da confissão espontânea.

Acesso ao Sumário

06 de novembro de 1973. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. v. 68, tomo 1, Abr. 1974, p. 64.

3 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Apelação nº 795.471/2 - São Paulo. Apelantes: Manoel Luiz da Silva Filho ou José Antônio da Silva Filho ou Manoel Luís da Silva Filho e Luiz Eduardo Dias dos Santos ou Luís Eduardo Dias dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gonzaga Franceschini. 12ª Câmara. Votação unânime. São Paulo, 28 de junho de 1993. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 18. Abril, Maio e Junho de 1993, p. 80.

Apesar de o réu ter negado os fatos tais como descritos, admitiu que realmente a arma de fogo e a munição encontravam-se sob sua posse, em sua residência, ainda que pertencentes a sua genitora.

É o quanto basta para que se reconheça como presente, portanto, a circunstância atenuante da confissão espontânea.

As penas devem, assim, nessa fase, retornar ao mínimo legal de 01 ano de detenção e de 10 dias-multa;

c) por derradeiro, mantêm-se inalterados os subtotais obtidos na fase anterior, ante a ausência de causa de aumento ou diminuição.

Chega-se a um total final de 01 ano de detenção e de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, que se torna definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

Diante do *quantum* agora estabelecido e do preceituado no art. 44, § 2º, o CP, substitui-se a pena privativa de liberdade por apenas uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços a comunidade.

Para o caso de reconversão da pena, adequado o regime inicial aberto.

Cumpre, por fim, observar que tem prevalecido o entendimento no sentido de formar-se a coisa julgada criminal de modo fracionado, em capítulos autônomos, cujo conteúdo vai precluindo, consoante a ação penal avança, e não seja atacado no curso da ação por recurso, quer por opção ou falha da parte sucumbente, quer por absoluta vedação legal.[4]

Na medida em que a parte relativa ao mérito da acusação e às provas se torna "indiscutível, imutável", a partir da realização do julgamento em segundo grau de jurisdição, é forçoso reconhecer que a imediata expedição de carta de guia para o cumprimento da pena, nos termos do art. 674 do CPP, não implicará em descumprimento ao quanto previsto no art. 283 do CPP, dada a ocorrência do trânsito julgado ao menos desse capítulo da decisão.

Ante o exposto, afastadas as preliminares, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir as penas de RONALDO FRANCISCO FRACAROLI para 01 ano de detenção e de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, substituindo-se a pena privativa de liberdade por apenas uma restritiva de direitos consistente em prestação de

4 **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 art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Maioria de votos. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ata nº 71/2016. **Diário da Justiça Eletrônico n. 100**. 17 Maio 2016. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

Acesso ao Sumário

serviços a comunidade. Fica, no mais, mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos. Com lastro na fundamentação lançada, fica, portanto, desde já determinada a expedição de carta de guia, para que seja iniciado de imediato o cumprimento da pena em definitivo. Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 2221492-74.2016.8.26.0000, da Comarca de Cunha, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus JOSÉ DE ARAÚJO MONTEIRO e JOÃO MAURÍCIO MÜLLER e Corrigido JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à presente correição parcial para cassar r. decisão de primeiro grau e determinar o imediato início da execução provisória das penas fixadas a José de Araújo Monteiro e João Maurício Muller nos autos do processo nº 0000728-79.2005, da Vara única Cunha, procedendo-se a unificação com outras penas, se o caso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2017.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – CONDENAÇÃO PENAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO – DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO MINISTERIAL DE INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – PENDÊNCIA DE RECURSOS PARA INSTÂNCIAS SUPERIORES QUE NÃO OBSTAM O INÍCIO DE EXECUÇÃO PENAL – PRECEDENTE

DO STF (HC 126.292/SP) – APLICAÇÃO TAMBÉM A PENAS ALTERNATIVAS – CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA.

VOTO

Trata-se de Correição Parcial interposta pelo i. representante do **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a r. decisão proferida pelo d. Juízo da Vara Única da comarca de Cunha que indeferiu seu pedido de início da execução provisória das penas impostas a **JOSÉ DE ARAÚJO MONTEIRO** e **JOÃO MAURÍCIO MULLER** nos autos do processo nº 0000728-79.2005, sob o argumento de que deve ser aguardado o trânsito em julgado da condenação.

Sustenta o corrigente que a providência requerida é necessária a fim de que se possibilite a verificação de eventual unificação com reprimendas anteriores, anotando, ainda, que inexiste óbice legal à execução provisória de pena alternativa. Assim, pede a cassação do *decisum* (fls. 3/13).

O pedido liminar foi indeferido (fls.102/103).

Dispensadas as informações por parte do corrigido, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 108/117).

É o relatório.

Consta dos autos que **José de Araújo Monteiro** e **João Maurício Muller** foram condenados pelo d. juízo da Vara Única da comarca de Cunha (proc. nº 0000728-79.2005) por infração ao artigo 1º, inciso II, do DL nº 201/67.

Interposto recurso de apelação, este colendo Tribunal de Justiça deu parcial provimento apenas ao inconformismo do corréu **José de Araújo** para reduzir sua reprimenda a **2 anos e 6 meses de reclusão**, em **regime aberto**, substituída por **duas restritivas de direitos** (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária), mantida a pena acessória de **inabilitação para o exercício de cargo ou função pública**, pelo prazo de **5 anos**, estes contados do trânsito em julgado do decreto condenatório; mesma sanção fixada ao corréu **João Maurício** (fls. 46/60).

Tendo em vista a confirmação da condenação em segundo grau, o i. representante do Ministério Público, baseando-se no recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do *HC* 126.292, bem como nas ADC 43 e 44, requereu fosse iniciada a execução provisória das sanções (fls. 81), o que foi indeferido (fls. 82).

Com a devida vênia ao entendimento firmado pelo douto juízo *a quo*, o recurso merece acolhida.

Com efeito, como bem anotado na petição recursal, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do saudoso Ministro **Teori Zavascki**,

Acesso ao Sumário

modificou seu entendimento sobre o carácter absoluto do princípio da não culpabilidade, possibilitando o início de execução das reprimendas aplicadas, após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, conforme se vê abaixo:

> **"CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado."** (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

De outra parte, o fato de a reprimenda privativa de liberdade ter sido substituída por duas alternativas, como ocorreu na hipótese em tela, não configura óbice para o início da execução provisória. Nesse sentido, de rigor exaltar o lúcido julgado a seguir, também colacionado pelo douto corrigente:

> **"MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO. PENDÊNCIA DE RECURSO PARA AS INSTÂNCIAS SUPERIORES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPEDIÇÃO DE GUIA PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. Consoante o atual entendimento firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 126.292/SP, quando a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal, é possível o início imediato da execução da pena, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário, sem que se configure qualquer ofensa ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, uma vez que os recursos para as instâncias extraordinárias, além de não se prestarem a rediscutir fatos e provas, não possuem, em regra, efeito suspensivo. Não há óbice para que a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja aplicada aos casos em que a pena privativa de liberdade tiver sido substituída por pena restritiva de direitos."** (TJDFT, Acórdão n. 946887, 20160020096888MSG, Relator: ESDRAS NEVES, CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 06/06/2016, Publicado no DJE: 14/06/2016. Pág.: 228/231).

Por fim, de rigor esclarecer que a r. sentença *a quo* condicionou ao trânsito

Acesso ao Sumário

em julgado da condenação apenas, e tão somente, a aplicação da pena acessória, ou seja, o início da contagem do prazo para a inabilitação dos condenados ao exercício de cargo ou função pública; fato que foi mencionado no *decisum* atacado e não induz sua extensão à sanção principal.

Ante o exposto, dá-se provimento à presente correição parcial para cassar r. decisão de primeiro grau e determinar o imediato início da execução provisória das penas fixadas a José de Araújo Monteiro e João Maurício Muller nos autos do processo nº 0000728-79.2005, da Vara única Cunha, procedendo-se a unificação com outras penas, se o caso.

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0037439-80.2009.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante WASHINGTON ARAUJO CRUZ, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, acolheram os embargos, nos termos que constarão do acórdão; vencido o 3º Juiz, Des. Nelson Fonseca Junior.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), WILLIAN CAMPOS, NELSON FONSECA JÚNIOR e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 30 de março de 2017.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES – Apelação criminal – Condenação por infração ao artigo 180, *caput*, do Código Penal – Fato atípico – Ausência de comprovação da origem criminosa da res – Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por **WASHINGTON**

Acesso ao Sumário

ARAUJO CRUZ, contra o v. Acórdão de fls. 207/212, que, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, para manter a r. sentença de fls. 164/170, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 180, *caput*, do Código Penal, às pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo da pena corporal.

Inconformado, o embargante, busca a absolvição por entender que o fato narrado na denúncia não constitui infração penal, termos em que constou do voto vencido emanado pelo E. Des. Poças Leitão (fls. 222/225).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição dos embargos (fls. 229/230).

É o relatório.

Os presentes embargos comportam acolhimento.

O embargante foi condenado em primeira instância, sendo mantido o decreto condenatório pelo voto vencedor, como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal, às penas de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo da pena corporal.

Consta da exordial acusatória que, no dia 07 de março de 2009, às 21h, na Rua Kumaki Aoki, esquina com a Rua Cachoeira do Brumado, recebeu e pôs-se a conduzir, na via pública, uma motocicleta, Honda CG-125, cor cinza, sem nenhum sinal identificador, que sabia ser produto de crime.

O embargante visa modificar o resultado do julgamento, por entender que o fato descrito na denúncia deve ser considerado atípico, pela ausência de comprovação idônea do delito pressuposto, indispensável para a caracterização do tipo penal de receptação.

Acesso ao Sumário

Razão assiste ao embargante, devendo prevalecer o voto vencido, da lavra do E. Des. Poças Leitão (fls. 213/215), o qual o absolveu com fulcro no inciso III, do artigo 386, do Código de Processo Penal.

Ora, tributado o devido respeito ao entendimento dos ilustres magistrados Guilherme de Souza Nucci e Nelson Fonseca Júnior, não restou demonstrado nos autos que a motocicleta apreendida é produto de crime anterior.

A receptação é crime acessório, seu pressuposto é a existência de outro crime anterior, o que não ocorreu na espécie.

Lecionam Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio M. de Almeida Delmanto, em comentários ao Código Penal, que "*é*

indispensável que o objeto material do delito de receptação seja coisa produto de crime, pois, sem tal pressuposto, não há receptação. Não basta que seja produto de contravenção. É necessário que se trate de produto de crime mesmo, não compreendendo os instrumentos do delito." (8º ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pág. 655).

Portanto, conclui-se, que, de fato, trata-se de fato atípico, pois inexistiu nos autos qualquer elemento que comprovasse que o embargante soubesse de que o objeto se tratava de produto de crime.

Assim sendo, dá-se provimento aos presentes embargos infringentes, fazendo prevalecer o voto vencido, da lavra do E. Desembargador Poças Leitão, para absolver **WASHINGTON ARAUJO CRUZ** da imputação constante do artigo 180, *caput*, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2119158-59.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes DANIELLE FATIMA DO NASCIMENTO e Paciente TIAGO CESAR MOREIRA e WILLIAM CLAUDIO OLIVEIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o advogado Dr. William Claudio Oliveira dos Santos e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.432)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 9 de março de 2017.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Crime de associação ao tráfico de drogas. Condenação prolatada. Pretensão de aguardar o julgamento de recurso em liberdade. Impossibilidade. Ausência de constrangimento ilegal.

Acesso ao Sumário

Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de ***habeas corpus*** impetrado em favor do Paciente alegando-se, em síntese, que foi condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de associação para o tráfico (artigo 35, "*caput*", da Lei nº 11.343/06). Alega sofrer constrangimento ilegal por parte da Autoridade Coatora porque foi negado seu direito de apelar em liberdade, em decisão fundamentada em elementos abstratos. Alega ainda que: **1**. teve sua prisão preventiva revogada, estando solto durante toda a instrução criminal; **2**. compareceu a todos os atos processuais; **3.** não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Pede a concessão da Ordem, também em liminar, para que seja reconhecido o direito de apelar em liberdade (fls.01/24). Veio documento (fls.25/39).

Negada a medida liminar (fls.41/42), foram requisitadas as informações à Autoridade Coatora a qual ratificou e justificou seu ato (fls.51/53) e encaminhou cópias (fls.53/94).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da Ordem (fls.96/98).

É o relatório.

A Ordem deve ser denegada.

E muito não precisa ser dito:

1. o Paciente foi denunciado pela prática do crime de associação ao tráfico de drogas; ***2***. mesmo em se tratando de crime que não é nem hediondo, nem a ele equiparado (mas é crime sempre atrelado ao crime de tráfico, de hediondez e ojeriza), e, posto que permita o sistema legal, em tese, a concessão do benefício da soltura, deve ele se restringir às hipóteses excepcionais e quando demonstrados, com suficiência, os seus requisitos; ***3.*** a liberdade, após a prática de um fato considerado crime, não é um direito objetivo e imediato, mas uma garantia constitucional a todo cidadão, desde que comprovado o preenchimento dos requisitos legais impostos – o que não é o caso; ***4.*** assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, como se vê da decisão do HC nº 118.345-SC, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., j. em 25.02.2014: "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECEIO DE REITERAÇÃO. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA. 1. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir

Acesso ao Sumário

a ordem pública, ante a gravidade concreta do delito, dada a variedade e quantidade de droga aprendida, bem como o fundando receio de reiteração delitiva, já que o paciente é reincidente específico. 2. Ordem denegada"; ***5.*** não é outro o entendimento desta Câmara (HC n° 2004086-24.2016.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. em 28.04.2016)**: "No mais, andou bem o Magistrado ao decretar a prisão preventiva de OLIVEIRA, calcando a sua decisão em três dos pressupostos referidos pelo artigo 312 do Estatuto de Rito (garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal e para a aplicação de lei penal), não só por que a Lei de Tóxicos veda a concessão da liberdade provisória àqueles que são acusados da prática de tráfico de drogas, mas por que, se a Constituição proíbe a concessão de liberdade com fiança para certos crimes - dentre eles o tráfico de drogas -, constitui verdadeiro absurdo a concessão de liberdade provisória sem fiança para esses mesmos delitos. Assim, perdem relevo as propaladas condições pessoais de OLIVEIRA, que, no entender dos impetrantes, faria jus à liberdade, e entendo insuficientes, no caso, quaisquer das outras medidas cautelares, que não a prisão, agora previstas pelo Estatuto de Rito. Quanto à inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, não se desconhece que, há tempos, o Colendo Supremo Tribunal Federal acolheu, por estreita maioria de votos, num deter mi nado caso concreto, essa tese. Contudo, para se colocar uma pá de cal sobre a questão, basta recordar a lição do grande JOÃO MENDES JR ., no sentido de que *o Juiz deve julgar pela Lei, não pelo julgado*. E, ao revés do que sustentam os postulantes, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente encontra-se convenientemente fundamentada, como se constata da sua simples leitura (fls. 44/45)"; *6.*** o Paciente ficou solto durante parte da instrução (soltura que se deu não por cessação das circunstâncias ensejadoras da prisão preventiva, mas por excesso de prazo na instrução); ***7.*** em 29.04.2016, o Paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa, calculados no mínimo legal, decretada sua prisão preventiva (fls.70/83); ***8.*** vê-se que a sentença condenatória, em tópico fundamentado (fls.82/83), não permitiu que o Paciente recorresse em liberdade, destacando que não existe comprovação de ocupação lícita pelo Paciente (o que se deu tão somente, com a segurança necessária, com a apresentação de Memorais pelos Impetrantes, dia antes deste julgamento), revelando que faz do crime seu meio de vida, e que integra organização criminosa extremamente atuante neste Estado, bem como ser o Paciente reincidente; ***9.*** este é também o posicionamento desta Câmara (HC n° 2089898-34.2016.8.26.0000, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 05.05.2016): **"Se na sentença o juiz examina com mais profundidade (cognição vertical) toda a prova coligida (cognição horizontal), é razoável e mesmo natural que nessa atividade ele descubra a importância de fatos ou circunstâncias antes não considerados, que necessariamente**

Acesso ao Sumário

influem na compreensão dos acontecimentos e na valoração acerca da necessidade da custódia processual. E na espécie *sub examine* o juiz sentenciante, depois de informar-se definitivamente sobre o ocorrido, motivou a necessidade da prisão do ora paciente, que é reincidente. Fundou-a na necessidade da custódia para a garantia da ordem pública, haja a periculosidade e personalidade violenta do ora paciente e a gravidade do delito"; *10.* eventuais condições pessoais do Paciente, sequer existentes (lembrando: é reincidente!), não garantem, por si sós, o direito à liberdade, devendo-se observar, para tanto, os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal; ***11***. cabe destacar também – e mais uma vez – que: ***a.*** a soltura por excesso de prazo não descaracteriza e não implica na inexistência das circunstâncias de moldura da prisão preventiva; ***b.*** o excesso de prazo impõe a soltura sem condições, restaurada a liberdade plena de antes da prática do fato criminoso e que é garantida a todo cidadão de bem; ***c.*** a concessão da liberdade provisória sim descaracteriza as circunstâncias ensejadoras da prisão preventiva que fica, assim, presumidamente desnecessária, mas não foi isso o que aqui ocorreu; ***d.*** a sentença condenatória, mesmo que recorrível, é o fato novo ***de reforço*** (porque lembrando, o excesso de prazo não implica em inexistência de motivo de prisão preventiva) para justificar a necessidade da custódia cautelar; ***12.*** qualquer outra digressão fática que se pretenda fazer, é invadir a seara de cognição fática, providência inviável nesta Sede Especial e Restrita.

Não há, dessa forma, qualquer constrangimento ilegal a ser combatido.

Ante o exposto, denega-se a Ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2026851-52.2017.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante JOSE FELIPE DAVID NICOLETE DE MATO e Paciente ALDO BARBOSA DA SILVA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PARCIALMENTE EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, o presente habeas corpus e, no remanescente CONCEDERAM a ordem, tão somente para afastar o condicionamento do decurso de prazo mínimo para a renovação de pedido de benefícios em sede de execução penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.126)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT e SOUZA NERY.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de março de 2017.
AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: O *HABEAS CORPUS* é VIA PROCEDIMENTAL INADEQUADA PARA A DISCUSSÃO DE QUESTÃO INCIDENTE EM EXECUÇÃO PENAL, NÃO SE ADMITINDO O SEU MANUSEIO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 5°, INCISO LXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA; ARTS. 647 E SEGUINTES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E; ART. 197, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – CONDICIONAMENTO DA REITERAÇÃO DO PEDIDO DE BENEFÍCIOS EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL AO DECURSO DE LAPSO TEMPORAL MÍNIMO DE CENTO E OITENTA DIAS – ILEGALIDADE – OCORRÊNCIA – REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI – NEGATIVA DE JURISDIÇÃO CONFIGURADA – *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO E, NO REMANESCENTE, CONCEDIDO.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por JOSÉ FELIPE DAVID N. DE MATO, em favor de ALDO BARBOSA DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba (Execução n° 912.676), visando, em síntese, a reforma da r. decisão que indeferiu o pedido de progressão para o regime semiaberto, sob o fundamento de ausência do requisito subjetivo indispensável à obtenção da benesse, bem como condicionou a nova apreciação da pretensão a reavaliação que deverá ser efetuada observando-se o intervalo mínimo de cento e oitenta dias.

Consta da exordial que:

"Apesar de no laudo constar que o sentenciado não reúne condições subjetivas para a progressão, nota-se que tal conclusão está equivocada, pois ao se observar atentamente o laudo por completo, é claro que em todos os aspectos o reeducando está mais do que preparado para a benesse da progressão de regime" (fl. 4).

Requer, nestes termos, a concessão da ordem "*para tornar sem efeito a*

r. decisão proferida e consequentemente conceder progressão de regime (do fechado para semiaberto), consequentemente descaracterizando a avaliação criminológica como atributo essencial para concessão e diagnostico do requisito subjetivo ou, se for o caso, declarando que o paciente reeducando possa pleitear o benefício antes do prazo de 180 (cento e oitenta) dias" (fl. 25).

Liminar **indeferida** a fls. 42/44.

Dispensadas as informação da Douta Autoridade indicada como coatora.

Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 47/53, manifestando-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

I – O presente *habeas corpus* deve ser parcialmente extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, combinado com art. 3º, do Código de Processo Penal.

O *habeas corpus* tem natureza jurídica de ação e está sujeito às mesmas condições a que esta se subordina: interesse de agir e legitimidade *ad causam.*

In concreto, carece o impetrante de interesse de agir por inadequação da via eleita.

Com efeito, nos termos do art. 5°, inciso LXVIII, da Constituição da República:

> *"Conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".*

Tal dispositivo, secundado pelos arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal, delimita as hipóteses de admissibilidade do remédio heroico, não podendo ser indevidamente alargado em seu objeto para abarcar situações que divergem da destinação que lhe especificamente conferida pelo legislador originário e observada pelo ordinário.

De tais ponderações exsurge a patente inadequação da via procedimental eleita, na espécie, para discutir a pretensão do impetrante à concessão de progressão de regime ao paciente, matéria afeta à execução de pena e aos incidentes e recursos que lhe são próprios.

Acesso ao Sumário

Conforme jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição à via procedimental ou recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal.

Neste sentido, confira-se: HC 306677/RJ, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015; HC 245963/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 28/05/2015; AgRg

no HC 322954/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015; HC 207017/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 25/05/2015; HC 311257/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 15/04/2015; RHC 54165/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015; HC 305716/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 11/03/2015; HC 132422/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014; HC 175679/ RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 04/08/2014. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 465).

Ressalte-se, outrossim, ser inadequada a via eleita inclusive para a revaloração dos elementos objetivos de convicção coligidos no incidente de execução penal e do exame criminológico, cujo resultado desfavorável é incontroverso (cf. fl. 4). Em situações análogas já se manifestou o Col. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "o habeas corpus é ação de rito célere e de cognição sumária, não se prestando a analisar alegações relativas à absolvição que demandam o revolvimento de provas" (confira-se: HC 119070/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 12/05/2015, DJE 26/05/2015; HC 309732/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 12/05/2015,DJE 20/05/2015; HC 316684/RS, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA ,Julgado em 07/05/2015,DJE 19/05/2015).

Ora, "*a utilização promíscua do remédio heroico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar*" (HC 104308, Rel.: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011, PUBLIC 29-06-2011, EMENT VOL-02553-01 PP-00107).

Assim, muito embora "*tenha se tornado comum a impetração de habeas corpus em sede de execução penal* [...]*, o remédio heroico não pode ser utilizado como substitutivo do agravo em execução*"[1].

II – Especificamente no que atine ao condicionamento imposto pela Douta Autoridade indicada como coatora de que se aguarde o decurso do prazo de cento e oitenta dias para a realização de novo exame criminológico, a ordem comporta concessão.

Os precedentes desta Eg. 9ª Câmara de Direito Criminal são no sentido

1 MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal 2ª Edição – Pág. 298, Editora Saraiva.

Acesso ao Sumário

de que o indeferimento do pedido de benefício em sede de execução penal não é preclusivo e não faz coisa julgada material.

Nada obstante compreensível condicionar a realização de novos exames visando aferir o mérito do sentenciado à obtenção de benefícios ao decurso de lapso temporal mínimo, não há amparo legal em tal determinação.

Ao contrário, tal determinação configura inequívoca negativa de jurisdição na medida em que se condiciona a cognoscibilidade de pretensão sindicável à observância de requisito externo não imposto pelo Legislador, o que afronta o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Segundo a orientação pacífica desta Eg. Câmara, o reeducando poderá formular novo pedido de obtenção de benefícios perante o Juiz Natural, a qualquer tempo, facultando-se a renovação de exame criminológico de forma a permitir melhor avaliação das condições objetiva e subjetiva (tempo de cumprimento da pena e aferição do mérito pessoal), as quais serão apreciadas livremente pelo Juiz das Execuções.

De rigor, portanto, a pontual reforma do r. *decisum* vergastado, neste particular.

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, o presente *habeas corpus* e, no remanescente **CONCEDO** a ordem, tão somente para afastar o condicionamento do decurso de prazo mínimo para a renovação de pedido de benefícios em sede de execução penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2010934-90.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é impetrante A. J. C. S. e Paciente M. P. M. M..

ACORDAM, em 7ª 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 5.731)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 15 de março de 2017.

OTAVIO ROCHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Associação para o tráfico – Organização Criminosa atuante na Comarca de São

José dos Campos – Interceptações de comunicações telefônicas – Prorrogações autorizadas judicialmente, a cada 15 dias, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.296/96 – Medida que não traduz ilegalidade – Pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa – Exame aprofundado de provas que não pode ser feito pela via estreita do *writ* – Informação de que o E. STF, em sede de liminar, concedeu a liberdade provisória à paciente e demais corréus com base no efeito extensivo previsto no art. 580 do CPP – Pedido de revogação da prisão preventiva – Medida necessária para a garantia da ordem pública – *Writ* denegado.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo i. Advogado Dr. Antônio Jose Carvalho Silveira, a favor de M.P.M.M., sob a alegação de que estaria ela sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, consistente na indevida autorização de interceptação de suas comunicações telefônicas, bem como na convolação de sua prisão temporária em preventiva, nos autos do Processo nº 0019247-26.2016.8.26.0577.

Alega o i. Defensor, em suma, que: **(A)** as interceptações telefônicas seriam ilegais, uma vez que, iniciadas em 02.06.2016, teriam extrapolado o limite de 15 dias, com prorrogação por idêntico período, tornando-se ininterruptas (quatro meses); **(B)** a ação penal deve ser trancada, ante a falta de provas de que a paciente teria se associado para o tráfico; **(C)** a prisão preventiva da paciente não se justificaria, uma vez que a r. decisão judicial que a decretou não teria sido adequadamente fundamentada, estando ainda ausentes os requisitos legais do art. 312 do CPP.

Diante dessas circunstâncias, o i. Advogado postula, liminarmente, a concessão da ordem, a fim de que esta Corte determine o desentranhamento dos documentos referentes às interceptações telefônicas, bem como o trancamento da ação pela por falta de *justa causa* e a revogação da ordem prisional, com expedição de alvará de soltura a favor de M.

A liminar foi indeferida, conforme decisão de fls. 74/77.

Sobreveio informação de que o E. Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 139.654/SP, interposto a favor de A.R.B., concedeu liminar para ordenar a imediata soltura da paciente e demais corréus, por força do efeito extensivo previsto no artigo 580 do Código de Processo Penal (fls. 85/86).

O *writ* foi regularmente processado, com a juntada das informações

Acesso ao Sumário

de estilo. O parecer da Egrégia Procuradoria de Justiça de Habeas Corpus e Mandados de Segurança Criminais é pela denegação da ordem no tocante ao pedido de desentranhamento dos documentos referentes às interceptações telefônicas, e que seja julgado prejudicado o pedido de liberdade provisória.

É o breve relatório.

O presente *habeas corpus* deve ser denegado.

Trata-se de operação deflagrada pelo Grupo de Atuação de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado de São Paulo, contra organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas e outros delitos na Cidade de São José dos Campos.

Consta da petição inicial que as *interceptações de comunicações telefônicas* realizadas na origem seriam fonte de coação, uma vez que, iniciadas em 02.06.2016, teriam sido prorrogadas ilegalmente de forma contínua, pela d. Autoridade Judicial apontada como coatora.

Entretanto, a argumentação do impetrante não comporta acolhimento.

De acordo com os documentos acostados, as *interceptações*, iniciadas em 02.06.2016, foram prorrogadas sucessivamente, a cada 15 dias, pela d. Autoridade Judicial apontada como coatora, mediante decisões lastreadas em motivação idônea, especialmente em razão da necessidade de investigar agentes que, além de serem membros da facção criminosa denominada "PCC", estariam envolvidos na prática de delitos de tráfico ilícito de entorpecentes na região de São José dos Campos.

É pacífica a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a prorrogação das *interceptações de comunicações telefônicas* não está limitada a único período de 15 dias, conforme constam dos recentes julgados:

> *"(...) [-] Não se verifica ausência de fundamentação para o deferimento das interceptações, bem como das prorrogações, cuja motivação se deu em razão da "complexidade da suposta organização criminosa, do número elevado de agentes e da necessidade de contornar estratagemas como a mudança constante dos números telefônicos dos envolvidos" [-] No que concerne às sucessivas prorrogações, tem-se que, conforme destacado pelas instâncias ordinárias, "a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a prorrogação das interceptações telefônicas não está limitada a um único período de 15 dias, podendo ocorrer inúmeras e sucessivas renovações, caso haja uma fundamentação idônea". (AgRg no REsp 1525199/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 21/06/2016, DJe 01/07/2016). [-] Recurso em habeas corpus improvido. (RHC 53.733/MT, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª TURMA, j. em 06/10/2016, DJe 14/10/2016)*
>
> *"(...) A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no*

Acesso ao Sumário

sentido de que a prorrogação das interceptações telefônicas não está limitada a um único período de 15 dias, podendo ocorrer inúmeras e sucessivas renovações, caso haja uma fundamentação idônea. (...)". (AgRg no REsp 1525199/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª TURMA, j. em 21/06/2016, DJe 01/07/2016).

Diante desse panorama, as prorrogações das *interceptações* eram mesmo de rigor e foram, de resto, determinadas à luz do art. 5º da Lei nº 9.296/96[1].

Por outro lado, impossível se cogitar de trancamento da ação penal, uma vez que tal medida, conforme iterativa jurisprudência, se situa no campo da excepcionalidade. Somente é cabível, por meio do *habeas corpus*, o trancamento aqui perseguido quando há comprovação, de plano, da ausência de *justa causa* para a ação penal, seja em razão da *atipicidade da conduta* supostamente praticada pelo paciente, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de *extinção da punibilidade.*

Diante dos documentos que acompanham a impetração, constata-se que há indícios suficientes da materialidade e da autoria para a deflagração da ação penal, não existindo nenhum elemento que evidencie, de plano, a ausência de *justa causa.*

Portanto, não sendo cabível o exame aprofundado de provas pela via estreita do *habeas corpus*, a matéria referente à prova da autoria do delito deve ser previamente conhecida pelo *juiz natural* da ação penal originária, a quem incumbe apreciar e julgar o mérito da pretensão acusatória nela deduzida.

De outra parte, o pedido de revogação da prisão preventiva da paciente também não merece acolhimento.

Segundo se extrai dos elementos que acompanham a impetração, M. foi denunciada como incursa no artigo 35, *caput*, cc. art. 40, incisos III, IV e VI da Lei 11.343/06, porque seria integrante de organização criminosa dedicada ao tráfico de drogas na cidade e Comarca de São José dos Campos.

Ao converter a prisão temporária da paciente em preventiva, o i. Magistrado *a quo* consignou (fls. 29/31):

"[-] Conforme decidido anteriormente – remeto-me, neste ponto, aos fundamentos fáticos elencados na decisão que decretou a prisão temporária –, reuniram-se contra os ora denunciados indícios de envolvimento em associação criminosa voltada à prática do tráfico de drogas em larga escala, de maneira organizada, integrada por membros da conhecida facção denominada PCC, atuando de há muito na zona sul da cidade de São José dos Campos.

'Mister, portanto, seja a ordem pública preservada, evitando-se

Acesso ao Sumário

1 Lei nº 9.296/96 - Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

que os denunciados continuem promovendo o tráfico de drogas em tamanha dimensão, delito equiparado aos hediondos, dados os efeitos devastadores da dependência química nas pessoas, nas famílias, na criminalidade em geral, enfim, nas bases da sociedade.

'Os ora denunciados foram reiteradamente monitorados em comunicações telefônicas denotativas de seu envolvimento na associação voltada à prática da ilícita mercancia. Tais elementos são indícios de que em liberdade tornarão a delinquir.

'Como bem ressaltou o órgão do Ministério Público, o denunciado L., acusado de ser o líder da associação criminosa, permanece foragido. Outra evidência de que, caso sejam colocados em liberdade, os demais acusados retomaram suas atividades como membros daquela organização.

'Também assiste razão ao titular da ação penal ao ressaltar que vários dos denunciados são membros do PCC, facção criminosa que atua dentro e fora do sistema prisional, já atentou contra os poderes constituídos, seus membros normalmente não têm endereços fixos e não se utilizam de terminais de telefonia devidamente cadastrados para se comunicar. Daí a custódia cautelar ser medida que convém à instrução, de maneira a preservar a integridades dos elementos de prova já produzidos e assegurar que a instrução seja realizada de maneira regular. Pelos mesmos motivos, há fundada razão para crer que, em liberdade, os acusados poderão tentar frustrar a aplicação da Lei Penal. Tanto que alguns dos acusados efetivamente empreenderam fuga quando da decretação de suas prisões temporárias.

'[-] Pelos fundamentos supra, nos termos dos artigos 312 e 313, I, ambos do CPP, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE TODOS OS DENUNCIADOS, EXPEDINDO-SE OS RESPECTIVOS MANDADOS DE PRISÃO. (...)".

Diante das circunstâncias mencionadas pelo i. Juiz, impossível se cogitar de liberdade provisória, devendo ser mantida a prisão processual da paciente, como medida para garantir a manutenção da ordem pública, dada a gravidade do delito praticado.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

"(...) 1. Ao princípio constitucional que garante o direito à liberdade de locomoção (CR, art. 5º, LXVIII) se contrapõe o princípio que assegura a todos o direito à segurança (art. 5º, caput), do qual decorre, como corolário lógico, a obrigação do Estado com a "preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144). Presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência (CR, art. 5º, inc. LXVIIII). Poderá ser decretada, entre outras hipóteses, para

Acesso ao Sumário

> a garantia da ordem pública, conceito jurídico que "não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins) (HC 104.877/RJ, Rel. Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, j. 01/03/2011). Conforme José Frederico Marques, "desde que a permanência do réu, livre ou solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública". (...) A substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319) não é recomendável quando aquela estiver justificada na "periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada" (...). Recurso desprovido". (STJ – RHC 58048/BA – Rel. Min. NEWTON TRISOTTO (Desembargador do TJ/SC) – 5ª Turma – DJe 02/09/2015).

Dessa forma, respeitado o entendimento do Ilustre Ministro Marco Aurélio, entendo que, no caso concreto, a existência de prova segura da materialidade delitiva e veementes indícios de autoria davam suporte à prisão preventiva decretada pelo Juízo *a quo*, para resguardo à ordem pública, razão pela qual não vislumbro qualquer ilegalidade na prisão ora combatida e revogada pelo E. STF.

Cabe ressaltar que, muito embora o conceito "ordem pública" seja muitas vezes adjetivado de "vago" e "impreciso"[2], está visivelmente conjugado com o dever do Magistrado de examinar o cabimento da prisão ou medidas cautelares em função da dinâmica social[3], que pode exteriorizar-se na exigência de resposta estatal mais efetiva relativamente a determinada espécie de crime, numa dada conjuntura[4].

Assim é, aliás, em quase todas as legislações contemporâneas do Ocidente, que adotaram os mesmos requisitos para a decretação da prisão preventiva, com destaque para a dos Estados Unidos da América[5], que possuem inegável tradição de respeito ao princípio da *presunção da inocência* (o princípio passou a integrar

2 Nesse sentido, por exemplo, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II, pág. 370, para quem trata-se de "um conceito vago, indeterminado"; e CHOUKR HASSAN, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 147-148, para quem trata-se de "argumento típico da retórica de emergência" etc.

3 Sobre o tema, vide nossas considerações no trabalho que publicamos em parceria com MARCO ANTONIO GARCIA BAZ, intitulado *Fiança Criminal e Liberdade Provisória, 2ª edição.* São Paulo: Ed. RT, 2000, fls. 56/61.

4 Para JULIO FABBRINI MIRABETE, *"(...) o conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão." (Processo Penal.* São Paulo: Atlas, 15ª ed. rev. e atual., 2003).

5 *Fiança Criminal e Liberdade Provisória..., op. cit*., fls. 56/57.

Acesso ao Sumário

a Constituição dos Estados Unidos da América no ano de 1791, contido na 5ª Emenda da "Declaração de Direitos") e nem por isso deixam de contemplar na lei a hipótese de manutenção do acusado no cárcere se presente a necessidade de garantir a *ordem pública*[6].

De fato, a lei norte-americana[7] relaciona de forma bem mais detalhada do que o Código de Processo brasileiro quais os fatores que o juiz deve levar em conta para determinar se o agente criminoso faz jus ou não à liberdade provisória. Tais fatores, em resumo, referem-se à gravidade da acusação, expressada pelo uso, ou tentativa, ou ameaça de uso de violência contra a pessoa ou a propriedade de outrem; *o peso das evidências* disponíveis contra o agente[8]; às *condições pessoais do agente*, que são descritas na lei como "*caráter pessoal, condições físicas e mentais, laços familiares, emprego, recursos financeiros, tempo de residência no local do crime, laços com a comunidade, conduta social pretérita, registros de abuso no uso de drogas ou álcool, histórico criminal e eventuais registros anteriores relacionados a não observância do compromisso de comparecimento aos atos de um processo criminal após soltura provisória*"; e, ainda, à eventual circunstância de o crime ter sido cometido durante o gozo de liberdade provisória ou cumprimento de suspensão condicional da pena em razão de outra infração (independentemente de haver sido requerida a prisão temporária – como previsto no § 3142[d] – para o fim de serem revogados esses benefícios)[9].

6 A decisão mais conhecida da justiça norte-americana acerca da *periculosidade* como fundamento para a recusa da liberdade provisória é a proferida pela Suprema Corte (USSC) no caso "U.S. v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987), na qual a Corte afirmou que "*não há inconsistência lógica em afirmar-se a probabilidade de que determinado agente venha a praticar crime no futuro*". Vide a respeito *Fiança Criminal e Liberdade Provisória, op. cit.,* págs. 217 e ss.

7 O *Bail Reform Act of* 1984, que atualizou a legislação federal acerca da questão da fiança e medidas cautelares penais.

8 O 9º Circuito de Apelação dos EUA – que corresponde aos nossos Tribunais Federais Regionais – entende, a nosso ver acertadamente, que o peso das evidências contra o preso é o aspecto de menor relevância a ser considerado nesta altura; assim, v.g., "U.S. *v.* Motamedi, 767 F.2d 1403, 9th. Cir. 1985". Realmente, durante a "hearing" – audiência na qual se discute questões preliminares, inclusive o cabimento de fiança ou outras medidas cautelares [precursora das "audiências de custódia" introduzidas a partir do último mês de fevereiro por iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça, publicado no Diário Oficial da Justiça de 27 de janeiro] – não se concebe qualquer discussão acerca do *meritum causae*, sendo, pois, suficiente a existência de sérios indícios de autoria e materialidade, tal como definidos na lei brasileira.

9 Nos EUA, são severíssimas as sanções para o indivíduo que descumpre qualquer das condições impostas para a concessão da liberdade provisória (em face da prática de crime de competência da Justiça Federal). E, se o réu pratica novo crime durante o gozo de liberdade provisória, por exemplo, fica sujeito às seguintes sanções: a) se a ofensa principal é punida com pena de morte, prisão perpétua ou quinze anos ou mais de prisão:- multa de US$250.000 ou dez anos de prisão, ou ambos; b) se punida com mais de cinco anos e menos de quinze:- multa de US$250.000 e cinco anos de prisão, ou ambos; c) se punida com mais de um ano e menos de cinco:- multa de US$250.000 e dois anos de prisão; d) se punida com um ano ou menos de prisão ou somente multa:- multa de US$100.000 e um ano de prisão; 2) Perda da garantia patrimonial exigida para a soltura: a) cobrança, pelo Estado, do valor estipulado a título de "promessa de fiança"; b) perda de qualquer

Acesso ao Sumário

No caso brasileiro, como já tivemos oportunidade de afirmar[10], "*a inserção da possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica (de acordo com a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou as Leis 4.137/62, 8.002/90 e 8.158/91 e alterou o art. 312 do CPP) parece sinalizar intenção do legislador de estender o conceito de ordem pública às situações em que a 'gravidade' do crime, sua 'repercussão' ou a 'reação do meio ambiente à ação criminosa' tornam exigível do juiz raciocínio mais diluído do que aquele que se projeta apenas sobre as consequências da violência ou ameaça que incidiram sobre vítima determinada*".

Para esse sentido, aparentemente, evolui a jurisprudência brasileira, reconhecendo que a *ordem pública* é conceito que extrapola a gravidade intrínseca relativa à tipificação individual de determinadas condutas, aflorando, porém, do "*modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)",* constituindo-se em pressuposto de prisão cautelar "*como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social*"[11].

Quanto aos outros pressupostos da prisão preventiva, verifica-se que são em geral bem aceitos pela doutrina e jurisprudência, enquanto relacionados à necessidade de evitar a fuga do agente (e, assim, garantir a aplicação da lei penal) ou de prevenir a prática de condutas que possam prejudicar terceiros e/ou coisas envolvidas com o processo (ameaças a vítimas e testemunhas, destruição de provas etc.), vindo a prejudicar o bom andamento da causa (conveniência da instrução).

Daí que, em casos como o ora em análise, em que há fortíssimos indícios de prática pelo agente de crime sobre o qual pesa a mais severa repugnância

Acesso ao Sumário

propriedade que tenha sido ofertada ao tempo da soltura para assegurar o juízo quanto ao comparecimento do réu aos atos do processo; e c) perda do valor em dinheiro efetivamente dado em fiança (cf. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória,* op. cit., páginas 222-223 e 230).

10 *Fiança Criminal e Liberdade Provisória..., op. cit., pág. 60.*

11 HC 104877, Relator Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00168; e, no mesmo sentido: STJ, RHC 58.048/BA, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC -, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015.

social (como amplamente reconhecido, o tráfico de drogas constitui causa direta do alastramento da violência urbana nas últimas décadas), não se vislumbra o constrangimento ilegal propalado.

Pelas mesmas circunstâncias, igualmente mostra-se descabida a substituição da custódia por medidas cautelares liberatórias previstas no artigo 319 do CPP, as quais afiguram-se insuficientes, especialmente considerando a destacada gravidade do delito atribuído ao paciente, a exigir, por parte do Estado, resposta pronta e efetiva.

A propósito, nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *"(...) 1. Ao princípio constitucional que garante o direito à liberdade de locomoção (CR, art. 5º, LXVIII) se contrapõe o princípio que assegura a todos o direito à segurança (art. 5º, caput), do qual decorre, como corolário lógico, a obrigação do Estado com a "preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144). Presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência (CR, art. 5º, inc. LXVIIII). Poderá ser decretada, entre outras hipóteses, para a garantia da ordem pública, conceito jurídico que "não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)" (HC 104.877/RJ, Rel. Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, j. 01/03/2011). Conforme José Frederico Marques, "desde que a permanência do réu, livre ou solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública". (...) A substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319) não é recomendável quando aquela estiver justificada na "periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada" (...). Recurso desprovido". (STJ – RHC 58048/BA – Rel. Min. NEWTON TRISOTTO (Desembargador do TJ/SC) – 5ª Turma – DJe 02/09/2015).* [sublinhei]

Pelo exposto, respeitado o juízo emanado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 139.654/SP, entendo que a prisão noticiada com a impetração não traduz qualquer constrangimento ilegal ao direito de locomoção da paciente que demande reparação por via deste *remédio heroico*.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem pleiteada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2000638-09.2017.8.26.0000, da Comarca de Jaguariúna, em que é impetrante CALEBE VALENÇA FERREIRA DA SILVA e Paciente JHONATAN RIBEIRO DA SILVA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, concederam em parte a ordem para decretar a nulidade da decisão, que recebeu a denúncia oferecida contra o paciente Jhonatan Ribeiro da Silva e os corréus, devendo outra ser proferida, observada a garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, mantida a segregação cautelar.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.421)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 8 de março de 2017.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: *Habeas Corpus*. Liminar. Art. 157, § 2º, II e V, CP. Prisão Preventiva. Fundamentação inidônea. Prejulgamento. Revogação. Recebimento da denúncia. Decisão não motivada. Nulidade. O artigo 93, IX, da Constituição Federal, consagra o princípio da motivação dos atos processuais, a exigir indicação expressa das razões que levaram a determinada solução. Despacho que rejeita ou recebe a denúncia tem conteúdo decisório, a exigir devida fundamentação. Motivação *ad relationem* não satisfaz a garantia constitucional. Necessário verificar se os fatos narrados, na denúncia, têm amparo nos elementos constantes do inquérito policial ou se, em tese, configuram crime. Decisão que recebeu a denúncia não fundamentada. Decreto de prisão preventiva, de outro lado, devidamente fundamentado, não violado o princípio da imparcialidade do juiz natural. Segregação cautelar não representa constrangimento ilegal e encontra respaldo nos elementos de convicção até então constantes dos autos. Ordem concedida em parte para decretar a nulidade da decisão, que recebeu

Acesso ao Sumário

a denúncia, devendo outra ser proferida, observada a garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, mantida a segregação cautelar.

VOTO

O ilustre advogado Calebe Valença Ferreira da Silva, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da 1ª Vara Judicial da Comarca de Jaguariúna – SP, impetra o presente *habeas corpus*, em favor de *Jhonatan Ribeiro da Silva*, visando a revogação da prisão preventiva, medida decretada, por decisão, sem fundamentação idônea, violado o princípio do juiz natural isento. Afirma duvidosa a participação do paciente, no delito; ademais, presume-se sua boa-fé, pois compareceu espontaneamente, perante a autoridade policial. Alega que a gravidade abstrata do delito e a utilidade da prisão, para celeridade da instrução, não constituem fundamentos idôneos, para justificar a segregação cautelar; ademais, não individualizada a necessidade da prisão, para cada acusado. Pleiteia, também, reconhecida a nulidade da decisão, que recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva, seja determinada a redistribuição do processo. Sustenta que a autoridade impetrada incorreu em indevido prejulgamento do feito, ao afirmar que "*os acusados praticaram crime grave...*" (fls. 1/7). Acompanham os documentos de fls. 8/89.

Denegada a liminar, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 95/96), acompanhadas da documentação de fls. 97/104.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (fls. 106/108).

É o relatório.

O paciente *Jhonatan Ribeiro da Silva (Jo)* foi denunciado como incurso no artigo 157, § 2º, II e V, do Código Penal, porquanto, no dia 31 de maio de 2016, por volta das 8h, em Jaguariúna – SP, juntamente com os corréus Willian dos Santos Brito e Alexsandro Miranda dos Santos Silva (Casquinha), mediante violência e grave ameaça exercida com simulação de porte de arma de fogo e mediante restrição da liberdade da vítima Wilson da Silva Arantes, teria subtraído 1.400kg de carne e derivados, de propriedade da empresa Trend Comércio de Produtos Alimentícios.

Oferecida denúncia, em 29 de julho de 2016, recebida, em 30 de setembro de 2016, foi decretada a prisão preventiva do paciente e dos corréus. Aguarda-se a citação do paciente e dos corréus.

A decisão, ora impugnada, está assim consignada:

"Recebo a denúncia de fls. 01/03 em face do(s) réu(s) WILLIAN DOS SANTOS BRITO, ALEXSANDRO MIRANDA DOS SANTOS e JONATHAN RIBEIRO DA SILVA, ficando DEFERIDA a manifestação do M.P." (fls.

Acesso ao Sumário

61/62)

A necessidade de fundamentação do despacho, que recebe ou rejeita a denúncia, decorre da garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Se constitui decorrência do comando constitucional, após a reforma do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 11.719/08, não pode ser descartada a necessidade de fundamentação do despacho, que admite ou rejeita a acusação.

O despacho, que rejeita ou acolhe a denúncia, tem eminentemente conteúdo decisório vez que aprecia a admissibilidade da imputação.

Com a nova sistemática processual, introduzida pela Lei 11.719/08, não há possibilidade do recebimento da denúncia sem fundamentação devida.

Estabelece o artigo 395, do Código de Processo Penal, que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta (I); faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (II); faltar justa causa para o exercício da ação penal (III).

Com substrato nos elementos indiciários, constantes do inquérito policial ou do auto de prisão em flagrante, a decisão judicial de forma motivada deve indicar a presença dos pressupostos processuais, inclusive a justa causa.

A motivação da decisão judicial, que admite a imputação formulada contra o acusado, se mostra necessária, em decorrência da garantia constitucional, prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Fica definitivamente evidenciada a necessidade da motivação ou da fundamentação, em face do artigo 395, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/08.

A persecução penal, mediante o recebimento da denúncia, atinge o *status libertatis* da pessoa a exigir que a instauração da ação penal venha acompanhada da devida motivação.

A motivação *ad relationem* não satisfaz à garantia constitucional assegurada no artigo 93, IX, da Constituição Federal, ao estatuir que todos os julgamentos serão públicos e *fundamentadas* todas as decisões.

A motivação do despacho judicial deve espelhar a escolha judicial entre as alternativas possíveis de modo a propiciar, inclusive, a impugnação do ato.

A fundamentação da decisão judicial retrata o caminho percorrido pelo juiz na medida em que valora esta ou aquela circunstância, seleciona este ou aquele fato, leva em conta tal ou qual situação.

Para que a decisão judicial possa ser considerada motivada não basta que os argumentos apresentados pelas partes sejam simplesmente acolhidos. É imprescindível que o provimento judicial apresente as razões da aceitação ou

Acesso ao Sumário

recusa do pedido.

A mera referência à manifestação da acusação não se presta para fundamentar a decisão judicial. Observa Magalhães Gomes: "*é preciso fazer uma referência destacada ao generalizado costume, sobretudo no Juízo criminal, de se adotar como razão de decidir o conteúdo de pronunciamentos do órgão do Ministério Público. Essa prática, além de não atender a apontada exigência de legitimidade, transferindo o ônus de motivar a sujeito diverso, também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a imparcialidade da decisão, pois não é certo que as próprias razões do provimento sejam dadas por uma das partes" (A motivação das decisões penais.* SP: RT, 2001, p. 201/202).

Necessário verificar se os fatos narrados, na denúncia, têm amparo nos elementos constantes do inquérito policial e se, em tese, configuram crime. Tal não significa prejulgar ou extrapolar a função jurisdicional.

No caso presente, nos termos em que lançada, a decisão, ora impugnada, não está suficientemente fundamentada. Não indicada, com base nos elementos indiciários, constantes do inquérito policial, a presença dos pressupostos processuais, inclusive a justa causa.

De outro lado, no que se refere ao decreto de prisão preventiva, a decisão, ora impugnada, apontou para a necessidade da prisão cautelar, para garantir a ordem pública e preservar a instrução criminal. Consignado, ademais, presentes indícios de autoria, a partir do reconhecimento, pela vítima.

Em que pese consignado que "*os acusados praticaram crime grave de roubo*", não incorre em prejulgamento do feito. Trata-se de decisão que examina a necessidade ou não da medida cautelar. Não enfrenta o objeto da imputação. Ainda que de forma concisa, aponta para a necessidade da segregação, a partir das circunstâncias que envolvem os fatos. Limita-se a descrever o delito imputado, de modo a justificar a necessidade da segregação cautelar. Não se reconhece assim, violação ao princípio da imparcialidade do juiz natural.

A manutenção da prisão cautelar do paciente não representa coação ilegal e encontra o respaldo necessário, ao menos em princípio, nos elementos de convicção até então constantes nos autos.

A manutenção da prisão cautelar do paciente sustenta-se em situação objetiva e concreta, que autoriza a restrição de liberdade, que antecede a sentença condenatória definitiva.

Trata-se de delito de roubo, praticado, em tese, com grave ameaça, em concurso de três pessoas, mediante simulação de porte de arma de fogo e restrição da liberdade da vítima.

O contorno dos fatos, até então delineado, não dá ensejo à liberdade provisória, ainda que acompanhada de medidas cautelares diversas da prisão.

Acesso ao Sumário

A prisão cautelar não fere o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, desde que evidenciada que a restrição de liberdade do agente mostra-se necessária. Em face de sua natureza processual, justifica-se no momento em que visa assegurar o regular andamento do processo.

Convive de forma harmônica com a garantia de presunção de inocência, bastando para tanto, que as circunstâncias fáticas recomendem a medida extrema.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam em parte a ordem para decretar a nulidade da decisão, que recebeu a denúncia oferecida contra o paciente *Jhonatan Ribeiro da Silva* e os corréus, devendo outra ser proferida, observada a garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, mantida a segregação cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2078453-19.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é paciente IGOR OLIVEIRA MARCHIORI e Impetrante FERNANDO BERTOLOTTI BRITO DA CUNHA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem, com a expedição de Mandado de Prisão em desfavor do paciente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.382)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEME GARCIA (Presidente) e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 28 de março de 2017.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. Juízo de prelibação. Retratação nos termos do art. 1.030, II do CPC. Cabimento. Necessidade de adequação do *decisum* ao pronunciamento posterior pelo E. STF. Cabimento da prisão do paciente após a publicação de acórdão confirmatório da condenação por este Tribunal

Acesso ao Sumário

bandeirante. Restauração do anterior entendimento jurisprudencial do Supremo quanto ao cabimento da "execução provisória". Invocação dos argumentos trazidos no acórdão paradigma: HC nº 126.292/SP do STF. Harmonização do princípio da presunção de inocência com o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado (art. 5º, caput e incisos LVII, LXI e LXXIII da CF). Gradação da culpa de acordo com o avanço da ação penal. Trânsito em julgado da matéria de fato nas instâncias ordinárias. Impropriedade no manejo dos recursos extraordinários para defesa de direitos individuais. Exigência da repercussão geral, transcendência e relevância da tese jurídica para conhecimento do RE e REsp. Correção da incongruência entre o direito e a realidade social. Término da presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias, diminuição do grau de seletividade do sistema jurídico brasileiro e promoção da quebra do paradigma da impunidade, impedindo a ocorrência da prescrição ou a imposição de pena em momento muito posterior ao cometimento do delito. Alteração do acórdão recorrido para determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, que foi condenado pelo Tribunal do Júri, teve seu recurso de apelação improvido por este Tribunal e os recursos extraordinários inadmitidos.

VOTO

1. O Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, interpôs recurso especial e extraordinário contra o V. Acórdão de fls. 171/175, alegando, em síntese, ser cabível a expedição de mandado de prisão contra o paciente IGOR OLIVEIRA MARCHIORI, com base no art. 27, § 2º da Lei 8038/90, art. 637 do Código de Processo Penal, art. 995 e art. 1029, § 5º do Código de Processo Civil e Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, decisões proferidas pelo STF no HC n. 126.292/SP, ADC 43, ADC 44 e Tema 925 (ARE 964246 RG/SP).

É o relatório.

2. Em juízo de retratação, altero o *decisum.*

Com efeito, constou do acórdão recorrido, de minha relatoria, que à época do julgamento do ED no HC nº 2078453-19.2016.8.26.0000, não existia

Acesso ao Sumário

segurança jurídica para modificar o entendimento desta Colenda 16 ª Câmara de Direito Criminal, com base em entendimento desautorizado pelo Exmo. Min Marco Aurélio, que conceder medida cautelar nas ADCs nº 43 e 44 para vedar a expedição de mandado de prisão contra acusados antes do trânsito em julgado da condenação.

A celeuma, no entanto, dissolveu-se, pois em sessão de julgamento de 05.10.2016, o pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli, firmou o entendimento pela admissibilidade da prisão do condenado, antes do julgamento dos recursos especial e extraordinário.

Curvo-me à posição da maioria da Corte Constitucional reconhecendo que o paciente Igor Oliveira Marchiori praticou homicídio qualificado no ano de 1998, foi condenado pelo soberano Tribunal do Júri em 2009, teve seu recurso de apelação provido para submeter o acusado a novo Júri em 2009, foi novamente condenado pelo Juízo Popular, em 2013 (à pena de 12 anos reclusão), apelou e teve sua culpa e pena confirmadas por este Tribunal em 2014, interpôs recursos especial e extraordinário que não foram admitidos em 2015, agravou por instrumento perante o C. STJ, e seu recurso não foi conhecido em abril 2016, apresentou agravo regimental ao qual foi negado provimento em junho de 2016, opondo, enfim, embargos declaratórios, utilizando de sequência ininterrupta de recursos para impedir o trânsito em julgado do decreto condenatório.

Isto porque, após análise das teses divergentes, com a respeitosa vênia aos entendimentos dos Eminentes Ministros Rosa Weber (que defende a manutenção da jurisprudência do STF para preservação da segurança jurídica), Marco Aurélio (para o qual não se pode admitir o esvaziamento do modelo garantista da CF 88, o transbordamento da competência do Poder Judiciário ou afastamento da garantia da não culpabilidade), Celso de Mello (igualmente defensor das garantias individuais, sintetizando que a "majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado") e Ricardo Lewandowski (destacando a taxatividade do dispositivo constitucional, que não admite interpretação, bem como atento à disparidade da previsão de um sistema processual mais protetor da propriedade – esfera civil – do que da liberdade do cidadão – esfera penal), alinho-me à posição da maioria da Corte Suprema para reconhecer que a execução da pena antes do julgamento de recurso especial e extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, é lítica e não viola o princípio da presunção de inocência. Nos termos do acórdão paradigma (HC nº 126.292/SP do STF):

> *CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR*

Acesso ao Sumário

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.

Neste passo, convencido da necessidade, legitimidade e legalidade da mutação constitucional, afasto a alegação de desrespeito ao princípio da presunção de inocência, cuja natureza bem demonstra não possuir ele caráter absoluto, mas pelo contrário, como qualquer outro princípio, sofrer ponderação de sua incidência, no caso concreto, face ao conflito com outros de igual quilate.

Observo que no atual estágio do Estado Democrático de Direito Brasileiro, em matéria de processo penal, a polarização premente não é a de ”garantias individuais” *versus* “abuso do poder estatal”, mas a de “garantias individuais” *versus* “garantias coletivas”, bem representada pelo contrassenso de que um acusado submetido ao devido trâmite processual penal seja investigado pela polícia judiciária, regularmente processado, condenado pelo juiz criminal, tenha o recurso de apelação improvido, sua culpa confirmada e, mesmo nestas circunstâncias, seja considerado absolutamente inocente.

O Direito não há que ser ilógico e, neste ponto, não encontro na corrente minoritária do Supremo resposta para a flagrante incongruência apontada. Há um problema jurídico e ele se resolve satisfatoriamente com a compatibilização do princípio da presunção de inocência com o reconhecimento da progressiva demonstração da culpa do acusado no decorrer do processo.

Com efeito, há de um lado o direito individual de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVIII, CF) e, a respeito dele, necessário distinguir que a garantia constitucional intangível e inviolável, reside no “núcleo essencial” de atribuir o ônus da prova da culpa, no processo penal, à acusação. É o Ministério Público ou o querelante quem deve provar a culpa do acusado, vedada a presunção de culpabilidade daquele que não comprova sua inocência.

Acesso ao Sumário

No entanto, o elemento “culpado”, constante da norma constitucional, é passível de interpretação e admite um tratamento progressivamente mais gravoso, desde que não se ofenda o “núcleo essencial” do princípio. Daí porque não há que se falar em violação à presunção de inocência pelo cumprimento das penas ainda pendentes de recursos extraordinários.

Na mesma linha da gradação de princípios acima exposta, e de lado oposto à interpretação irrestrita e absoluta da presunção de inocência, está o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e à segurança (art. 5º, *caput*, CF), que materializam a efetividade da tutela penal. Sua Excelência,

o Ministro Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre o tema, ponderou que ordem pública "*compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário*", bem como que ela "*deve ser entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal*".

De fato, o conceito de "ordem pública" opõe-se ao de impunidade. Onde não há efetividade estatal, impera a impunidade e este é um retrato possível da realidade brasileira, em que direitos coletivos vêm sendo institucionalmente sacrificados em nome de direitos individuais, tidos erroneamente como absolutos.

Sintomático, a esse respeito, que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos tenha fixado como prioridades temáticas do Escritório Regional para América do Sul, a questão: a) do Estado de Direito e impunidade; b) da Segurança pública e violência; c) Discriminação (todos os tipos), e; d) Pobreza, juntamente com os direitos econômicos, sociais e culturais[1].

Some-se a tais argumentos, ainda, que o texto constitucional não impede a prisão antes do transito em julgado da condenação, circunscrita a garantia ora em debate, pelo contrário, à declaração culpa. É esta que não pode ser reconhecida antes do trânsito, pois, para a prisão, basta o flagrante delito ou a decisão judicial fundamentada (art. 5º, LVII e LXI).

Tem fundamento jurídico, portanto, a harmonização do princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado, tal como proposto no voto do Min. Teori Zavaski, ao admitir a execução provisória da pena após a prolação de acórdão confirmatório da sentença penal condenatória.

Conforme frisado pelo Eminente Ministro, não se trata de uma inovação, mas da restauração do entendimento que prevaleceu no E. STF desde a promulgação da CF 88 até o julgamento do HC nº 84.078, no ano de 2009. Confira-se a título de exemplo o HC nº HC 68.726/92:

> *HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO*

Acesso ao Sumário

1 Endereço eletrônico constante do texto original.

DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

Na mesma trilha, a confirmar o cabimento da "execução provisória", em 2003, foram editadas as Súmulas nº 716 e 717 do STF, que admitem a obtenção de benefícios previstos pela Lei de Execução Penal ao condenado por sentença não transitada em julgado:

Súmula nº 716: 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.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Outros fundamentos, ainda, justificam o cabimento da execução provisória, com destaque para as lições trazidas do direito comparado.

A Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, da qual o Brasil se tornou signatário, bem ilustra o alcance da garantia individual da presunção de inocência. *In verbis*:

"Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

A Inglaterra, Espanha e Argentina tem por regra, impor que o acusado aguarde o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, salvo hipóteses excepcionais como concessão de fiança, gravidez e enfermidade. Os Estados Unidos preveem a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena, salvo casos excepcionais. No Canadá, o Código Criminal é expresso ao priorizar o cumprimento das sentenças condenatórias tão logo impostas. No Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a presunção de inocência pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Quando declarada a culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos. A Alemanha prevê mecanismos processuais para garantir a efetividade imediata das decisões condenatórias, atribuindo efeito suspensivo

para apenas alguns recursos e tem bem clara a regra de que recursos a instâncias extraordinárias não impedem a execução da pena. Por fim, a literalidade do pensamento português reflete na posição de seu Tribunal Constitucional, segundo qual, tomar o princípio da presunção de inocência de forma absoluta seria o mesmo que impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

Enfim, como afirmou a Min. Ellen Gracie: "*em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema"* (HC 85.886/2005).

Sob o prisma legislativo, há que se avaliar, também, que o art. 637 do Código de Processo Penal preceitua não possuir efeito suspensivo o recurso extraordinário, assim concretizando a assertiva de que a instância extraordinária não exerce o mesmo papel que a ordinária e não compõe, portanto, o duplo grau de jurisdição.

Com efeito, a questão da matéria de fato se exaure nas instâncias ordinárias e os recursos especial e extraordinário não possuem, em regra, efeito suspensivo.

Ademais, que a sentença condenatória exprime um juízo de culpa, é fato incontroverso, mas este juízo ainda não é definitivo até a apreciação pelo Tribunal imediatamente superior, que exerce, efetivamente, o duplo grau de jurisdição, conhecendo e julgando ampla e irrestritamente todo o processo de conhecimento. Os recursos de natureza extraordinária, por sua vez, destinam-se à preservação do sistema normativo, exigem comprovação de repercussão geral, transcendência e relevância da tese jurídica, possuem devolutividade restrita, não alteram a preclusão da matéria de fato implementada nas instâncias ordinárias, tratam de questões que transcendem o interesse subjetivo da parte, motivo pelo qual não compõem o duplo grau de jurisdição.

Ressalte-se, ainda, que o papel do Supremo é formular teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais, e do STJ, é unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional. Tribunais Superiores não se destinam a "resolver injustiças do caso concreto", mas a oportunizar o exercício de seus "papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional" (Min. Edson Fachin). Logo, o recurso extraordinário *lato sensu*, "serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência" (Min. Gilmar Mendes).

Importante mencionar que, em aspectos práticos, segundo pesquisa realizada pelos Ministros da Suprema Corte, há um pequeno percentual de provimento dos Recursos Extraordinários interpostos. No HC 84078, Min.

Acesso ao Sumário

Joaquim Barbosa expôs que menos de 4% dos recursos são providos (excluídos os pedidos de progressão de regime corrigíveis por HC), tendo o Min. Luís Roberto Barroso complementado que "*no mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões*".

Assim, ante a mínima probabilidade de reforma da condenação, se esvazia o argumento de que os recursos extraordinários são necessários para definição da culpabilidade dos acusados. O Min. Luiz Fux trouxe a debate outro aspecto do trânsito em julgado, pois se a matéria de fato não pode ser alterada pela instância extraordinária, quanto a ela é possível se falar em trânsito em julgado, afastando-se a suposta ofensa ao art. 5º, LVII da CF.

Frise-se, de outro lado, que os equívocos cometidos nas instâncias ordinárias, também poderão ocorrer nas instâncias extraordinárias e que remanesce o cabimento do pleito cautelar por efeito suspensivo ao RE e REsp, além da impetração de *habeas corpus* para corrigir flagrante ilegalidade.

Destaca-se, ainda, que a relativização do trânsito em julgado foi adotada, de igual forma, pelo Poder Legislativo, quanto da edição da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) – declarada constitucional por meio das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, de relatoria do Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012 – que, em seu art. 1º, I, equiparou o trânsito em julgado da condenação à decisão condenatória por órgão judicial colegiado.

Desta forma, a restauração da jurisprudência da Suprema Corte visa corrigir a incongruência do direito com a realidade social, encerrar a presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias, diminuir o grau de seletividade do sistema jurídico brasileiro e promover a quebra do paradigma da impunidade, impedindo a ocorrência da prescrição ou a imposição de pena em momento muito posterior ao cometimento do delito.

Enfim, por tais fundamentos, retrato a decisão anterior para determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente Igor Oliveira Marchiori.

3. Por tais motivos, pelo meu voto, fazendo uso do juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, II do CPC, conferindo efeitos infringente aos embargos declaratórios opostos pela Procuradoria-Geral de Justiça, denego a ordem impetrada.

Expeça-se mandado de prisão em desfavor do paciente.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2020573-35.2017.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrada MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE MARÍLIA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança, para conferir efeito suspensivo ao Agravo de Execução interposto pelo Ministério Público até seu julgamento em Segunda Instância, pelo órgão colegiado competente, determinando-se, *ipso facto*, o retorno do sentenciado MARCO ANTONIO DE AZEVEDO ao regime semiaberto. Comunique-se, com urgência, ao douto Juízo impetrado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.661)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA CARVALHO (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 23 de março de 2017.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Deferimento de progressão ao regime aberto – Comprovação de que não foi cumprido o requisito objetivo para a progressão – Impossibilidade de progressão *per saltum* – Ilegalidade, em princípio, demonstrada, pois não respeitado o sistema progressivo de cumprimento de pena – Segurança concedida, excepcionalmente, para se atribuir efeito suspensivo ao Agravo de Execução interposto pelo Ministério Público e se determinar, *ipso facto*, o retorno do sentenciado Marco Antonio de Azevedo ao regime semiaberto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra ato da MM. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA

DE MARÍLIA (Processo de execução nº 655.513), consistente na concessão de progressão ao regime aberto ao sentenciado MARCO ANTONIO DE AZEVEDO.

Sustenta o impetrante, em síntese, que não estão presentes os requisitos para a progressão de regime. Aduz que MARCO ANTONIO cumpre pena de 18 (dezoito) anos, 03 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, pela prática de roubos, roubos duplamente qualificados e roubos qualificados, e só atingirá o cumprimento de 1/6 da pena no regime intermediário em 04/12/2017. Afirma que não pode haver progressão por salto, nos termos da Súmula nº 491 do C. STJ, e que o fato do sentenciado já ter resgatado parte da pena não lhe confere a condição privilegiada de progredir sem se observar a forma escalonada. Alega que a decisão diverge do sistema penal adotado em nossa legislação. Assevera que, no caso dos autos, embora tenha havido a progressão para o regime semiaberto, não se respeitou o cumprimento de mais 1/6 do restante da pena no regime intermediário, para a posterior progressão ao regime aberto. Aduz que não poderia ter sido concedida a progressão ao regime aberto, por falta do requisito objetivo, razão pela qual, contra tal decisão, foi interposto Agravo de Execução. Sustenta, porém, que referido recurso deve ser dotado de efeito suspensivo, para que o sentenciado não seja colocado "imerecidamente em liberdade" até o julgamento da insurgência recursal.

Negada a medida liminar (fls. 58/60), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 63).

Opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo "*conhecimento e deferimento da segurança"* (fls. 66/70).

É o relatório.

Pretende o impetrante a concessão efeito suspensivo ao Agravo de Execução que interpôs, até o respectivo julgamento (fls. 07).

Note-se que a Lei nº 12.016/2009 dispõe:

"Art. 5º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

"[...] II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo".

Tal vedação não incide *in casu*, pois o art. 197 da Lei nº 7.210/1984 é expresso no sentido de que, "*das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo*".

Observe-se, outrossim, o teor das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 63):

> "Paciente possui pena a cumprir em sede de execução criminal de um total de 11 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão que iniciou em 21.08.2012 e tem termo final previsto para 08.11.2023. Estava cumprindo pena em regime semiaberto na Penitenciária de Marília. Teve deferido pedido de progressão ao regime semiaberto em 29.09.2016. Por decisão

Acesso ao Sumário

de 26.01.p.p. foi deferida a progressão ao regime aberto uma vez que teria cumprido em 16.05.2016, 1/3 do restante das penas aplicadas, considerando como termo inicial para o cálculo a partir de 21.08.2012 (última prisão). Não há registro de falta no cumprimento recente das penas. O sentenciado foi intimado na pessoa de seu defensor em 15.02.2016, já que em 27.01 foi excluído do sistema prisional declarando residir na cidade e Comarca de Bauru".

Cumpre reconhecer que, no caso concreto, em caráter excepcionalíssimo, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao Agravo de Execução interposto.

Sabe-se que tal hipótese só se configura em caso de teratologia ou irregularidade cognoscível de plano de que padeça a decisão atacada.

E, no caso dos autos, há, pelo que consta, ilegalidade evidente na decisão que concedeu ao sentenciado Marco Antonio de Azevedo a progressão para o regime aberto, pois ele não cumpriu um sexto da pena no regime intermediário antes de progredir para o mais benéfico.

No sentido dessa necessidade o disposto no artigo112 da Lei de Execução Penal: "*A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz,* ***quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior*** *e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão*".

Assim sendo, deve-se respeitar o sistema *progressivo* de cumprimento de pena, com passagem gradativa por todos os regimes, o qual é o previsto pela legislação vigente. A progressão *per saltum* é inadmissível. Ou seja, é proibida a passagem direta do regime fechado para o aberto, assim como é vedada a passagem de um regime para outro sem o cumprimento do interstício mínimo (1/6) no regime imediatamente anterior (o que torna impossível o aproveitamento de tempo de pena cumprido em regime fechado para efeito de se progredir do semiaberto para o aberto, como ocorreu nesta hipótese concreta).

É o que dimana do entendimento sumulado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"Súmula 491- É inadmissível a chamada progressão* per saltum *de regime prisional".*

Importante destacar, também, o conteúdo do item 120 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

"120. Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do **cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto**, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução". Grifei.

Dessa forma e de acordo, ainda, com o artigo 33, parágrafo 2º, do

Acesso ao Sumário

Código Penal, o cumprimento da pena deve ser realizado de forma progressiva, com passagem do reeducando do regime mais rigoroso para o mais ameno, cumprindo, obrigatoriamente, pelo mesmo um sexto da pena em cada um dos imediatamente anteriores.

Entendimento diverso do ora enunciado violaria, evidentemente, o próprio escopo do instituto da progressão da pena, que é justamente o de reabilitar gradualmente o reeducando, possibilitando sua reinserção à sociedade.

Observa-se que, no caso dos autos, o benefício do regime semiaberto foi concedido ao sentenciado em 29/09/2016 (fls. 41). E, depois, em 26/01/2017, por meio da decisão objurgada, antes deste cumprir 1/6 (um sexto) da pena no regime intermediário, o Juízo *a quo* deferiu a progressão ao regime aberto (fls. 54/56).

A MM. Juíza impetrada explica em nas informações prestadas que considerou como termo inicial para cálculo a data de 21/08/2012, ou seja, a data da "última prisão". Por entender que desde então o sentenciado já havia cumprido 1/3 (um terço) da pena, faria jus ao regime aberto, que lhe concedeu. Todavia, nos termos do já explanado acima, não bastava, para sua obtenção, o cumprimento de 1/3 (um terço) da reprimenda total, pois necessário seria que 1/6 (um sexto) houvesse sido cumprido sem regime semiaberto.

Cópia do cálculo utilizado pela autoridade impetrada e citado por ela na decisão de fls. 55 ("*cálculo de benefícios elaborado a fls. 177 verso do apenso de roteiro de penas*") foi juntada a estes autos (fls. 75).

Porém, o correto seria calcular a fração de 1/6 (um sexto) a partir da data da concessão do regime semiaberto, pois o artigo 112 da Lei de Execução Penal é claro ao determinar que o sentenciado deve ficar custodiado no regime anterior por período correspondente a, no mínimo, um sexto da pena.

Do Boletim Informativo de fls. 44/50 consta, pois, cálculo no qual considerado o dia do deferimento da progressão ao regime semiaberto como data-base para contagem do lapso temporal, indicando que o lapso de 1/6 (um sexto) só será cumprido em 21/12/2017.

Dessa forma, acha-se comprovada a ilegalidade, pois não respeitado o sistema progressivo de cumprimento de pena e não preenchido o requisito objetivo para progressão ao regime aberto.

Diante do exposto, **concede-se a segurança**, para conferir efeito suspensivo ao Agravo de Execução interposto pelo Ministério Público até seu julgamento em Segunda Instância, pelo órgão colegiado competente, determinando-se, *ipso facto*, o retorno do sentenciado MARCO ANTONIO DE AZEVEDO ao regime semiaberto. Comunique-se, com urgência, ao douto Juízo impetrado.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0000987-18.2016.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido CARLOS ANTONIO DE SOUZA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.842)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2017.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE DEVE SER RECEBIDA A DENÚNCIA POR CARACTERIZAR FATO TÍPICO A CONDUTA IMPUTADA AO RECORRIDO.

DENÚNCIA OFERECIDA PARA APURAÇÃO DA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 155, *CAPUT*, DO CP.

SITUAÇÃO A ENSEJAR A MANTENÇA DA REJEIÇÃO DA PEÇA INAUGURAL, TODAVIA POR OUTRO FUNDAMENTO.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão do MM. Juiz da Décima Nona Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, pela qual foi rejeitada a exordial oferecida em desfavor de Carlos Antônio de Souza, por incurso, em tese, nos ditames dos artigos 155, *caput*, do Código Penal (fls. 77/79).

Aduz o doutor Promotor de Justiça que a r. decisão deve ser reformada para que seja recebida a denúncia, por ser incabível a aplicação do princípio

da insignificância, cuja recepção entende que deveria ser submetida a anterior análise pelo Ministério Público, para eventual aditamento dessa, o que ensejou afronta aos ditames dos arts. 155, § 2º, do CP, e 384, § 1º, do CPP, acrescentando que não foi recepcionado em nosso ordenamento jurídico tal princípio, além do que se trata o recorrido de plurirreincidente, que sequer ressarciu a vítima do prejuízo que sofreu (fls. 84/86).

A Defesa ofereceu contrarrazões, batendo-se pela manutenção da r. decisão, alegando que a exordial é inepta, por nela ser narrada de forma superficial o ocorrido, sem conter a quantidade e valor dos bens subtraídos; quanto a ter sido o recorrido vigiado durante todo o tempo; quanto a ter sido detido por um policial militar, e não por seguranças da loja; por ser de mínima a ofensividade ao bem jurídico tutelado, inclusive porque o bem foi devolvido para a vítima, que não suportou prejuízo; porque a reincidência, não comprovada, não impede a aplicação do princípio da bagatela, e porque incidiu na espécie também a figura do crime impossível, posto que a ação do réu foi monitorada desde o início, a inviabilizar a consumação do delito (fls. 94/103).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Luiz Antonio Guimarães Marrey, se manifestou pelo reconhecimento da inépcia da denúncia, por não ter sido nela descrita a quantidade, marca e valor dos bens subtraídos, que foram informados no inquérito, acrescentando que, em que pese seja necessária parcimônia na aplicação do princípio da insignificância, tal incidiu na espécie, pois o valor da *res* é ínfimo, o réu não cumpre pena há mais de dez anos e a empresa vítima não sofreu prejuízo (fls. 104/105).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto há que se desprover o recurso ministerial, mantendo-se a rejeição da denúncia, todavia, não pelo fundamento lançado na r. decisão monocrática.

Segundo consta na denúncia, o recorrido, no interior do Supermercado Imp Export Peg-Pese, "recolheu vários tabletes de chocolate de uma gôndola" (fl. 01), as quais escondeu sob as axilas, embaixo do blusão que usava, rumando para a porta de saída, sem efetuar o devido pagamento na caixa, tendo sido surpreendido por seguranças nas imediações do estacionamento, e detido, em seguida, por policiais (fls. 01/03).

O MM. Juiz rejeitou a peça inicial, pela justificativa de que o caso preenche os requisitos ensejadores da aplicação do princípio da insignificância, por não configurar o valor da *res furtivae* prejuízo de relevância econômica para o ofendido (fl. 77).

Ocorre que tal princípio, criação da construção jurisprudencial do denominado "delito de bagatela", não aceito de forma tranquila pela doutrina, não encontra amparo legal, mormente no caso concreto, para o qual há previsão,

Acesso ao Sumário

no Estatuto Repressivo, da modalidade privilegiada do furto, com base no pequeno valor do prejuízo causado.

E sobre o tema, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em decisão da lavra do hoje eminente Desembargador SILVÉRIO RIBEIRO, entendeu que **"... o nosso ordenamento jurídico ainda não acatou a teoria da bagatela ou da insignificância, não tendo, por isso o ínfimo valor do bem ou do prejuízo qualquer influência na configuração do crime, servindo, quando muito, como causa de diminuição de pena em alguns casos, como, por exemplo, o furto privilegiado (art. 155, §2º) e o estelionato privilegiado (art. 171, §1º)"** (AP N.º 899.417/1, de Mirassol, 16/03/95).

Inclusive, já se pronunciou, com acerto, o saudoso Desembargador VOLNEY CORRÊA LEITE DE MORAES JÚNIOR: - "**A teoria da insignificância é, ao fim e ao cabo, a insignificância da teoria. É petição de princípio, porque supõe demonstrado o que não sabe demonstrar.**

Deveras, a coisa é sempre insignificante para quem a furta, mas significativa para quem dela se vê despojada". (*EM TORNO DO ROUBO* – Millennium, 2003, p. 47).

Demais, não há que se falar que a conduta do apelado não se reveste de periculosidade social, por ter sido acompanhada por funcionário do estabelecimento comercial, vez que, em tese, houve a necessidade de intervenção da polícia para que ele fosse abordado e preso, havendo demonstração de que, somente assim, foi possível a recuperação do produto do crime.

E nesse sentido é o entendimento dos Tribunais Superiores, quanto a não incidência de crime impossível em casos análogos: **"*HABEAS CORPUS*. PENAL. PACIENTE CONDENADO POR TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. SUPERVENIÊNCIA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA. ÚNICA APLICADA. SÚMULA 695/STF. PREJUDICIALIDADE. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SOBRE A MATÉRIA. WRIT PREJUDICADO. I (...). III – Reafirmação da jurisprudência deste Tribunal, que, em outras oportunidades, afastou a tese de crime impossível somente pela existência de sistema de vigilância instalado no estabelecimento comercial, visto que esses dispositivos apenas dificultam a ação dos agentes, sem impedi-la. IV – *Habeas corpus* prejudicado."** (HC 104105/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Julg. 05/10/2010 – Primeira Turma – Publ. DJe 04-11-2010).

Todavia, embora afastados os fundamentos lançados na r. sentença para justificar a rejeição da denúncia, denota-se, conforme bem observado pelo douto Procurador de Justiça, que a mesma é inepta, por não preencher os requisitos do art. 41, do CPP, vez que o doutor Promotor de Justiça não detalhou a conduta criminosa com todas as suas circunstâncias, deixando de inserir informações

Acesso ao Sumário

importantes das quais tinha conhecimento, pelo contido no caderno investigativo, não trazendo dados elementares a definir a *res*.

Observa-se que não foram mencionadas a quantidade, marca e valor dos bens subtraídos, fazendo-se genérica invocação a "vários tabletes de chocolates", de forma a impedir a defesa do acusado, diante da omissão quanto a esses elementos cruciais para a formalização da imputação, posto que poderia se tratar de apenas um, ou de dezenas, os bens objetos do furto.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet* em desfavor de Carlos Antônio de Souza.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Recurso em Sentido Estrito nº 1013391-88.2015.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são recorrentes VALMIR BATISTA ALVES, FERNANDO ARDIANE, ERMISSON FRANCISCO SOARES, SÉRGIO ALEXANDRE SOARES FRANZIN, EMERSON SANTOS DE OLIVEIRA, FABRICIO ANTONIO ELIAS, CARLOS JUNIOR LOPES, CELSO GOMES QUEIROZ, LUIZ FERNANDO PEREIRA, FELIPE CLEMENTE DE LIMA, FRANCISCO DERNIVAL MIRANDA JUNIOR e LUIZ CARLOS SANTOS MOREIRA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.896)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 14 de março de 2017.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito contra r. decisão em 'habeas corpus'. Porte de arma de fogo de uso permitido por Guardas Municipais. Possibilidade. Tratamento desigual, pela legislação, desarrazoado. Ferimento ao princípio da isonomia. Inconstitucionalidade da vedação legal reconhecida por decisão unânime do E. Órgão Especial. Caráter vinculante. Lei nº 13.022/14 que não revoga o teor

Acesso ao Sumário

da Lei nº 10.826/03. Risco à liberdade de locomoção verificado. Salvo-conduto concedido. Recurso provido.

VOTO

Visto.

Recurso em sentido estrito tirado dos autos de 'habeas corpus' em que figuram como pacientes **Carlos Junior Lopes, Luiz Carlos Santos Moreira, Francisco Dernival Miranda Junior, Felipe Clemente de Lima, Luiz Fernando Pereira, Celso Gomes Queiroz, Valmir Batista Alves, Fabrício Antônio Elias, Emerson Santos de Oliveira, Ermisson Francisco Soares, Fernando Ardiane, Sérgio Alexandre Soares Franzin,** contra r. decisão da origem que denegou a ordem para expedir salvo-conduto aos pacientes, Guardas Municipais, consistente na permissão do porte de arma de fogo particular de uso permitido, com registro, fora do local e do horário de trabalho.

Vem o inconformismo recursal – *f. 89/13* –, pretendendo a reforma do "*decisum*", com a consequente concessão da ordem.

Anotam-se contrarrazões – *f. 49/54 do apenso digital próprio* –, que defendem a reforma do decisório, com a concessão da ordem.

A origem manteve sua r. decisão, *f. 138.*

Autos distribuídos, foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal f. 142/144 , chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos 25.nov.2016 (f. 145).

É o relatório.

Trata-se de recurso em sentido estrito contra r. decisão em *'habeas corpus'*, que denegou a ordem aos pacientes, por entender que o art. 16 da Lei nº 13.022/14, ***dá direito de porte de arma de fogo aos Guardas Municipais, "independentemente do tamanho da cidade em que exercem suas funções, inclusive fora do serviço"***, *f. 79.*

Ocorre que, em verdade, 'data venia' do entendimento da origem, o referido texto legal preconiza que "***aos guardas municipais é autorizado o porte de arma de fogo, conforme previsto em lei***" (*art. 16 da Lei nº 13.022/14*).

Porém, o art. 6º, III e IV, da Lei nº 10.826/03, traz **restrições ao porte de arma de fogo para Guardas Municipais.**

Donde a situação, de fato, permanecer ainda a carecer de maiores definições e esclarecimentos legais.

Não é à toa que tramita na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 3.033/2015, a propor justamente a revogação das restrições impostas pela Lei

Acesso ao Sumário

nº 10.826/03[1]:

"Art. 1º Os arts. 6º e 23 da Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passam a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 6º

III – os integrantes das guardas municipais; IV – (Revogado).

§ 1° As pessoas previstas nos incisos I, II, III, V e VI do caput deste artigo terão direito de portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela respectiva corporação ou instituição, mesmo fora de serviço, nos termos do regulamento desta Lei, com validade em âmbito nacional para aquelas constantes dos incisos I, II, III, V e VI.

§ 3° A autorização para o porte de arma de fogo, inclusive de calibre restrito, das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei n° 13.022, de 8 de agosto de 2014, bem como à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei, observada a supervisão do Ministério da Justiça. § 4° Os integrantes das Forças Armadas, das polícias federais e estaduais e do Distrito Federal, das guardas municipais, bem como os militares dos Estados e do Distrito Federal, ao exercerem o direito descrito no art. 4°, ficam dispensados do cumprimento do disposto nos incisos I, II e III do mesmo artigo, na forma do regulamento desta Lei.

§ 7° (Revogado)" (NR)

"Art. 23,

§ 4º As instituições de ensino policial e das guardas municipais poderão adquirir insumos e máquinas de recarga de munição para o fim exclusivo de suprimento de suas atividades, mediante autorização concedida nos termos definidos em regulamento." (NR) 3 Coordenação de Comissões Permanentes - DECOM - P_5369 CONFERE COM O ORIGINAL AUTENTICADO PL 3033/2015 Art. 2º Ficam revogados o inciso IV e o § 7º, ambos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003".

Nestes termos, enfim, a justificação da propositura do referido projeto de Lei:

"Apesar desses e de outros avanços introduzidos pela Lei n° 13.022/2014, com relação ao porte de arma, seu artigo 16 apenas autoriza o porte pelas guardas municipais, fazendo remissão à Lei (neste caso, o Estatuto do Desarmamento, Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003)."

Acesso ao Sumário

A questão, portanto, ganha fôlego ante a autorização para o porte de arma de fogo, concedida apenas a Guardas Municipais de urbes que contenham mais de 50.000 habitantes (*art. 6º, III e IV, da Lei nº 10.826/03*).

E como se sabe, muito embora a Guarda Municipal não esteja inserta no

1 *Disponível em (endereço eletrônico constante do texto original).*

rol constitucional que define os Órgãos de Segurança Pública (*art. 144, I a V, da Constituição Federal*), não se pode negar que as Guardas Municipais, destinadas – *a princípio* – a proteger os bens, serviços e instalações municipais (*art. 144, § 8º, da Carta Magna*), realizam – *inevitavelmente* – verdadeira atividade de combate à criminalidade, independentemente do número de habitantes na cidade.

Isto porque o cenário de violência, que assola não somente os municípios que possuem rigorosamente mais de 50.000 habitantes, demanda, até mesmo para a própria imposição de autoridade, que os Guardas Municipais portem arma de fogo.

E não apenas durante o serviço, cediço que milicianos e guardas são, lamentavelmente, alvo de represálias praticadas pelo crime organizado, que se alastra, verdadeiramente, por todos e mais recônditos territórios do País.

Ademais, a par da necessidade, tem-se que a legislação cria situação que fere, em absoluto, o princípio da isonomia, a tratar, por critérios meramente matemáticos, quais as Guardas Municipais que têm porte de arma autorizado.

Com isto, o Guarda Municipal de município com população inferior a 50.000 habitantes, possui condição diferenciada em relação àquele atuante em urbe de 50.001 habitantes.

Justamente por isto e nesta esteira é que r. decisão do E. Órgão Especial bandeirante, por unanimidade, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 6º, IV, da Lei nº 10.826/03:

> *"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 6º, inciso IV, da Lei 10.826, de 22.12.2003, alterada pela MP 157, de 23.12.2003. Proibição de Porte de Arma a Guardas Municipais de municípios com menos de 50 mil habitantes. Afronta ao princípio da isonomia. Ausência de razão justificadora do tratamento desigual Incidente cuja procedência se proclama. A Lei 10.826/03 vedou o uso de arma de fogo e excepcionou a Guarda Municipal dos municípios com mais de 250 mil habitantes e menos de 500 mil habitantes, quando em serviço. A Medida Provisória 157/03 alterou o inciso IV do artigo 6º da Lei 10.826/03 para ampliar a exceção, agora a contemplar a Guarda Municipal dos municípios com mais de 50 mil habitantes. Nenhum critério racional justifica a exclusão dos municípios com menos de 50 mil habitantes, igualmente sujeitos à nefasta e crescente violência e submetidos a delinqüência de idêntica intensidade à de qualquer outro aglomerado urbano. Nítida violação do princípio da isonomia, a fulminar a norma e a determinar sua exclusão do ordenamento, nas vias próprias cometidas ao Supremo Tribunal Federal." (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.139.191-0/0-00. São Paulo. Órgão Especial, Rel.: Des. Renato Nalini, v.u., 29.11.2006).*

E vale dizer que o teor da r. decisão vincula os órgãos fracionários da mesma Corte de Justiça, em atenção ao art. 481, § único, do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Civil, cuja aplicabilidade se demanda por força do disposto no artigo 3º, do Código de Processo Penal.

Até mesmo porque nada houve, até a presente data, que se constitua como motivo relevante a determinar a alteração daquele unânime entendimento do E. Órgão Especial, donde não haver que se falar em renovação daquele *(art. 191, § 2º, do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo)*.

Com razão, portanto, o presente recurso, bem como as contrarrazões ministeriais, 'data venia' do entendimento da origem, pela concessão da ordem.

Afinal, há mesmo iminência de constrangimento ilegal.

POSTO, ***dá-se provimento*** ao recurso para, cassada a r. decisão da origem, ***conceder a ordem e expedir salvo-conduto aos pacientes, Guardas Municipais, consistente na permissão do porte de arma de fogo particular de uso permitido, com registro, fora do local e do horário de trabalho, nos autos do Habeas Corpus nº 734/2012.***

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0049734-61.2016.8.26.0000, da Comarca de Votuporanga, em que é peticionário MARCOS ANTONIO PEREIRA LOPES.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, conheceram o pedido, porém o INDEFERIRAM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.682)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO, GRASSI NETO e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 6 de abril de 2017.

FREITAS FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão criminal – Tráfico ilícito de drogas – Preliminar de concessão do benefício da justiça gratuita – Incabível – Antecipação da tutela para suspensão da execução da sentença transitada em

julgado – Descabimento - Absolvição por insuficiência de provas – Impossibilidade – Redução da pena conforme previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – Inviável – Fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena – Inadequado – Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Inaplicável – Preliminar afastada e pedido indeferido.

VOTO

Vistos.

Nos autos do processo n° 193/2013, que tramitou perante o Juízo da 05ª Vara Judicial da Comarca de Votuporanga/SP, o peticionário **MARCOS ANTONIO PEREIRA LOPES** foi condenado à pena de 09 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/06, bem como à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 35, *caput*, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal (fls. 541/543 dos autos principais).

Apelou a Defesa e a Colenda Décima Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, através de Acórdão relatado pelo eminente Desembargador Marco de Lorenzi, acolheu parcialmente a preliminar alegada, para reconhecer a nulidade da parte da r. sentença que condenou o peticionário como incurso no artigo 35 da Lei 11.343/06, bem como deu parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do peticionário, com relação ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, para 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão (fls. 613/629 dos autos principais).

Com o trânsito em julgado do v. acórdão, requer, o ora peticionário, que se julgue procedente a presente Revisão Criminal, objetivando a antecipação da tutela, a fim de que seja determinada a suspensão da execução da sentença condenatória transitada em julgado. Preliminarmente, requer a concessão do benefício da justiça gratuita. Postula a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a redução da pena diante do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A ilustre representante da Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se às fls. 44/49, destes autos, opinando pela improcedência da ação revisional.

É o relatório.

Com relação à preliminar de concessão do benefício da justiça gratuita,

Acesso ao Sumário

esta não merece acolhimento.

Inadmissível a concessão dos benefícios da justiça gratuita, porquanto, a mera alegação de que o peticionário não possui condições de arcar com as despesas processuais não é suficiente para a concessão da benesse.

Aliás, anoto que eventual isenção poderá ser concedida oportunamente na execução, fase adequada para aferição da situação financeira do peticionário, uma vez que existe sempre a possibilidade de alteração após a data da condenação, ficando refutada, desta feita, eventual alegação de ofensa ao artigo 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna.

Desse modo, a preliminar arguida fica afastada.

Com relação ao mérito, conhece-se do pedido, porém para indeferi-lo.

Trata-se de pedido revisional no qual a defesa, inovando, busca antecipação de tutela para obstar a execução da decisão transitada em julgado.

Sendo instituto alheio e incompatível com o Direito Processual Penal, não se mostra razoável a desconstituição antecipada de decisão tomada por um Tribunal e transitada em julgado.

De qualquer modo, a análise da suspensão da r. decisão, evidentemente, deve ser objeto de apreciação pelo juízo da execução penal.

O que o peticionário busca, de todo modo, como uma segunda apelação, é o reexame das provas já analisadas em Primeira e Segunda Instância, mas sem citar qualquer novo elemento de convicção, não traz subsídios para o deferimento da revisão, já que não tem amparo no restrito rol do artigo 621 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, ressalte-se que a decisão contrária à evidência dos autos é aquela que se revela inteiramente divorciada do contexto probante produzido, não se confundindo com a mera argumentação de insuficiência probatória.

Comentando esse dispositivo, preleciona Júlio F. Mirabete:

"*A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase de julgamento, não autoriza a revisão em face de nosso sistema processual*" (Júlio F. Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 8ª. Ed, pág.1352).

Sustenta ainda o referido jurista:

"*A revisão, porém, não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo pois que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação*" (op. cit, 11ª ed., Ed. Atlas, pág. 1623).

A hipótese dos autos não autoriza a revisão, vez que a condenação se encontra em prefeita sintonia com a prova coligida. Senão vejamos.

A materialidade do delito está demonstrada pelo auto de prisão em

flagrante delito de fls. 02/03, boletim de ocorrência à fls. 13/15, auto de exibição e apreensão às fls. 16/19, pelo laudo de exame químico toxicológico de fl. 90, idem, bem como pelas demais provas colhidas durante a instrução criminal.

A autoria também é certa.

O peticionário MARCOS ANTONIO PEREIRA LOPES, silente na fase inquisitorial (fls. 60/61), em juízo negou o cometimento do crime. Disse que apenas conhecia Wilson de vista, pela proximidade das residências, e afirmou que alguns dias antes dos fatos foi preso por portar 400 gramas de *maconha*, que era para seu próprio uso. Afirmou que os policiais lhe perseguiam porque recebeu dinheiro de aposentadoria (fls. 439 – mídia).

O corréu WILSON FERREIRA DE SOUZA, ouvido na fase inquisitorial, e na presença de seu advogado, admitiu a prática do delito. Disse que não consome entorpecentes e que conhecia o acusado Marcos havia aproximadamente três anos, e que ele comercializava entorpecentes, tendo D.A.S. como um de seus parceiros na traficância. Afirmou que aceitou a oferta de Marcos, de guardar em sua residência *maconha, cocaína* e *crack*, o que fazia havia mais ou menos seis meses. Disse que alguns dias antes da apreensão policial o acusado Marcos foi até sua casa, em um veículo "*Astra*", e levou uma parte do tablete de *maconha*, e depois ficou sabendo que ele, após, foi preso. No dia dos fatos, os policiais foram até sua residência e encontraram, escondidos em vários locais, as porções de drogas (fls. 08/09).

Em juízo, porém, o corréu Wilson mudou sua versão: afirmou que guardava as drogas para terceira pessoa, que não pode identificar por estar sendo ameaçado. Disse que a indicação de Marcos como o dono das drogas foi imposta pelo Delegado de Polícia, que lhe prometeu liberá-lo caso o apontasse como traficante. Confirmou que seu apelido no bairro é "*Piauí*" (fls. 439 – mídia).

Todavia, a negativa restou infirmada pela prova acusatória.

O policial LUIZ FERNANDO QUADRELI disse que havia investigação sobre a prática de tráfico de drogas pelo acusado Marcos, com interceptação telefônica autorizada, da qual a Polícia extraiu, entre outras, a informação de que ele não guardava os entorpecentes em sua casa, mas utilizava-se de colaboradores para isso. Sabia que uma dessas pessoas tinha o apelido de "*Piauí*", mas em princípio não tinha informações sobre a identidade ou endereço deste indivíduo. Alguns dias antes da apreensão policial, Marcos foi preso transportando 400 gramas de *maconha*, e depois desta prisão recebeu denúncia indicando que o corréu Wilson era o tal "*Piauí*", com informação sobre seu endereço. Confirmou que Marcos e Wilson residiam próximos, e que o bairro era conhecido por comercialização de entorpecentes, e de observação policial muito difícil. Foi até o local, acompanhado de outros policiais, e ali encontraram Wilson, que foi abordado e, em busca pessoal encontrou 250 gramas de *crack*, em sua bermuda.

Acesso ao Sumário

Logo o acusado indicou Marcos como o proprietário das drogas, dizendo que apenas as guardava para ele, recebendo duzentos reais mensais, e que fazia isso havia aproximadamente seis meses. Encontrou, dentro da casa, mais 130 gramas de *maconha*; no quintal, enterradas, mais 400 gramas de maconha; e dentro de uma mochila abaixo de algumas telhas, uma balança de precisão, 300 gramas de *cocaína* e 300 gramas de *crack*. Apreendeu, ainda, um "*notebook*" que se apurou ser produto de furto, bem como uma faca que tinha resquícios de *cocaína*. Wilson, naquele momento, indicou que o adolescente D. era associado de Marcos, bem como que, frequentemente, era D. quem levava e buscava drogas do local, a pedido de Marcos (fls. 04/05 e 439 – mídia).

VALTER LUIZ GRILLO, também policial, foi ouvido em ambas as fases e disse que era responsável pela interceptação telefônica das linhas referentes ao caso. Confirmou que investigava havia bastante tempo, sobre o tráfico de drogas sendo praticado naquele bairro, principalmente pelo acusado Marcos. Através das conversas interceptadas, soube que ele guardava com terceiros os entorpecentes comercializados, e tinha informação de que "*Piauí*" era um desses guardadores, mas não sabia quem seria esta pessoa. Alguns dias antes dos fatos apurados, Marcos foi preso na posse de *maconha*, e então recebeu uma nova denúncia, dando a informação de que "*Piauí*" era o acusado Wilson, dando também seu endereço. Foi até o local, e apreendeu com Wilson várias porções de *cocaína, crack* e *maconha*, espalhadas em locais escondidos na residência dele. Também apreendeu balança de precisão, uma faca contendo resquícios de cocaína e um "*notebook*" produto de furto. O acusado Wilson colaborou com a apreensão das drogas e com a investigação, tendo indicado prontamente o acusado Marcos como o proprietário das drogas, dizendo ainda que dele recebia duzentos reais por mês para guardá-las, e que o adolescente D. era cúmplice, pois frequentemente trazia e buscava algumas porções de entorpecentes. Confirmou que Wilson e Marcos residiam em locais bem próximos (fls. 06/07 e 439 – mídia).

DIJALMA LÚCIO SANZOGO, também policial, participou da mesma diligência e expôs os fatos exatamente como descritos por seus colegas *Valter* e *Luiz* (fls. 439 – mídia).

Insta registrar que, não há porque duvidar dos depoimentos acima que se encontram coerentes e uníssonos, e estão em sintonia com as demais provas colhidas durante instrução criminal, inexistindo qualquer indício de que os mesmos tenham sido mendazes ou tivessem qualquer interesse em prejudicar o acusado.

Ainda, quanto ao depoimento dos policiais, a jurisprudência já se posicionou:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo sob garantia do contraditório – reveste-se de

inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. 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. (HC 74.608-0, Relator: Celso de Mello, julgado em: 18/02/97).

As drogas apreendidas, bem como a forma que estavam embaladas, prontas para ser entregues a terceiros, e, ainda, o sugestivo contexto fático que ocorreu a apreensão, são suficientes para caracterizar o delito de tráfico.

Dessa forma, a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas, e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da *persecutio criminis.*

Eis que para invalidar o conjunto probatório amealhado contra sua pessoa, cumpria ao peticionário apresentar justificação irrecusável, demonstrativa inocência ou, no mínimo, geradora de dúvida insuperável sobre a sua culpabilidade, ônus do qual ele não se desincumbiu minimamente. Dessa maneira, não prospera a tese de defesa de insuficiência de provas, revelando-se correta a decisão do juízo *a quo.*

Conclui-se, portanto, que a decisão da C. Câmara, optando pela versão da acusação, não está em total antagonismo com todos os elementos probatórios carreados ao processo, e, assim, não é contrária à evidência dos autos.

Nesse sentido:

"*somente há decisão contrária à evidência dos autos quando esta não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo*" (RTJ 85/278).

"*em sede de Revisão Criminal somente se deve qualificar como contrária à evidência dos autos decisão inteiramente despojada de lastro probatório, ficando excluídas as decisões que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório*" (JUTACRIM 48/492 e, ainda, RT 769/618, 678/296).

"*Diante do princípio do livre convencimento do juiz, não se por afirmar que a decisão que se fundou num elemento de prova seja contrária à evidência. Como já decidiu o STF, somente há decisão contrária à evidência dos autos quando esta não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo* (RTJ 85/278)" (Damásio de Jesus, Código Penal Anotado, 24ª Ed., Editora Saraiva, pág. 621).

Ademais, em sede de revisão criminal, não cabe discutir se a prova era suficiente ou insuficiente ao reconhecimento da culpabilidade do réu, mas tão somente verificar se a condenação foi contrária à evidência dos autos. Em outras palavras, se se está diante de uma sentença condenatória sem suporte em qualquer prova, sem arrimo em nenhum elemento de convicção. E esse não é o

Acesso ao Sumário

caso dos autos, como já visto.

Dessa forma, o pedido de absolvição por insuficiência de provas não merece prosperar. Isto porque, só se pode cogitar de contrariedade à evidência dos autos, nos termos do artigo 621, I, do Código de Processo Penal, quando a decisão se apresenta totalmente divorciada do conjunto probatório trazido aos autos, não encontrando amparo em elemento de convicção algum, o que, como se viu, não é o caso em tela, posto que a materialidade e a autoria delitiva restaram comprovadas, sobretudo, pelos depoimentos acima apontados, cuja falsidade não foi comprovada.

O conjunto probatório, portanto, é francamente desfavorável ao peticionário, sobrepondo-se às alegações defensivas. Se mostrando, não só correta, mas necessária, a decisão condenatória tomada pelo juízo de primeira instância.

Ainda, as penas foram devidamente fixadas e fundamentadas, não havendo qualquer reparo a ser feito.

Na primeira fase, considerando-se as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão, e o pagamento de 583 dias-multa, no valor mínimo legal, diante das circunstâncias do crime.

Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, no caso em tela, tendo a mesma sido corretamente afastada em sede de apelação, em face da natureza e da expressiva quantidade das drogas apreendidas.

Note-se, também, que um dos tipos das drogas encontradas em poder do peticionário, era cocaína, droga que se revela ainda mais nociva do que as demais.

Nesse sentido:

"Tráfico de entorpecentes. Acusados surpreendidos mantendo em depósito, no interior de barraco, 212 flaconetes plásticos contendo 101,6g de cocaína e 20 invólucros com 96,4g de maconha, além de dinheiro e caderneta com anotações relativas à contabilidade do nefasto comércio. Palavras dos policiais, no tocante aos aspectos nevrálgicos da dinâmica, coerentes e seguras, dando conta da apreensão dos entorpecentes e do numerário. Pequenas contradições que não turvam a clareza da prova. Negativas dos réus isoladas e discrepantes. Posturas de quem se valiam da droga para a mercancia. Desclassificação para uso, inviável. Condenação bem decretada. Penas de JOSÉ adequadas. Reprimendas de ADRIANO e JOSIVAN, contudo, revistas. Impossibilidade de aplicação da redução prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, até porque a quantidade de entorpecente era elevada, tendo sido apreendida, ainda, cocaína, droga com altíssimo potencial lesivo. Condutas dos recorridos,

ademais, hábeis a denotar intensas periculosidades. Preponderância das circunstâncias judiciais do artigo 42, da Lei de Tóxicos, àquelas inscritas no artigo 59, do C. Penal. Regime inicial fechado, para todos, decorrente de Lei. Substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos e "sursis" incompatíveis com a gravidade da conduta dos acusados. Apelos dos réus improvidos e apelo ministerial provido, para afastar a redução das penas impostas a ADRIANO e JOSIVAN" (Apelação 0420258-20.2010.8.26.0000 – grifo do Relator).

Diante da causa de aumento da pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, a pena foi majorada em 1/3, restando definitiva em 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão.

Inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado, vez que imposição de regime mais brando não atenderia ao princípio da suficiência no presente caso.

O próprio artigo 33 em seu parágrafo terceiro determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Ora, no caso em tela o peticionário apresenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, diante da gravidade do crime praticado, qual seja, o tráfico de entorpecentes, delito inclusive equiparado a hediondo. Ainda, tais circunstâncias exigem maior rigor por parte do Estado.

Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.

Nesse sentido:

"Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime." (STF. Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).

"A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais"" (TACRIM - SP - Ap. José Habice - j. 09.03.1998 - RJTACrim 37/354).

Sendo que tal regime corresponde perfeitamente à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Acesso ao Sumário

Deve-se considerar ainda o alto índice de drogas produzidas no país e a nossa avantajada localização geográfica, que facilita a criação de rotas para a entrada e saída de entorpecentes, que abastecem o tráfico internacional.

Note-se também que o crime de tráfico se tornou um mal presente na sociedade atual, gerando tremenda insegurança na população.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos. O que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

*"TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO SUBSIDIÁRIO - FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO - INADMISSIBILIDADE - REGIME INICIAL FECHADO - ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. "Ressalto que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado". RECURSO NÃO PROVIDO." (*TJ/SP. AP 0057527-71.2011.8.26.0050. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. Data do julgamento: 27/06/2013).

"Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, "caput", ambos da Lei nº 11.343/06). (...) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas." (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013).

"Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido." (TJ/SP. AP 0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a):

Acesso ao Sumário

Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).

Por derradeiro, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois apesar da recente Resolução nº 5 editada pelo Senado Federal, através da qual ficou suspensa a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a mesma não seria possível diante das circunstâncias do caso concreto, pois não se mostra medida suficiente e adequada.

Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. Tal delito vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, "os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente".

Assim, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, por serem os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal cumulativos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal.

Este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"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." (HC 203.403/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/07/2011).

E também o adotado pela Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal:

"PENA – Reclusão – Tráfico de drogas – Substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos – Impossibilidade – Incompatibilidade com a condição de traficante (artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) – Existência – Recurso não provido neste aspecto." (TJSP, Apelação Criminal nº 1.180.451-3/5, Taubaté, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. MARCOS ZANUZZI, j. 24.4.2008).

"Impossível a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, ou mesmo a concessão do sursis, pois o crime de tráfico de entorpecentes revela uma gravidade peculiar, ferindo o equilíbrio social e desestabilizando a sociedade, tanto assim que, por força de norma constitucional, é assemelhado aos crimes hediondos, cuja pena deve ser cumprida no regime prisional inicial fechado, determinação esta que se mostra incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou com a concessão do sursis." (TJSP. Apelação 0023644-33.2010.8.26.0224. Relator: Luís Carlos de

Acesso ao Sumário

Souza Lourenço. 5ª Câmara de Direito Criminal. DJ 26/01/2012).

"Inviável, por fim, a pretendida substituição da pena por restritiva de direitos, absolutamente inadequada à conduta daquele que se dedica a prática do tráfico, conduta social de consequências nefastas à sociedade" (TJSP, Apelação nº 0040683-80.2010.8.26.0050, Rel. Des. Pinheiro Franco, 5ª Câmara Criminal, j. 30.06.11, v.u.).

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeitada a preliminar, conheço o pedido, porém o **INDEFIRO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0035548-67.2015.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é peticionário BENEVALDO SANTOS GONÇALVES.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, conheceram e indeferiram a presente revisão criminal, vencidos os 3º, 4º e 5º Julgadores que deferiam para reduzir a pena para 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 dias-multa e, em razão do integral cumprimento, declarava extinta a pena. Fará declaração de voto vencido a Desª Angélica de Almeida.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.227)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), ÁLVARO CASTELLO, VICO MAÑAS, JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

PAULO ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – Verificado que a traficância exercida pela requerente restou devidamente comprovada nos autos. Não há que se falar que a condenação é contrária à evidência dos autos.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O PORTE DE ENTORPECENTE. PROVAS FIRMES DA TRAFICÂNCIA – Inviável a desclassificação do

crime de tráfico para a tipificação prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 quando presentes diversas circunstâncias que confirmam a destinação comercial do entorpecente apreendido.

AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. Mantida – A previsão do artigo 28 da Lei 11.343/2006, no capítulo intitulado 'Dos crimes e das penas' demonstra a despenalização, mas não a descriminalização da conduta daquele que porta a droga para o seu próprio uso".

NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – A reincidência impede a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

ALTERAÇÃO DO REGIME – Inviabilidade – O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente, quando condenado à pena superior a quatro anos.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos por ausência dos requisitos objetivos e subjetivos, estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Revisão conhecida e indeferida

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se Revisão Criminal interposta por Benevaldo Santos Gonçalves, a qual foi condenada em 1º Grau, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e à pena pecuniária consistente no pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, calculada no mínimo legal, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas, quais sejam, uma multa no importe de dez dias-multa, no mínimo legal, e uma prestação de serviços de serviços à comunidade, a ser definida pelo juízo das execuções, na forma do artigo 46 do Código Penal, pelo período da pena privativa de liberdade, devendo ser descontado o tempo em que ficou recluso (fls.74/79 - autos principais).

A sentença penal condenatória confirmada pela 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial para majorar a reprimenda de Benevaldo Santos Gonçalves para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime

Acesso ao Sumário

inicial fechado, e 583 dias-multa, no mínimo legal, e afastar a substituição da carcerária por restritivas de direitos. Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão. V.U." (fls.134/138 – autos principais).

O v. acórdão transitou em julgado para o Ministério Público aos 15/09/2014 para a defesa e para o Ministério Público aos 15/10/2014 (fls.140 – autos principais).

Na presente ação de revisão criminal, requer a absolvição, alegando que a decisão fora contrária à evidencia dos autos e, subsidiariamente, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº11.343/06 , reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei nº11.343/06, alteração do regime inicial aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, alegando que o peticionário é primário, não podendo levar em consideração a reincidência, haja vista que sua única condenação é uma simples singela advertência sobre efeito das drogas, não ostenta maus antecedentes e tem boa conduta social (fls.09/13).

Requisitados e apensados os autos da ação penal. A d. Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência do pedido da Revisão (fls.19/21).

É o relatório.

2 – Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

"Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena." (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

"Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão

Acesso ao Sumário

encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento." (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006).

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar se a condenação contraria (ou não) a evidência dos autos.

O peticionário foi condenado pela conduta assim descrita na denúncia:

Consta da denúncia que, no dia 21 de janeiro de 2014, por volta das 18hs, na Rua Antônio Ceolin, altura do numeral 347-A, Bairro São Francisco, na comarca de Itatiba, Benevaldo Santos Gonçalves, trazia consigo e tinha em depósito, para fins de entrega a terceiros, 15 porções de *crack* (3,9g) e 15 porções de cocaína (1,90g), substância entorpecente e que causa dependência física e psíquica, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta dos autos que policiais civis realizavam diligências em conhecido ponto de tráfico quando avistaram Benevaldo em atitude suspeita, uma vez que entregava um objeto a outro indivíduo, tendo ele retirado tal objeto de um saco. Em seguida, o acusado colocou o referido saco sob o muro de uma residência.

Diante disso, os policiais abordaram o recorrente e localizaram a quantia de R$ 30,00 em seu poder e as porções de cocaína e crack no interior do saco guardado por ele.

Improcede a presente pretensão revisional.

Interrogado em Juízo, o peticionário alegou que pegou um vale com seu patrão de R$ 250,00, foi a uma biqueira e gastou R$ 225,00, adquirindo 25 pedras de crack e 15 porções de cocaína, as colocando sobre um muro antes de entrar num bar para tomar cerveja e quando de lá saía foi abordado pelos policiais que acharam as drogas (fls.72 – sistema audiovisual).

O policial civil Vagner Capalbo, afirmou que fizeram campana breve em local tido como ponto de venda de drogas e avistaram o réu "servindo" um transeunte e colocando um saquinho sob um muro, o abordando e encontrando as drogas que ele admitiu que estava vendendo (fls.72 – sistema audiovisual).

Letícia Santos Gonçalves, irmã do réu disse que ele mora com sua mulher e filha no bairro são Francisco e ficou sabendo de sua prisão, mas o dono do bar que a presenciou disse que ele não estava vendendo drogas, que é apenas um usuário. Porém, ele não quis se envolver (fls.72 – sistema audiovisual).

A materialidade está comprovada pelo auto de exibição e apreensão (fls.13/14), laudo de constatação provisória (fls.16), laudo de exame-químico-toxicológico que resultou positivo para a presença do princípio ativo nas substâncias apreendidas (fls. 37/38).

Acesso ao Sumário

A autoria é induvidosa.

Embora o peticionário tenha negado a autoria do delito, negando qualquer participação com o tráfico de drogas, declarando ser usuário, uma vez criteriosamente analisados os elementos de prova trazidos aos autos, forçosa é a conclusão estreme de dúvidas que o narcótico apreendido tinha por finalidade a mercancia.

O depoimento testemunha de acusação arrolada no processo estão em consonância com a evolução dos fatos narrados na inicial, principalmente no que concerne ao envolvimento do peticionário relacionado com o tráfico.

O policiais de forma segura, harmônica e coesa confirmaram os fatos narrados na denúncia e a apreensão da droga, que avistou o peticionário "servindo" um transeunte e que o mesmo admitiu que estava vendendo.

Quanto ao depoimento dos policiais, até prova em contrário não produzidas nestes autos, deve merecer crédito.

Como é cediço, o testemunho policial é de grande valia na prova do tráfico, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-lo, no sentido de serem eles desafetos do acusado ou quisessem indevidamente prejudicá-lo, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

In casu, não há dúvida razoável de que os policiais aqui ouvidos tinham o torpe propósito de injustamente acusar o peticionário e, razão pela qual, deve ser, como foi, devidamente considerado tais depoimentos testemunhais na formação do juízo de condenação e de tipicidade.

À propósito:

*(...) A absolvição pela negativa de autoria do agente, não se sustenta quando a condenação é amparada em elementos seguros de convicção, como o depoimento prestado por policiais, as quais formam um conjunto probatório para embasar um decreto condenatório. A palavra de policial tem o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos, por serem revestidos de presunção de veracidade (...).*TJMS, AC nº 2011.000352-9/0000-00, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Segunda turma Criminal, j. 14.02.2011.

(...) O depoimento testemunhal de policiais, especialmente quando prestado em juízo sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, mormente quando corroborado com o interrogatório do réu na fase inquisitiva (...). TJMS, AC, nº 2011.013791-6/0000-00, Rel. Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Primeira Turma Criminal, j. 15/08/2011.

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais, trago jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte". (STJ - AgRg no Ag 1158921/SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0117484-5 - Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - T6 - SEXTA TURMA - julg. 17/05/2011 - DJe 01/06/2011).

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA - ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO ESTUPEFACIENTE NO LOCAL - VERSÃO QUE ESBARRA NOS DEPOIMENTOS FIRMES DOS AGENTES POLICIAIS - MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL PEDIDO DE INTERNAÇÃO EM CLÍNICA ESPECIALIZADA PARA TRATAMENTO DO VÍCIO - MEDIDA INSUFICIENTE PARA REPRESSÃO E PREVENÇÃO DO CRIME PRATICADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA - DOSIMETRIA CORRETAMENTE SOPESADA - REDUÇÃO INVIÁVEL - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSC. APR 60942 SC 207.06094-2. Relator(a): Moacyr de Moraes Lima Filho. Julgamento:10/03/208 . Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Terceira Câmara Criminal)".

Do exposto, não há qualquer resquício de dúvida de que praticou a peticionário o crime de tráfico de drogas.

A propósito:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – NEGATIVA DO RÉU ISOLADA – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE – (...) – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I Impossível a decretação da absolvição quando a demonstração da autoria e da materialidade do crime decorrem de elementos probatórios suficientes colhidos nas fases judicial e policial." (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal - N. 2010.028359-5- Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa - J. 22.2.2011).

APELAÇÕES CRIMINAIS. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/06). CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA E ALIADA AOS DEPOIMENTOS FORTES E CONTUNDENTES DOS POLICIAIS. RÉU QUE JÁ ERA INVESTIGADO POR ENVOLVIMENTO NO TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. Não há de se falar em insuficiência de provas de autoria quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar,

Acesso ao Sumário

de forma inequívoca, a do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tais como a apreensão de significativa quantidade de droga e os coerentes depoimentos dos policiais militares em ambas as fases. (...) SENTENÇA CONDENATÓRIA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (grifou-se) (Apelação Criminal n. 2011.091362-2, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 17.7.2012).

Em que pese todo o empenho levado a efeito pelo ilustre causídico na defesa do peticionário tem-se que as provas carreadas não padecem de nenhuma irregularidade, sendo suficientes para permitir a formação de um Juízo de certeza de que a peticionária, efetivamente praticou o delito pelo qual foi processado e encontra-se condenado.

É indubitável que o peticionário ao guardar e ter em trazer a substância entorpecente ilícita, agiram de forma livre e consciente para a consecução do delito.

À propósito:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. I O tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é 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 (Precedentes). II O tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, 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. (Precedentes). Recurso especial provido". (STJ - REsp n. 1133943, Relator Felix Fischer. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 06.04.2010. Data da Publicação/ Fonte: DJe 17.05.2010).

Acesso ao Sumário

Oportuno, ainda, registrar que "*sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado*" TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010.

Da desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06.

Pugna o peticionário pela desclassificação do delito de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

Diante do forte conjunto probatório a demonstrar que o peticionário adquiriu a droga com a finalidade de comercializá-la motivo pelo qual, não há que se falar em desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Verifica-se que embora faça o uso da droga, tal fato não escusa a conduta de traficante que restou suficientemente configurada pelas provas colacionadas nos autos.

Do relato apresentado pelo policial dessume-se, que o peticionário estava na posse dos referidos entorpecentes e a forma como foram encontradas dão mostras evidentes que àquelas drogas serviam para o comércio ilícito.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. VI, DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA IDADE DO MENOR. SÚMULA Nº 74 DO STJ. I. No tráfico de drogas, praticado de modo sub-reptício e às escondidas, especial valor deve ser conferido aos indícios e às provas indiretas. II. O local e as condições da apreensão, além da prova testemunhal, indicam a traficância. III. A condição de usuário, por si só, não afasta o delito do art. 33 da Lei de Drogas. As condutas comumente agregam-se. IV. O enunciado da Súmula nº 74 do STJ não exige expressamente a certidão de nascimento. Qualquer documento hábil presta-se para comprovar a idade do adolescente. No caso, presente termo de declarações prestadas na DCA. V. Apelo desprovido. (TJDF; Rec. 2010.01.1.196177-3; Ac. 535.390; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Sandra de Santis; DJDFTE 21/09/2011; Pág. 284).

CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06, C.C. ARTIGO 62, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, sendo inviável a pretendida absolvição, por insuficiência probatória ou mesmo a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Tóxicos. A condição de usuário ou dependente alegada pelo réu não afasta a possibilidade de tráfico, pois é comum que o dependente trafique, até para sustentar seu vício. De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios. [...]. Apelo improvido. (TJRS; ACr 191253-87.2011.8.21.7000; Taquari; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez; Julg. 14/07/2011; DJERS 11/08/2011).

Tem-se, ainda, que "*a simples condição de usuário ou dependente de drogas não autoriza desclassificar o artigo 33 para o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, porquanto consabido que o narcotráfico, via de regra, constitui*

Acesso ao Sumário

meio para sustento do vício" (Apelação Criminal 2008.077553-4, TJSC. Rel. Des. Amaral e Silva, Dj. 17/03/2009.) .

Cumpre ainda asseverar que "a condição de usuário, concomitantemente à de traficante, não permite a pretendida desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da Lei antidrogas" TJMT, Ap 11.489/2009, 1ª Câm. Crim., rel. Des. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, j. 15/09/2009, p. 39.

Desta forma, ante as circunstâncias elencadas nos autos, a demonstrar a prática do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2003, resta inviável o pleito desclassificatório para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, ambos do mesmo diploma legal.

Outrossim, as alegações defensivas, ressalte-se, vieram desacompanhadas de qualquer elemento de prova não merecendo, pois, qualquer crédito. Aliás, é cediço que em sede de revisão criminal, ocorre a inversão do ônus probatório, competindo à Defesa fazer a prova do sustentado. Com efeito, a dúvida, ainda que surgida - o que não é o caso dos autos, não se mostra hábil à desconstituição da coisa julgada.

Assim sendo, seria necessário que a Defesa fizesse a prova da alegada inocência.

A respeito do tema, não é outro o entendimento jurisprudencial:

Ônus da prova - Condenado - Incumbência - Ocorrência. "Em sede de revisão criminal, o ônus da prova pertence ao condenado. Este é que tem que provar o alegado para desconstituir sentença de 1º Grau" (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Almeida Braga - RJD 13/211).

Revisão criminal - Ônus da prova. "Em ação revisional não tem lugar o princípio do' in dubio pro reo'. No reduto desta cabe ao requerente demonstrar de maneira inequívoca e convincente o erro da decisão condenatória hostilizada. Se o Tribunal Popular em decisão majoritária, confirmada pela segunda instância em recurso apelativo, sem incidência de limitações de ordem geral ou de cunho especial e com estribo em segmento do conjunto probatório, optou pela condenação, não pode haver alteração desta pela simples alegação de insuficiência de provas. Em revisão criminal indaga-se somente se os autos verdadeiramente espelham uma realidade diante da qual a condenação não possa subsistir, ou por desgarrada de todos os elementos probatórios, ou por contrariar o texto da lei, ou ainda se estiver estribada em prova falsa. Ausente o erro judiciário, a revisão deve ser indeferida. Unânime" (TJRGS - Rev. - j. 23.4.93 - Rel. Luiz Felipe Vasques de Magalhães - RJTJRGS 159/79).

"Em sede revisional, o fato da sentença ser contrária à evidência dos autos pressupõe antagonismo absoluto entre a prova e a decisão, que não se verifica, em face do princípio do livre convencimento, quando há, nos autos elementos de convicção em ordem a embasar o decreto condenatório" (TACRIM-SP - Rev. -

Acesso ao Sumário

Rel. Passos de Freitas - RJD 17/225).

"Decisão contrária à evidência dos autos só é aquela inteiramente divorciada do contexto da prova produzida, em conflito visível com o teor dessa prova existente nos autos com o que não se confunde e nem se equipara a mera alegação de insuficiência probatória. Esta decorre da fragilidade da prova considerada em seu todo; e aquela resulta da incompatibilidade entre o teor dessa mesma prova e a sentença condenatória irrecorrível" (TACRIM-SP - Rev. - j. 10.11.96 - Rel. Pires Neto - RJTACRIM 33/463).

Portanto, a condenação era mesmo de rigor.

Postula o peticionário a redução da pena-base, reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, alteração do regime inicial aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, alegando que o peticionário é primário, não podendo levar em consideração a reincidência, haja vista que sua única condenação é uma simples singela advertência sobre efeito das drogas, não ostenta maus antecedentes e tem boa conduta.

Firmou-se entendimento no sentido de que em situações de evidente injustiça e erro técnico de dosimetria da pena, é possível a correção da reprimenda por meio da revisão. A respeito, colhe-se da jurisprudência:

"A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei. Inexistindo violação da lei e não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever critérios de individualização da reprimenda. Apenas decisão contra legem autoriza redução da pena em sede revisional" (RJDTACRIM 6/250).

Foram fixadas, sob os seguintes fundamentos:

"Na primeira fase da dosimetria penal, as reprimendas foram estabelecidas no mínimo legal. Na segunda fase, conforme pleiteado pela acusação, as penas devem ser majoradas em 1/6 pela atestada recidiva do apelante, consoante certidão constante do apenso de antecedentes.

Neste ponto, observo que a condenação anterior do apelante refere-se ao crime de porte de entorpecentes para uso próprio, que a nova Lei de Drogas não deixou de considerar como delito.

Sendo assim, condenação anterior definitiva pela prática de porte de entorpecentes para uso próprio é apta a caracterizar maus antecedentes ou reincidência.

Na terceira fase, as penas foram reduzidas em 2/3, nos termos do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. Aqui, o apelo ministerial também deve ser provido, diante da reconhecida reincidência do apelante.

Acesso ao Sumário

Assim, afastado o redutor, as penas definitivas resultam em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias- multa, no mínimo legal.

Estabeleço o regime inicial fechado para cumprimento da carcerária, que é o mais adequado à gravidade concreta do delito, equiparado a hediondo, e também pela reincidência do apelado, observando-se ainda que diante dos artigos 33, § 3º, e 59, caput e inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Diante do quantum da pena ora aplicada, impossível a substituição da carcerária por restritiva de direitos ou sursis" (fls.134/138 - autos principais).

Do afastamento da reincidência por porte de entorpecente.

Cabe ressaltar, que alterei o meu entendimento quanto ao fato de que condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 não gera maus antecedentes ou reincidência.

Os Tribunais Superiores já firmaram posição no sentido de que com o advento da Lei nº 11.343/06, não houve descriminalização (abolitio criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização. Assim, uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pelo crime previsto no artigo 28 da lei especial, e considerando que a conduta disciplinada não deixou de ser crime, cabível o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. MERA DESPENALIZAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização (abolitio criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas

Acesso ao Sumário

mera despenalização. 3. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, não há como ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista a reincidência do paciente. 4. Embora o acusado tenha sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, o quantum da pena a ele imposta (5 anos de reclusão), somado à reincidência, evidenciam que o regime inicial fechado é realmente o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no artigo 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal. 5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal. 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 292292 SP 2014/0080393-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 05/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO TENTADO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. CRIME. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CUSTAS. NÃO ISENÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. OFICIAR. 1. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 e sobre sua classificação como crime, servindo, pois, à caracterização da reincidência do agente. 2. Tratando-se a condenação presente de furto tentado e sendo o agente reincidente por posse da droga para consumo pessoal, entendo razoável a substituição de sua pena por restritiva de direitos, evitando seu ingresso no ambiente pernicioso do cárcere. 3. Não faz jus à isenção das custas o réu que somente teve a defesa preliminar apresentada pela Defensoria, por ter se quedado inerte, tendo depois constituído advogado para sua defesa e não tendo juntado atestado de pobreza aos autos. 4. Recurso parcialmente provido. Oficiar. (TJ-MG - APR: 10720110059337001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 17/07/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 25/07/2014).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. TESTEMUNHO POLICIAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE

Acesso ao Sumário

RECURSAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Incabível o pedido de absolvição por insuficiência de provas, se a materialidade e a autoria encontram-se suficientemente comprovadas pelo farto conjunto probatório juntado aos autos. 2. Os depoimentos prestados por policiais militares, concordes entre si e com os outros elementos de prova, são dotados de presunção de veracidade e aptos a embasar um decreto condenatório, na medida em que emanados de agentes públicos no exercício de suas funções, especialmente quando corroborados pelo conjunto probatório juntado aos autos. 3. A condenação anterior por posse de droga para consumo pessoal, crime tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, gera reincidência. Precedentes. 4. Patente a falta de interesse recursal quanto ao pedido de fixação do valor indenizatório no mínimo legal, pois não foi estabelecida qualquer indenização pelo MM. Juiz sentenciante. 5. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. (TJ-DF - APR: 20141210012125, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 30/07/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/08/2015 . Pág.: 143).

Sendo assim, condenação anterior definitiva pela prática de porte de entorpecentes para uso próprio é apta a caracterizar reincidência (proc. nº 0009675-71.2010.8.26.0281 – apenso).

As penas do decreto condenatório foram fixadas em consonância com os critérios definidos em lei, em montante adequado para a reprovação e prevenção do crime cometido, não merecendo reparo em seu *quantum*, ou mesmo no regime fixado.

Saliento que, não há *bis in idem* na majoração da pena e no afastamento do redutor com base na reincidência, uma vez que tal circunstância, além de necessariamente agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Note-se que, no caso, a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do art. 61, inc. I, CP, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários após sofrer sanção penal anterior em parco período de tempo. Ao mesmo tempo, evidencia o descumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes que não tenham contato reiterado com a prática delitiva e que tenham o crime praticado como um fato episódico em sua vida.

Acesso ao Sumário

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do *non bis in idem* quando aplicada a agravante pela reincidência e ao mesmo tempo considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. 2. Reconhecida pelo Colegiado Estadual a reincidência específica do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. 3. Não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. 4. Ordem denegada. (HC 147.271/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 30/05/2012)

Assim, não deve incidir na pena do peticionário a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo em vista que, o fato de ser reincidente constitui óbice à aplicação da minorante, bem como alteração do regime e substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. A saber:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RECEPTAÇÃO - Absolvição por insuficiência de provas - Inadmissibilidade - (...) - ***Manutenção do regime inicial fechado - Reincidente esse apelante, não se lhe defere substituição de pena, "sursis" ou outros benefícios (artigos 44, II, e 77, I, do Código Penal), bem ainda, no tocante ao crime de tráfico, o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 - Recurso parcialmente provido****"* (9077786-55.2009.8.26.0000 – Apelação – Tráfico de Drogas e Condutas Afins – Relator(a) Encinas Manfré – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal – Data do julgamento: 13/05/2010 – Data de registro 26/05/2010 – Outros números: 990.09.277465-4). (grifo nosso).

3 – Pelo exposto, conhece-se e indefere-se a presente revisão criminal.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.462)

Com a devida vênia ao entendimento firmado pelo Relator, eminente desembargador Paulo Rossi, pelo meu voto, defere-se a presente revisão criminal para reduzir a pena do revisionando para um ano e oito meses de reclusão, em

Acesso ao Sumário

regime aberto, e seis dias-multa, e, em razão do integral cumprimento, declarar extinta a pena.

A infringência ao artigo 28, da Lei 11.343/06, posse de entorpecentes para consumo próprio, embora configure crime, dá lugar à pena diversa da restrição de liberdade: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa. Atende ao espírito, que norteia a legislação especial, ao diferenciar o usuário de entorpecentes e aquele que se dedica à mercancia.

Assim, o gravame da pena, em razão de crime posterior, não condiz com o princípio da proporcionalidade. Incongruente que a condenação, pelo porte para consumo próprio gere consequência mais gravosa do que a própria condenação pelo delito em questão.

No caso presente, o revisionando ostenta condenação pretérita, por porte ilegal de entorpecentes para consumo próprio (apenso).

A sentença de primeiro grau afastou os efeitos da reincidência e, ausente prova de que o revisionando se dedicasse a atividade criminosa ou integrasse organização criminosa, considerada ainda a posse de droga, em pequena escala, 3,9 g de crack (25 porções), e 1,9 g de cocaína (15 porções), aplicou a causa redutora de pena.

Assim, pelos motivos expostos, afastam-se os efeitos da condenação pretérita, devendo a pena permanecer em um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e dez dias-multa, em regime inicial aberto.

Como o revisionando foi detido em 28 de novembro de 2014, declara-se extinta a pena, em razão do integral cumprimento. Expeça-se alvará de soltura clausulado.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Desembargadora

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2166693-81.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.334)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, ELCIO TRUJILLO e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 8.510, de 19 de outubro de 2015, do Município de Jundiaí, que exige das empresas prestadoras de serviços, sob pena de multa, a retirada de cabos e fiação aérea por elas instalados, quando excedentes ou sem uso. Vício de iniciativa. Inocorrência. Matéria de que não pode ser tratada como sendo de gestão administrativa mas, sim, como de proteção à urbe, a ensejar o reconhecimento de interesse local, que autoriza o legislativo a editar leis, ao teor do art. 30, I, II e VIII da Carta Federal.

Acesso ao Sumário

Ausência, por outro lado, de afronta ao art. 25 da Carta Estadual vez que a falta de referência à dotação orçamentária impede, quando muito, a exequibilidade da norma no exercício em que editada. Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.510, de 19 de outubro de 2015, que exige das empresas prestadoras de serviços de cabos e fiação aérea a retirada destes, quando excedentes ou sem uso, sob pena de multa.

Alega o autor, em síntese, que a norma em questão padece de vício de iniciativa, eis que é de competência exclusiva e privativa da União, visto tratar-se de matéria relativa à transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, conforme prevê o artigo 21, incisos XI e XII, alíneas *a* e *b*, bem como o artigo 22, inciso IV da Constituição da República, extravasando, dessa forma, o conceito de interesse local; acrescenta que a lei em debate implica em aumento de despesa pública, tendo em vista a necessidade de contratação de pessoal para fins de fiscalização, o que desrespeita o artigo 176, incisos I e II da Constituição Paulista. Aduz, ainda, violação aos artigos 5º, 25, 111 e 144 do referido diploma estadual.

Processada sem liminar (fls. 17/18), o Presidente da Câmara Municipal prestou informações às fls. 21/23.

A Procuradoria Geral do Estado afirmou não haver interesse na defesa do ato impugnado, por se tratar de matéria exclusivamente local (fls. 67/68).

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 72/91).

É o relatório.

Prima facie, cumpre esclarecer que a afronta a dispositivos da Constituição Federal não será aqui analisada, posto não ser suficiente a deflagrar o processo objetivo de controle de constitucionalidade, que deve ater-se ao ato normativo atacado e o parâmetro constitucional que, *in casu*, é estadual.

Acesso ao Sumário

Portanto, eventual confronto direto da norma impugnada com a Constituição Federal será analisado dentro dos limites do artigo 144 da Constituição Bandeirante, que assim prevê: *"**Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."*

Superada esta questão, a ação é de ser julgada improcedente.

Com efeito, trata-se de ação ajuizada pelo Prefeito de Jundiaí contra o

Presidente da Câmara Municipal daquela localidade, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.510, de 19 outubro de 2015, de iniciativa parlamentar, que exige das empresas prestadoras de serviço por meio de rede de cabos ou fiação aérea a retirada destes, quando excedentes ou sem uso.

Ressalta-se que o normativo em apreço fora vetado totalmente pelo Chefe do Poder Executivo local (fls. 11/13), o que foi rejeitado pela Câmara, conforme se observa às fls. 58/60.

Este é o texto da norma objurgada:

"Art. 1º. Toda empresa prestadora de serviços, por meio de rede de cabos ou fiação aérea fará a retirada destes, por ela instalados, bem como dos respectivos postes de sua sustentação, se for o caso, no prazo de até 30 (trinta) dias, quando excedentes ou sem uso.

Parágrafo único. Em relação às redes atualmente existentes, as empresas por ela responsáveis tem prazo de até 2 (dois) anos, contados da data de início de vigência desta lei, para se adequarem às suas disposições.

Art. 2º. A infração desta lei implica multa no valor de 10 (dez) Unidades Fiscais do Município – UFMs, dobrada a cada reincidência.

Art. 3º. Esta lei será regulamentada no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, contados do início de sua vigência.

Art. 4º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação".

Não se observa ofensa ao artigo 22, IV, da Constituição da República, não se havendo falar de tema de competência privativa da União, na medida em que a norma em comento não legisla sobre águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão. Ao contrário do que alega o autor, trata-se aqui de lei que dispôs sobre matéria de interesse local, e tão somente estabeleceu a maneira pelo qual as concessionárias deverão proceder no cabeamento de fios presentes no solo urbano, não disciplinando, desse modo, qualquer aspecto relativo à energia elétrica e telecomunicações.

A matéria está afeta, pois, à organização da urbe e, neste passo, restringe-se ao interesse local quanto ao uso do bem público municipal. Daí a aplicação do artigo 30, I, da Carta Magna, que dispõe: *"Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local..."*.

Acesso ao Sumário

Voto da lavra do e. Desembargador Evaristo dos Santos no julgamento da ADIN nº 2071833-93.2013.8.26.0000, bem delimitou a questão da competência do Município em legislar sobre interesse local, assim deixando assente o d. Relator:

"A Constituição Federal conferiu aos Municípios competência para **legislar** sobre assuntos de **interesse local** (art. 30, inciso I) e **suplementar a legislação federal e estadual no que couber** (art. 30, II).

Segundo **ANTONIO SÉRGIO P. MERCIER**, **interesse local**:

"... diz respeito ao espaço físico do Município, ou seja, sua área territorial. Interesse tem a ver com tudo aquilo que possa trazer benefício à coletividade; em linguagem comum, é sinônimo de utilidade, proveito. Pode ser também um estado de consciência. No caso do inciso em tela, trata-se do interesse público, particularmente o local, ou seja, no âmbito territorial do Município, e que por isso deve estar sob sua proteção ou vigilância, requerendo, dessa forma, que se imponha normas próprias." ("Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo" – Ed. Manole – 3ª ed. – p. 225)...".

Não se trata, aqui, de norma que implique em ato de gestão administrativa, de competência do Chefe do Executivo, porquanto se refere à determinação de retirada de cabos e postes de empresas prestadoras de serviço, **quando excedentes ou sem uso**, o que, a meu aviso, parece se aproximar mais do conceito de proteção ao meio ambiente e urbanismo – sobre os quais o Município está autorizado a legislar ao teor do que dispõe o artigo 30, I, II e VIII da Constituição Federal – que atos de gestão administrativa, próprios do Alcaide.

Neste passo, decidiu a Suprema Corte que:

"(...)

Isso porque a chamada Lei Cidade Limpa, consoante esclarecido pelo acórdão recorrido, disposto em sua ementa, bem como em seu primeiro artigo, trata da ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do Município de São Paulo, visíveis a partir de logradouro público.

Nesse sentido, resta claro que a legislação impugnada tem por objetivo melhor administrar a chamada poluição visual, então excessiva no referido município. A alegação das recorrentes, segundo a qual o município estaria a usurpar competência da União para legislar sobre o âmbito econômico da publicidade e da propaganda, não merece prosperar, **visto que a lei em exame, a toda evidência, cuida de matéria ligada ao meio ambiente e ao urbanismo, sobre as quais o município está autorizado a legislar, nos termos do art. 30, incisos I, II e VIII, da Constituição Federal**.".[1]

Não é caso aqui, portanto, de lei que disciplina a atuação administrativa ou a forma como o serviço de energia elétrica, telefonia, comunicação de dados via fibra óptica e televisão a cabo é prestado, o que ensejaria o reconhecimento da invasão do legislativo na esfera de competência do Executivo como, aliás, julgou esta C. Corte por seu Órgão Especial nas ADI's nº 2154169-52.2016.8.26.0000, Rel. Des. ANTONIO Carlos Malheiros e também 2078503-45.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Borelli Thomaz; no caso presente, como dito acima, há evidente proteção ao urbanismo, ensejador do reconhecimento da competência concorrente para legislar.

Por fim, não se verifica a alegada afronta ao artigo 25 da Carta Estadual.

Acesso ao Sumário

1 AI 799690 AGr/SP, Rel. Min. Rosa Weber, j. 10/12/2013

Consoante tem entendido este C. Órgão Especial, a ausência de indicação de fonte de custeio, ou sua indicação genérica, importam, quando muito, em inexequibilidade da norma no mesmo exercício orçamentário em que promulgada. Neste sentido, aliás, julgado da lavra do Desembargador Márcio Bartoli, nos seguintes termos:

> *"Embora a lei apreciada traga, em seu artigo 4º, apenas a previsão de que a dotação orçamentária para o custeio dos encargos financeiros decorrentes de sua implementação correrão 'à conta de dotação orçamentária própria consignada no orçamento vigente, suplementada se necessária', **tal previsão, embora generalista, não se constitui em mácula de constitucionalidade, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada.**"*
>
> *(...)*
>
> *"Tem-se, dessa forma, que, sobrevindo em determinado exercício orçamentário norma que, de forma genérica, tenha por consequência a assunção de gastos pela Administração Pública, essas gastos poderão ser absorvidos pelo orçamento de três maneiras: (I) através de sua inserção nos gastos já previstos, seja por meio da utilização de reserva orçamentária de determinada rubrica, seja pelo remanejamento de verbas previstas e não utilizadas; (II) pela complementação do orçamento aprovado com verbas adicionais, através de créditos suplementares àqueles devidamente autorizados, ou de créditos especiais ou extraordinários; ou, por fim, quando inviável essa complementação, (III) através de sua inserção no planejamento orçamentário do exercício subsequente."*
>
> *"Entende-se, assim, que **a previsão de dotação orçamentária generalista não poderá constituir em inafastável vício de inconstitucionalidade, vez que possíveis tanto o remanejamento orçamentário, quanto a sua complementação com verbas adicionais para acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a Administração preserve a integridade de suas finanças.**".*[2]

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2166189-75.2016.8.26.0000, da Comarca de São

2 **ADIn nº 2110879-55.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 12.11.14**

Acesso ao Sumário

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. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42276)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), MÁRCIO BARTOLI, 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, 1º de fevereiro de 2017.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei de iniciativa parlamentar promulgada com veto do Chefe do Executivo – Inconstitucionalidade inexistente – Matéria por ela tratada que não se subordina às hipóteses taxativamente arroladas, reservadas à iniciativa do Chefe do Executivo, nem gera despesa pública a maculá-la pela inconstitucionalidade – Lei que determina a afixação de placa informativa com os números telefônicos do canal de comunicação da Prefeitura Municipal de Jundiaí, para sugestões reclamações ou denúncia, e "Disque denúncia" – Ação desacolhida.

VOTO

Cuida-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ajuizada pelo PREFEITO MUNICIPAL DE JUNDIAÍ em face da CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ objetivando o pronunciamento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.522, de 4 de novembro de 2015, de iniciativa parlamentar, e promulgada a despeito do seu veto, que ordenou a

Acesso ao Sumário

afixação de placa informativa com números telefônicos do canal de comunicação da Prefeitura para reclamações ou denúncias, e "Disque-denúncia". Sustenta a inconstitucionalidade do diploma legal por vício de iniciativa e por não prever a fonte de custeio, razão pela qual estariam violados os arts. 5º, 24, § 2º, 25, 47, II e XIX, 144 e 176, I e II, da Constituição do Estado de São Paulo. Vieram as informações da Câmara Municipal, a douta Procuradoria-Geral do Estado manifestou seu desinteresse em oficiar no feito e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

É o seguinte o teor da Lei agora guerreada:

LEI N.º 8.522, DE 04 DE NOVEMBRO DE 2015

Prevê divulgação dos números telefônicos 156, da Prefeitura Municipal, e 181, Disque-Denúncia, nos locais de prestação de serviço público.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ, Estado de São Paulo, conforme a rejeição de veto total pelo Plenário em 27 de outubro de 2015, promulga a seguinte Lei:

Art. 1º. Em todo local de prestação de serviço público da administração direta ou indireta, ou mediante outorga, haverá placa informativa com os números telefônicos 156, do canal de comunicação da Prefeitura Municipal de Jundiaí, para sugestões, reclamações ou denúncia, e 181 – Disque-Denúncia.

Parágrafo único. A placa será afixada em local de fácil visualização e leitura e seguirá as normas de segurança e padrão de qualidade estabelecidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas-ABNT.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ, em quatro de novembro de dois mil e quinze (04/11/2015).

Eng. MARCELO GASTALDO

Presidente

Na verdade, o aludido diploma legal nada tem de inconstitucional porquanto a matéria por ela tratada não se subordina às hipóteses taxativamente arroladas, reservadas à iniciativa do Chefe do Executivo, nem gera despesa pública a maculá-la pela inconstitucionalidade.

Esta Corte de Justiça, em caso bastante assemelhado, assim se pronunciou:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 907/2010 do Município de Bertioga. Colocação de placas informativas sobre crime de pedofilia e número do 'disque-denúncia' em escolas públicas, postos de saúde, ginásios esportivos e site oficial dos órgãos públicos. Iniciativa legislativa de vereador. Não configurada violação à iniciativa reservada ao chefe do executivo. Hipóteses taxativas. Suplementação da legislação federal constitucionalmente autorizada.

Acesso ao Sumário

Direito à informação de interesse da coletividade, bem como sobre instrumentos estatais de combate a crimes sexuais praticados contra menores. Estímulo ao exercício da cidadania. Lei que prevê despesas não impactantes a serem absorvidas pelo orçamento, com previsão de suplementação, se necessário. Desnecessidade de rubrica específica para todo e qualquer simples ato de administração. Precedentes recentes do Órgão Especial. Ação julgada improcedente" (TJ/SP, ADI nº 0202793-74.2013.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, julgada em 26 de março de 2014)**."**

E também:

"I Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 8.058, de 03 de setembro de 2013, do Município de Jundiaí, que prevê a publicação, no respectivo portal da transparência, de dados relativos às unidades escolares municipais.

II Diploma que não padece de vício de iniciativa. Matéria não reservada ao Chefe do Poder Executivo. Exegese do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do disposto no art. 144 da mesma Carta. Admissível a iniciativa legislativa em matéria de transparência administrativa, consistente na obrigação de publicidade de dados de serviços públicos. A norma local versou sobre tema de interesse geral da população.

III A lei não cria novos encargos geradores de despesas imprevistas, já que a publicidade oficial e a propaganda governamental são existentes. A divulgação oficial de informações é dever primitivo na Constituição de 1988.

IV Ação improcedente, cassada a liminar".

(Relator: Guerrieri Rezende; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 14/05/2014; Data de registro: 16/05/2014)

Tais fundamentos já são suficientes para desacolher o pedido inicial. Merecem destaque especial, no entanto, os seguintes trechos encontráveis no ilustrado parecer do douto Subprocurador-Geral de Justiça oficiante:

"Como expõe a doutrina (Wallace Paiva Martins Junior. "Princípio da publicidade", in Princípios de Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2012, pp. 233-258, organização Thiago Marrara), em linha de princípio, a disciplina legislativa da publicidade administrativa ***não se revela*** *como matéria que mereça trato normativo por impulsão exclusiva do Chefe do Poder Executivo porque a matéria se situa na iniciativa legislativa comum ou concorrente que é a regra, enquanto é excepcional a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos."* (cf. fls. 83).

Acesso ao Sumário

E mais:

"A falta de recursos orçamentários não causa a inconstitucionalidade de lei, sendo sua ***ineficácia*** *no exercício financeiro respectivo à sua vigência, porque 'inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo" (STF, ADI 1.585-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19-12-1997, v.u., DJ 03-04-1998, p. 01).* (cf. fls. 90).

Pelo exposto, pelo meu voto, é julgada IMPROCEDENTE a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Custas *"ex lege"*.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 34.815)

1. Relatório já nos autos.

2. Entendo improcedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Jundiaí tendo por objeto a **Lei Municipal nº 8.522**, de **04.11.15** (fls. 08), que dispõe:

> *"Art. 1º. Em todo local de prestação de serviço público da administração direta ou indireta, ou mediante outorga, haverá placa informativa com os números telefônicos 156, do canal de comunicação da Prefeitura Municipal de Jundiaí, para sugestões, reclamações ou denúncia, e 181 – Disque-Denúncia."*
>
> *"Parágrafo único. A placa será afixada em local de fácil visualização e leitura e seguirá as normas de segurança e padrão de qualidade estabelecidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT."*
>
> *"Art. 2º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".* (fls. 08).

Ajuizou a ação o Prefeito Municipal, alegando, em síntese, que a norma como posta impõe obrigações à Administração Pública, sendo privativa do Chefe do Poder Executivo a competência de iniciativa nesses casos.

Sem razão, porém.

Em acréscimo aos judiciosos fundamentos desenvolvidos pelo Exmo. Des. Rel. **SILVEIRA PAULILO**, julgo oportuno acrescentar algumas observações.

a) Quanto ao vício de iniciativa.

Acesso ao Sumário

Não vislumbro, quanto a questão central desta ação direta de inconstitucionalidade – meras disposições sobre fixação de placas informativas com números telefônicos do canal de comunicação com a Prefeitura de Jundiaí e do Disque-Denúncia –, o apontado **vício de iniciativa**.

A lei **não** se encontra no rol de matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, aquelas que envolvem **(a) servidores públicos**; **(b) estrutura administrativa**; **(c) leis orçamentárias**; **geração de despesas**; e, **(d) leis tributárias benéficas** (**GIOVANI DA SILVA CORRALO** – "O Poder Legislativo Municipal" – Ed. Malheiros – 2008 – p. 82/87).

Nesse sentido:

> *"Assim, **não sustenta o argumento de que a matéria tratada na legislação aqui impugnada estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal**, em frontal violação ao princípio da independência dos Poderes e, por conseguinte, aos artigos 5º, 20, inciso III, 47, inciso II, 111 e 144 da Constituição Estadual, e artigo 84, incisos II e VI, da Constituição Federal."*
>
> *"No caso vertente, **a lei local versou acerca de tema de interesse geral da população, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, afeta ao Poder Executivo, razão pela qual poderia mesmo decorrer de iniciativa parlamentar**."*
>
> *"Nem tampouco há que se falar que a previsão legal contestada nos autos implicaria no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante, uma vez que o próprio texto legal delega à Administração estabelecer as normas técnicas necessárias ao cumprimento do disposto na lei."* (grifei – ADIn nº 2030709-28.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 11.05.16 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**).

A **Lei Municipal nº 8.522/15** dispõe apenas sobre a fixação de placas informativas em locais de prestação de serviço público, **não** interferindo de modo algum nas **atividades administrativas** relacionadas a gestão exclusiva do Executivo.

Descabido falar, portanto, em iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo.

Em casos similares, assim se pronunciou este **Eg. Órgão Especial**:

> *"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."*
>
> *"5. Aliás, espera-se das autoridades municipais que, de acordo com*

Acesso ao Sumário

*sua competência e autonomia constitucionalmente garantidas, **informem ao Munícipe e à sociedade, da forma mais ampla e transparente possível, quais são seus direitos e os instrumentos estatais disponíveis para as hipóteses de violação a tais direitos**, inclusive com a divulgação dos meios de combate a crimes sexuais praticados contra menores, como ocorreu no caso dos autos."*

*"**O comando legal ora atacado nada mais fez do que divulgar informação pública relevante e fomentar o exercício da cidadania.**"*

(...)

"10. Indubitável que a lei em debate não se constitui em ato concreto de administração. Cuida-se de norma geral obrigatória de conduta a ser seguida pelo Município, a quem caberá implementá-la por meio de provisões especiais, com respaldo no seu poder regulamentar (cf. artigos 84, IV, CF, e 47, III, CE), respeitadas a conveniência e oportunidade da Administração Pública."

"Sendo assim, não se pode afirmar que houve usurpação das atribuições do Poder Executivo." (grifei – ADIn nº 0.202.793-74.2013.8.26.0000 – p.m.v. j. de 26.03.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

"Vale dizer, a obrigação de afixar placas de acessibilidade, direcionada tanto ao poder público como às edificações particulares, apenas decorreu de diretrizes essenciais já estabelecidas em lei federal que regula a matéria, permanecendo imperativa ainda que a norma local não fosse editada, não se ressentindo a lei, nesta parte, de defeito de natureza formal." (ADIn nº 2161470-50.2016.8.26.0000 – v.u. j.de 30.11.16 – Rel. Des. **RENATO SARTORELLI**).

No mesmo sentido já decidiu o **Colendo Supremo Tribunal Federal**:

*"...quanto ao restante do diploma legal que dispõe sobre a segurança de escadas e esteiras rolantes, **verifico que a matéria não consta do rol taxativo de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, do texto constitucional**. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o ente municipal possui competência legislativa para dispor sobre a segurança das pessoas em imóveis destinados ao atendimento público, uma vez que há predominância de interesse local na espécie."* (grifei – RE 886847 – j. em 01.06.15 – DJ-e de 05.06.15 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**).

Não restou caracterizada, pois, afronta ao princípio da separação de poderes.

Ausente o alegado vício.

Acesso ao Sumário

Como **bem** observado pela D. Procuradoria, *"... não há como se vindicar espaço inerente à reserva da Administração por carecer exclusividade – explicitamente declarada na Constituição – para a disciplina do assunto que, como visto, pode ser objeto de lei de iniciativa comum ou concorrente."* (fls. 84).

Não há, ***data maxima venia***, como reconhecer **inconstitucionalidade** sob esse fundamento.

b) Quanto à falta de previsão orçamentária.

Neste ponto, **não** há o vício apontado na exordial.

A disponibilização de placas informativas com números telefônicos do canal de comunicação com a Prefeitura de Jundiaí e do Disque-Denúncia poderia ser viabilizada, em tese, com sua inclusão no orçamento municipal anual, cabendo ao Poder Executivo na sua elaboração, prever os recursos necessários.

Cabe ao Poder Executivo, além do mais, regulamentar a norma em questão, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da norma em razão de tal mácula.

Assim tem decido este **Eg. Órgão Especial**:

*"É que **a estrutura Administrativa da Prefeitura pressupõe a existência de departamento de obras e serviços que, dentro de sua esfera de atribuições, pode executar essa simples tarefa**, sem custos adicionais ou **com custos mínimos**, de forma que a falta de previsão orçamentária, por si só não justifica o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma."* (grifei – ADIn nº 2.126.475-11.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 09.11.16 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

No mesmo o entendimento do **C. Supremo Tribunal Federal:**

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis federais nº 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 3. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º 37, X, e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Carta Magna); e inobservância da exigência de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF). 4. Não configurada a alegada usurpação de iniciativa privativa do Presidente da República, tendo em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos. 5. Distinção entre reajuste setorial de servidores públicos e revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. 6. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o

caso, não afrontam o princípio da isonomia. 7. ***A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes : ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003****. 9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente."* (grifei – ADI 3599/DF – DJ-e de 14.09.07 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**).

E ainda: ADI/MC 484/PR, Rel. Min. **CÉLIO BORJA**, j. 06.06.91; ADI 1.243-6, Rel. Min. **SYDNEY SANCHES**, j. 17.08.95; ADI 1.428-5, Rel. Min. **MAURÍCIO CORRÊA**, j. 01.04.96; ADI 1.585/DF, Rel. Des. **SEPÚLVEDA PERTENCE**; AI-ARG 446.679, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**, j. 13.12.05; ADI 3.599/DF – DJ-e de 14.09.07 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**; RE 770.329/SP, Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**, j. 29.05.14.

Nesses termos, à luz desses entendimentos, **não** há que se falar em inconstitucionalidade por falta de previsão orçamentária.

Em suma, com essas observações, **acompanho**, quanto ao mérito, o voto do Exmo. Des. Relator.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Acompanho o Relator para julgar improcedente a ação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2073576-36.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TIETÊ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TIETÊ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.668)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI

Acesso ao Sumário

FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 4º e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 3.016/2008, com redação dada pela Lei nº 3.555/2015, ambas do Município de Tietê – Lei de origem parlamentar que trata do serviço funerário no âmbito do município, serviço público municipal, e impõe a tomada de providências de caráter tipicamente administrativo ao Poder Executivo, ao qual é constitucionalmente reservada a iniciativa legislativa, assim violando o princípio da separação de poderes (arts. 5º, *caput*, §§ 1º e 2º, 47, II, XI, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta e do art. 29 da Constituição Federal) – Não bastasse, os dispositivos legais criam despesas sem especificar a respectiva fonte de custeio, a que referem genericamente (art. 25 CE) – Inconstitucionalidade decretada.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

VOTO

O libelo inaugural veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 4º e parágrafos 1º, 2º e 3º da Lei Municipal nº 3.016/2008, com redação dada pela Lei Municipal nº 3.555/2015 (sancionada em 11/02/2016, fls. 30/31).

Afirma o proponente: **a)** a lei municipal que deu nova redação aos dispositivos impugnados, de autoria de vereador, foi vetada pelo Executivo, mas promulgada pelo Legislativo; **b)** o projeto de lei foi vetado por afronta ao interesse público, pois os dispositivos impugnados contrariam a legislação municipal em vigor, esta dispondo que os jazigos serão concedidos mediante concessão e não revenda, além de privilegiarem os cemitérios particulares; há inconstitucionalidade formal subjetiva (vício de iniciativa) porque trata de serviço público e prevê despesas para o Executivo; **c)** há inconstitucionalidade

Acesso ao Sumário

formal subjetiva (vício de iniciativa) porque, sendo o projeto de lei de iniciativa do Legislativo, disciplinou o serviço público e criou despesas para o Poder Executivo, em afronta ao princípio da separação de poderes (arts. 5º, § 1º, 25 e 47, incisos II e XIV, da Constituição do Estado); **d)** cabe exclusivamente ao Executivo a prática de atos de administração municipal, sendo que referidos dispositivos condicionam indevidamente a administração do cemitério municipal à tomada de determinadas providências.

Requereu a concessão de liminar, ressaltando a presença do *periculum in mora*, pois os dispositivos impugnados podem causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, colocando em risco a relação de independência e harmonia previstas constitucionalmente. Além disso, "o Poder Executivo estará obrigado a adequar o cemitério municipal às Resoluções do CONAMA e da CETESB, priorizar a arborização interna e da faixa lateral nos moldes de Norma Técnica da CETESB e melhorar as condições de trânsito, acessibilidade e locomoção na região do Cemitério, por força de lei de iniciativa do Poder Legislativo, que prevê despesas sem a indicação os recursos disponíveis".

Deferida a liminar (fls. 36/38).

A douta Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar por se tratar de matéria exclusivamente local (fls. 49/50).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 54/56). Alega: **a)** "não houve afronta aos preceitos constitucionais invocados pelo autor", pois os dispositivos impugnados "foram no sentido de suprir a inercia do Poder Executivo em dar cumprimento às Resoluções do CONAMA e da CETESB"; **b)** "não invadiu competência privativa do Poder Executivo de estabelecer atos de administração do Município e criar despesas, vez que apenas incluiu na norma geral obrigação que o Executivo deve cumprir em obediência às Resoluções do CONAMA e da CETESB e em relação a novas revendas de túmulos, remanejamentos, exumações e ampliação de novas áreas" (art. 4º, caput); **c)** os §§ 1º, 2º e 3º "também não implicam em violação à separação dos poderes e nem criam despesas ao erário, pois prevê que as adaptações e adequações necessárias à regularização do Cemitério Municipal devem ser implementadas paulatinamente e resguardado o direito dos proprietários de túmulos já existentes, não impondo imediatas providências pela Administração"; **d)** "ao editar a nova redação e inclusão de situações exigidas por órgãos ambientais à Lei Municipal nº 3.016/2008, não impôs ao Poder Executivo obrigação administrativa que já deveria estar sendo observada por ele por outras Leis e Normas Técnicas editadas há vários anos atrás, portanto não estabeleceu atos de administração do Município e nem criou despesas sem indicação dos recursos disponíveis"; **e)** "dessa forma, não existem também privilégios aos cemitérios particulares, pois o Município continua responsável pela prestação desses serviços e os serviços explorados por concessão devem se submeter às exigências da legislação

Acesso ao Sumário

municipal, além de outras afetas ao assunto".

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 61/69).

É o relatório.

1. Estabelece o **art. 4º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º**, da Lei nº 3.016/2008, que "dispõe sobre os serviços funerários e de Cemitério no Município de Tietê", com a redação dada pela **Lei nº 3.555/2015, do Município de Tietê**:

> *"**Art. 4º.** Os Cemitérios pertencentes ao Município serão administrados, mantidos e fiscalizados diretamente pela Prefeitura, obedecidos os requisitos estabelecidos no art. 175 da Constituição Federal, nas Leis Federais nº 8.666/93 e nº 8.978/95, bem como para novas revendas de túmulos, remanejamentos e exumações, ampliação de novas áreas deverão atender ainda as resoluções do CONAMA e da CETESB e aprovação de projetos e licenciamento nos órgãos públicos competentes, bem como aos artigos desta lei.*
>
> *"**§ 1º.** Esta lei determina que o Cemitério Municipal deve implementar paulatinamente as adaptações e adequações necessárias para regularização do mesmo a partir do momento da publicação desta Lei, sendo que prioritariamente não devem ser revendidos novos túmulos antes que sejam atendidas as exigências desta lei, sendo resguardado o direto de propriedade e uso dos já proprietários de túmulos do Cemitério Municipal.*
>
> *"**§ 2º.** O Município deverá ainda priorizar pela arborização interna e da faixa lateral nos moldes do item 5, 'c' da Norma Técnica L 1.040 de janeiro de 1999 da Cetesb.*
>
> *"**§ 3º.** Deverá ainda envidar esforços para melhorar as condições de trânsito, acessibilidade e locomoção dos munícipes na região do Cemitério, que poderá ser especificada por projeto de lei própria".*

Como posta, é inconstitucional a lei de iniciativa parlamentar, votada e promulgada após rejeição de veto imposto pelo Prefeito Municipal. Vejamos.

2. Dispõe a Constituição Estadual:

"**Artigo 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

"§ 1º – É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

"§ 2º – O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

"**Artigo 47** – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

Acesso ao Sumário

"**II** – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

(...)

"**XI** – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

(...)

"**XIV** – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

(...)

"**XIX** – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos; ...".

O artigo 25, de seu turno, estabelece:

"**Artigo 25** – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos".

3. Ensina HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 17ª edição/2014, Malheiros Editores), a propósito, que

"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 chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre 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; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental" (p. 633).

Especificamente quanto ao *serviço funerário*, ressalta o renomado jurista (idem):

"O *serviço funerário* é da competência municipal, por dizer respeito a atividades de precípuo interesse local – quais sejam: a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres

Acesso ao Sumário

e a administração de cemitérios. As três primeiras podem ser delegadas pela Municipalidade, com ou sem exclusividade, a particulares que se proponham a executá-las mediante concessão ou permissão, como pode o Município realizá-las por suas repartições, autarquias, fundações ou empresas estatais.

"Quando delegados esses serviços a particulares, serão executados sob fiscalização e controle da Prefeitura, para que se assegurem o bom atendimento do público e a modicidade das tarifas. Este poder de regulamentação é irrenunciável e deverá ser exercido ainda que omitido na delegação, porque a polícia mortuária e a fiscalização dos serviços concedidos são atributos do Município, como entidade delegante.

"Os *terrenos dos cemitérios municipais* são bens do domínio público de uso especial, razão pela qual não podem ser alienados, mas simplesmente concedidos aos particulares para as sepulturas, na forma do respectivo regulamento local. Daí a exata afirmativa de Trotabas de que 'a concessão de uso dos terrenos de cemitérios é um modo de utilização privativa do domínio público, segundo a sua destinação específica'.[1] Essa concessão de uso é revogável desde que ocorram motivos de interesse público ou seu titular descumpra as normas de utilização, consoante têm entendido uniformemente os tribunais.

"Convém advertir que a competência municipal não adentra a parte de saúde pública e de normas para autópsia, exumação de cadáveres, prazo para sepultamento e outros aspectos de atribuição estadual e até mesmo federal. Cabem ao Município a parte administrativa dos cemitérios e os serviços funerários propriamente ditos, para a prestação dos quais a Prefeitura pode cobrar a respectiva remuneração.

"A construção e a exploração de cemitério particular por sociedade comercial dependem de licença por parte da Administração e não podem ser dissociadas da exploração dos serviços funerários, sendo vedado ao Município conceder ou permitir a prestação de tais serviços sem prévia autorização legislativa e licitação[2]" (p. 472/473).

4. O cotejo das normas em apreço com o ensinamento clássico e, sobretudo, com as normas constitucionais, revela ter o legislador local extrapolado suas atribuições para adentrar o campo da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, ao tratar de serviço funerário, que é serviço público municipal, e impor a tomada de providências de caráter tipicamente administrativo.

Assim procedendo, os dispositivos impugnados violam o princípio federativo e o da separação de poderes (arts. 5º, *caput*, §§ 1º e 2º, 47, II, XI, XIV

Acesso ao Sumário

1 Louis Trotabas, *De l'Utilisation du Domaine Public par les Particulières*, Paris, 1924, p. 142.

2 STJ, 1ª Turma, REsp 622.101-RJ, rel. Min. José Delgado, j. 20.4.2004, *DJU* 17.5.2004, p. 160.

e XIX, "a" da CE, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta).

Quanto às fontes de custeio (art. 25 CE), o art. 2º da Lei nº 3.555/2015, não incluída pelo proponente nesta ação, estabelece de modo genérico que *"as despesas decorrentes com a execução desta lei correrão por conta de verbas próprias a serem consignadas nos próximos orçamentos"* (fls. 30/31).

Não se trata, absolutamente, de lei programática, autorizativa ou permissiva, senão determinante de atuação administrativa, e que, deve ser implementada, posta em prática e cumprida pelo Poder Executivo. Para isso, esse Poder há de se aparelhar com os meios funcionais, materiais e financeiros que permitam levar a cabo o cumprimento dos dispositivos legais impugnados.

Não há dúvida, por conseguinte, de se tratar de diploma legal que nitidamente dispõe sobre a atividade administrativa, importando manifesta invasão da esfera constitucional de iniciativa e atuação do Poder Executivo.

Bem sintetiza a douta Procuradoria Geral de Justiça, na ementa de seu parecer de fls. 61/69, que

> "... **1.** A iniciativa parlamentar de lei local, que disciplina serviço público funerário, é incompatível com a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e com a reserva da Administração, decorrentes do princípio da separação de poderes (arts. 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, *a*). **2.** Quando lei de iniciativa parlamentar cria ou fornece atribuição ao Poder Executivo ou seus órgãos demandando diretamente a realização de despesa pública não prevista no orçamento para atendimento de novos encargos, com ou sem indicação de sua fonte de cobertura inclusive para os exercícios seguintes, ela também padece de inconstitucionalidade por incompatibilidade com os arts. 25, 174, III, e 176, I, CE/89, seja porque aquele exige a indicação de recursos para atendimento das novas despesas (que não estão previstas) seja porque é reservada ao Chefe do Poder Executivo iniciativa legislativa sobre o orçamento anual. **3.** Procedência da ação".

Em situações assemelhadas já decidiu este C. Órgão Especial:

> *"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Insurgência do Prefeito contra lei, promulgada pela Câmara Municipal, que 'dispõe sobre a exumação de restos mortais para o reaproveitamento de jazigos do cemitério de José Bonifácio e dá outras providências' – Afronta ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes – Reconhecimento – A toda evidência, a lei em questão cria nova atribuição ao Poder Executivo e, desta maneira, não poderia ter iniciativa parlamentar – Outrossim, in casu, há criação de despesa sem indicação de específicas medidas de compensação – Precedentes do Órgão Especial – Ação*

Acesso ao Sumário

julgada procedente" (ADI 2071090-49.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, j. 30.07.2014).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 666, de 02 de setembro de 2013, que dispõe sobre sepultamento de animais domésticos em cemitérios públicos e particulares.

VÍCIO DE INICIATIVA. Reconhecimento. A lei impugnada, de autoria parlamentar, envolve normas sobre planejamento e gestão administrativa, dispondo sobre uso de bem público (cemitério), ou seja, trata de matéria que é reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo; e ainda estabelece a criação de despesas sem indicar os recursos disponíveis para atender aos novos encargos, uma vez que a Administração Pública, para viabilizar o cumprimento da norma impugnada, precisaria adaptar as instalações dos cemitérios e confeccionar urnas para acomodar adequadamente os animais domésticos.

Extensão da norma a cemitérios particulares. Inconstitucionalidade manifesta também sob esse aspecto, pois, as atividades funerárias, assim como o sepultamento, ainda que possam ser objeto de concessão a terceiros, constituem modalidades de serviço público, permanecendo vinculados, portanto, à fiscalização da administração e à disciplina do Chefe do Poder Executivo, a quem compete dispor sobre a forma de utilização de espaços reservados a sepultamento. Ação julgada procedente" (ADI 2056726-09.2013.8.26.0000, Relator o Desembargador ANTONIO LUIZ PIRES NETO, j. 02.04.2014).

Não há afastar o decreto de inconstitucionalidade, portanto.

5. Ante o exposto, julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2099116-86.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAQUARA e PREFEITO MUNICIPAL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.176**

(OE))

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, 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 e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 8.639, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Araraquara, que "dispõe sobre a comercialização de cerveja nas dependências de estádios de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas no Município e dá outras providências". Usurpação da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo. Ausência, ademais, de interesse local específico a justificar a edição da norma municipal impugnada. Afronta aos artigos 24, inciso V, e 29, "caput", ambos da Constituição Federal, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente para declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 8.639, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Araraquara.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 8.639, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Araraquara, que ***"dispõe sobre a comercialização de cerveja nas dependências de estádios de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas no Município e dá outras providências"***.

Aduz o requerente que a norma impugnada viola o princípio de competências legislativas que, por força constitucional, é de observância obrigatória pelos municípios. No mais, a lei municipal vai de encontro ao

Acesso ao Sumário

princípio da proporcionalidade, deixando desprotegidos os direitos fundamentais de defesa do consumidor. Assim, ao tratar de questão relacionada a consumo e desporto, o legislador local avançou sobre a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Nesse sentido, destaca as disposições do "Estatuto do Torcedor", que proibiu o porte de bebidas alcóolicas em recintos esportivos. Aponta, ainda, o Decreto nº 6.117/07, que possui como diretriz estimular a restrição do consumo de bebidas alcóolicas, inclusive, em locais destinados a competições esportivas de massa. No Estado de São Paulo, cita a Lei nº 9.470/96, que proíbe a venda, a distribuição ou o consumo de bebidas alcóolicas nos estádios de futebol e ginásios esportivos. Portanto, é defeso ao ente municipal invadir a competência legislativa da União, Estados e Distrito Federal, relativamente a consumo e desporto. Deve a norma municipal, desse modo, ser declarada inconstitucional, por ofensa aos artigos 1º e 144, da Constituição Estadual, bem como aos artigos 5º, *caput*, incisos XXXII e LIV, 18, 24, incisos V e IX, 30, incisos I e II, e 217, da Constituição Federal.

A liminar foi concedida para suspensão da eficácia da lei (fls. 86/88).

O Procurador Geral do Estado manifestou ausência de interesse para defesa do ato impugnado, que trata ***"de matéria exclusivamente local"*** (fls. 99/100).

O Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Araraquara, em sua manifestação, argumentou com a competência municipal para legislar sobre poder de polícia (fls. 106/108).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer, opinando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da lei municipal (fls. 113/131).

Finalmente, o Prefeito do Município de Araraquara defendeu a constitucionalidade da norma local, que trata do exercício do poder de polícia pelo ente municipal. Argumentou, no mais, que o "Estatuto de Defesa do Torcedor" não foi enfático na proibição do comércio de bebidas alcóolicas. Apontou que a Copa do Mundo de futebol, realizada no Brasil em 2014, demonstrou que a venda de bebidas alcóolicas em estádios estimula a presença do torcedor em eventos esportivos, fomentando, com isso, a arrecadação de tributos, a criação de empregos, sem relação com o aumento da violência (fls. 141/145).

É o relatório.

A presente ação tem por objetivo a retirada do ordenamento jurídico de norma que, em tese, foi elaborada com infringência às disposições constitucionais.

A Lei nº 8.639, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Araraquara, assim dispõe:

> ***"Art. 1º. Esta lei regulamenta a comercialização de cerveja em estádios de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas localizadas no Município.***

Acesso ao Sumário

Art. 2º. A comercialização e o consumo de cerveja são admitidos nos ambientes aludidos no artigo 1º, no Campeonato Paulista, Copa do Brasil e Campeonato Brasileiro.

§ 1º. Não será permitida a comercialização de cerveja em quaisquer recipientes que possam ocasionar riscos à integridade física ou à saúde dos consumidores.

§ 2º. Não será permitida, também, a entrega de recipientes de vidro, ou a entrega de garrafas ou latas diretamente aos consumidores.

§ 3º. A comercialização e o consumo de cerveja serão permitidos apenas a maiores de 18 (dezoito) anos de idade, mediante a exibição de documento de identidade hábil a comprovar a identidade do consumidor.

§ 4º. Os responsáveis pela comercialização de cerveja nos ambientes aludidos no artigo 1º ficam obrigados a divulgar mensagens de consumo moderado e consciente de bebidas alcóolicas.

Art. 3º. Fica vedada a comercialização e o consumo de quaisquer outras bebidas alcóolicas nos locais designados no artigo 1º que não seja cerveja.

Art. 4º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário".

Primeiramente, é importante destacar que a análise de vício formal e material de norma municipal, decorrente de eventual extrapolação da iniciativa legislativa, com invasão das atribuições dos poderes institucionais, se dá diretamente em face das disposições da Constituição Estadual, que delimita as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, Estaduais e Municipais, em inúmeros de seus dispositivos, entre os quais, os artigos 5º, 19, 20, 24 e 47.

No mais, a vinculação dos Municípios às competências legislativas definidas na Constituição Federal (arts. 22 a 24) encontra igual amparo na Constituição Bandeirante, cujo artigo 144 estabelece que os entes municipais ***"se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição"***. Semelhante previsão encontra-se presente no artigo 29, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial do Egrégio Órgão Especial desta Corte de Justiça, a saber:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Legitimidade passiva da Câmara Municipal – Entidade que participou do processo legislativo, devendo prestar informações, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.868/99 – Pedido juridicamente possível, pois é admissível o controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal em face de dispositivo da Constituição Estadual de reprodução obrigatória em relação à Constituição Federal – Preliminares afastadas – Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 7º

Acesso ao Sumário

e de parte do artigo 9º, caput, da Lei nº 2.346/2015, do Município de Barrinha – Dispositivos que subordinam atos de planejamento, gestão e delegação relacionados ao setor de saneamento básico à autorização legislativa – Inadmissibilidade – Desrespeito aos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a', da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente". (ADI nº 2172720-17.2015.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Desembargador Relator Moacir Peres, j. 19/12/2015).

Em igual sentido, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

"DIREITO CONSTITUCIONAL, DO CONSUMIDOR E CIVIL. CONTRATO DE CONSUMO. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO. ESTIPULAÇÃO DE MULTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POR ALEGADA AFRONTA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INEXISTENTE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 11.4.2014. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. O controle abstrato de constitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais em face da Constituição Estadual compete aos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, § 2º, da Lei Fundamental), incluídos os dispositivos de reprodução compulsória da Constituição da República. Aos Estados é vedado, a pretexto de veicularem norma em defesa do consumidor, legislar sobre direito civil, notadamente sobre relações contratuais. Precedentes. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido". (AG REG no RE nº 877596 – Rio de Janeiro, STF, 1ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, j. 09/06/2015).

Verifica-se, portanto, a absoluta pertinência da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para, nos termos da peça inaugural, impugnar a Lei nº 8.639/2016, do Município de Araraquara.

A pretensão é procedente.

A norma impugnada autoriza a comercialização de cerveja nos estádios de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas localizados em

Acesso ao Sumário

Araraquara.

Disciplina a lei municipal, desse modo, o consumo de referida bebida alcóolica, especificamente nos locais daquele Município destinados à prática de esporte, em descabida invasão da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a matéria, conforme previsto no artigo 24, inciso V, da Constituição Federal, a saber:

> ***"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:***
>
> ***(...)***
>
> ***V – produção e consumo;***

Consequentemente, e por não estar essa matéria elencada entre as de competência legislativa dos municípios (arts. 23, 30 e 156, da Constituição Federal), indiscutível o vício de inconstitucionalidade da lei atacada.

Nelson Nery Costa assevera: ***"A atuação do legislador municipal é limitada, tendo em vista os princípios gerais a serem seguidos originarem-se da Constituição Federal e dos princípios especiais da Constituição Estadual. Por outro lado, as competências exclusivas e comuns já expressas, além dos preceitos já contidos nos incisos do art. 29 do texto constitucional federal restringem ainda mais as atribuições dos Vereadores Organizantes"***[1].

Em arremate, o administrativista Hely Lopes Meirelles consigna: ***"O eminente publicista Victor Nunes Leal enunciou e esquematizou quatro regras que muito facilitam o deslinde da matéria, e que nos permitimos adotar e transcrever, como síntese dos princípios constitucionais que asseguram e delimitam a autonomia municipal e o âmbito de sua ação. (...) A primeira regra esclarece que a competência municipal expressa e exclusiva – como, por exemplo, a organização dos serviços públicos locais (CF, art. 30, V) – afasta qualquer outra competência sobre o assunto, seja ela federal ou estadual. A manifestação expressa e privativa da competência do Município repele a de qualquer outra entidade estatal, poder, órgão ou autarquia. Qualquer ingerência estranha na competência municipal será inconstitucional e afastável por via judicial. A segunda regra objetiva a competência implícita do Município, sobre a qual prevalecem a competência estadual expressa e também a competência federal expressa ou implícita. A terceira regra estabelece, em conexidade com a anterior, que com relação aos poderes remanescentes do Estado prevalece sempre a competência implícita e explícita do Município. Isso porque a CF declara, em seu art. 25, § 1º, que aos Estados se reservam todas as competências que não lhes sejam vedadas. Ora, os poderes que a Constituição confere aos Municípios, de modo implícito ou explícito, estão vedados ao Estado. Logo, a competência remanescente do Estado cede diante da do Município. A quarta e última regra dirige-se aos poderes***

1 *Direito Municipal Brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 138.

Acesso ao Sumário

concorrentes, em que as três esferas – federal, estadual ou municipal – disputam a mesma competência. Neste caso, e somente neste, prevalece o princípio da primazia da União sobre os Estados e do Estado sobre o Município, como decorrência lógica de que os interesses nacionais devem prevalecer sobre os locais"[2].

Nunca é demais relembrar que os municípios estão submetidos aos ditames da Constituição Federal (art. 29, *caput*) e da Constituição do Estado de São Paulo (art. 144).

A jurisprudência deste Colendo Órgão Especial é reiterada, representada pela ementa abaixo transcrita, ao reconhecer a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo, sendo defeso aos Municípios editar normas gerais que tratem da matéria:

> ***"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade ativa do SINDICOM reconhecida. Lei que*** **dispõe sobre a proibição de comercialização de bebida alcoólica em loja de conveniência e lanchonete existentes em postos de combustível no Município de Cubatão, e dá outras providências.** ***Usurpação da competência da União e dos Estados a quem compete legislar, concorrentemente, sobre produção e consumo. Inexistência de interesse local ou de suplementação necessária. Existência de leis federais e estaduais sobre o assunto. Ação julgada procedente"*** (ADI nº 0266440-77.2012.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Desembargador Relator Cauduro Padin, j. 31/07/2013).

Mais especificamente sobre a questão tratada na presente ação, este Colegiado já assim se manifestou:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei Municipal nº 3.899, de 25.04.2016, que "dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nas dependências do Estádio Municipal José Maria de Campos Maia, no Município de Mirassol, nos dias de jogos e eventos". Competência legislativa. Lei municipal tratando de consumo e desporto, reduzindo proteção existente a favor de torcedores e consumidores, invade esfera de competência concorrente da União e Estados (art. 24, V e IX, CF). Precedente deste C. Órgão Especial. Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 4º). Inconstitucionalidade inocorrente quanto a esse aspecto. Precedentes. Procedente a ação".*** (ADI nº 2104650-11.2016.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Evaristo dos Santos, j. 07/12/2016).

E, como bem asseverado pelo requerente, tanto a União, quanto o Estado de São Paulo já exerceram sua competência legislativa relativamente à comercialização de bebidas alcóolicas nos estádios de futebol e ginásios de

Acesso ao Sumário

2 *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 134/136.

esportes, respectivamente, pela Lei Federal nº 10.671, de 15 de maio de 2003 e pela Lei Estadual nº 9.470, de 27 de dezembro de 1996, ambas a vedar tal prática em referidos locais.

Como se tal não bastasse, a matéria disciplinada pela lei impugnada é de interesse mais geral, extrapolando o interesse exclusivo da localidade do Município de Araraquara, a não se circunscrever, portanto, no rol das competências legislativas do ente municipal (art. 30, I, CF). Nesse sentido, é o posicionamento deste Colegiado, a saber:

> ***"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 16.222, de 25 de junho de 2015. Proibição de produção e comercialização de* foie gras *no âmbito do Município de São Paulo. Sindicato do Comércio Atacadista de Couros e Peles de São Paulo. Pedido de habilitação como* amicus curiae*. Possibilidade. Inteligência do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.868/99. Deferimento. Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminares. (i) Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Representatividade de caráter nacional com derivação em todas as esferas. Ato normativo impugnado vinculado aos objetivos da autora. Aplicação do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, e artigo 2º da Lei nº 9.868/1999. (ii) Impossibilidade jurídica do pedido. Descabimento. Competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de Lei Municipal, ainda que a ofensa a dispositivos da Constituição Estadual revele estreita correlação com preceitos da Constituição Federal. Inteligência do artigo 125, parágrafo 2º, da CF. Possibilidade de exame da ação com arrimo em aplicação ampla do artigo 144 da Carta Bandeirante. Preliminares rejeitadas. Ação direta de inconstitucionalidade. Comercialização de artigos de couro. Legitimidade ativa e interesse processual da Associação Brasileira das Indústrias de Calçados – Abicalçados. Demanda fundada na usurpação de competência, falta de razoabilidade e ausência da fonte de custeio da despesa haurida da lei. Atribuição legislativa do Município que se circunscreve aos assuntos de interesse local ou caráter supletivo da legislação federal e estadual, não podendo proibir, de forma ampla e geral, a comercialização de determinado produto, interferindo diretamente em sua produção e em seu consumo. Matéria abordada que extrapola o mero interesse local. Afronta aos artigos 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente"*** (ADI nº 2082659-76.2016.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Desembargador Relator Sérgio Rui, j. 05/10/2016).

Nestes termos, julga-se procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 8.639, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Araraquara, por infringência aos artigos 24, inciso V, e 29, *caput*, ambos da Constituição Federal, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo, oficiando-

Acesso ao Sumário

se à Câmara Municipal local para as providências cabíveis, tudo nos termos deste v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2157468-37.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. JOÃO NEGRINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29895)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e BORELLI THOMAZ julgando a Ação improcedente, revogada a liminar; e FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOÃO NEGRINI FILHO (com declaração), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS julgando a Ação procedente.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.370/2016, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, QUE "INSTITUI A POLÍTICA MUNICIPAL DE COLETA, TRATAMENTO E RECICLAGEM DE ÓLEO E GORDURA DE ORIGEM VEGETAL OU ANIMAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO INEXISTENTE. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE

LEI MUNICIPAL, NO ÂMBITO ESTADUAL, SOMENTE PODE TER POR PARÂMETRO, A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INVASÃO DA ESFERA PRIVATIVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL. NÃO CABIMENTO. NORMA QUE ESTABELECEU REGRAS GERAIS A SEREM REGULAMENTADAS PELO PODER EXECUTIVO. ADEQUAÇÃO DA LEI IMPUGNADA AO COMANDO CONTIDO NO ARTIGO 193, INCISO XV DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROCLAMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI IMPUGNADA.

A competência para legislar sobre meio ambiente é concorrente, para Municípios, Estados e União, nos termos do inciso VI, artigo 23, da Constituição Federal e tanto o Executivo, quanto o Legislativo Municipal podem iniciar o processo legislativo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º, c.c., artigo 144, ambos da Constituição Estadual. Na hipótese, houve apenas o estabelecimento de regras gerais, sem invasão da esfera privativa do Poder Executivo, a quem caberá a regulamentação da matéria.

Os óleos de origem vegetal ou animal, destinados ao consumo humano, lastimavelmente não estão abarcados pelo sistema instituído pela Lei de PNRS (Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010). Tampouco existe notícia de que haja acordos setoriais regulamentando a logística de descarte dos óleos de origem animal ou vegetal.

AÇÃO IMPROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade deduzida pelo **PREFEITO MUNICIPAL DE SOROCABA** para impugnar a Lei nº 11.370/2016 que institui a "política municipal de coleta, tratamento e reciclagem de óleo e gordura de origem vegetal ou animal.".

Alega que esta ação está escorada na alegação de vício decorrente da iniciativa parlamentar do projeto, além de afirmar também, que por se tratar de questão administrativa, a iniciativa deveria ser do Chefe do Poder Executivo local.

Insiste que a Lei nº 11.370/2016 padece de vício de inconstitucionalidade por contrariar clara regra de iniciativa de processo legislativo e afrontar o princípio da separação e harmonia dos poderes, com afronta ao artigo 24, parágrafo 2º e artigo 144 da Constituição Estadual e artigo 61, parágrafo 1º e 84 da Constituição Federal.

Afirma que a Lei Municipal nº 11.370/2016 veicula a criação de despesas sem, porém, indicar as respectivas receitas para lhes fazer frente, de molde a vulnerar o artigo 25 da Constituição Estadual e, bem assim, representa flagrante agressão à atividade gerencial e administrativa, de competência exclusiva do Poder Executivo, segundo regra insculpida no artigo 84, inciso II, da CF/88, em âmbito nacional; e no artigo 47, inc. II, da Constituição Estadual.

Pediu a procedência do pedido com liminar suspensão de eficácia da norma.

Deferida a liminar (fls. 89/91), a Procuradoria Geral do Estado, manifestou seu desinteresse na defesa do ato (fls. 130/146).

A Câmara Municipal prestou as informações (fls. 89/91).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, pela procedência da ação (fls. 130/146).

É o relatório.

A Lei Municipal nº 11.370/2016, do Município de Sorocaba, dispõe:

"LEI Nº 11.370, DE 12 DE JULHO DE 2016

Institui a Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleo e Gordura de Origem Vegetal ou Animal e dá outras providências. (Projeto de Lei nº 233/2012, de autoria do Vereador Izídio de Brito Correia)

José Francisco Martinez, Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba, de acordo com o que dispõe o § 8º, do Art. 46, da Lei Orgânica do Município de Sorocaba, e o § 4º do Art. 176 da Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007 (Regimento Interno) faz saber que a Câmara Municipal de Sorocaba decreta e eu promulgo a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Fica instituída a Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleo e Gordura de Origem Vegetal ou Animal.

Art. 2º A Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleo e Gordura de Origem Vegetal ou Animal tem os seguintes objetivos:

I – incentivar a adoção de medidas que evitem o lançamento de resíduo de óleo e gordura de origem vegetal ou animal em rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial;

II – reduzir a poluição ambiental dos solos e das águas provocada pelo lançamento de óleo e gordura em rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial;

Acesso ao Sumário

III – reduzir o gasto de recurso público aplicado em manutenção de rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial;

IV – evitar o entupimento de rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, considera-se resíduo de óleo e gordura de origem vegetal ou animal a sobra descartada após a utilização de óleo e gordura em atividade culinária.

Art. 3º A Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleo e Gordura de Origem Vegetal ou Animal observará as seguintes diretrizes:

I – incentivo a práticas de reciclagem de óleos e gorduras de origem vegetal ou animal por meio de suporte técnico a cooperativas, associações e empresas que atuem na área de reciclagem;

II – conscientização da população quanto a dano proveniente do descarte residual de óleo e gordura de origem vegetal ou animal no meio ambiente e quanto às vantagens da sua reutilização ou reciclagem;

III – estímulo a iniciativas não governamentais voltadas para a reciclagem, bem como as ações ligadas às diretrizes da Política de que trata esta Lei, especialmente as que impliquem geração de trabalho e renda;

IV – busca do cumprimento de metas de proteção ao meio ambiente;

V – promoção de estudo e desenvolvimento de projeto e programa que atenda às finalidades desta Lei;

VI - incentivo à cooperação entre a União, o Estado, os Municípios e as organizações não governamentais – ONGs – ;

VII – implantação e gerenciamento de coleta especial;

VIII – incremento na fiscalização de indústria de alimentos e de serviço de alojamento e alimentação, conforme classificação do Anexo X da Lei nº 7.166, de 27 de agosto de 1996;

IX – monitoramento do descarte de material originário de limpeza de caixa de gordura realizada por empresa prestadora de serviço dessa natureza.

Art. 4º Para a execução dos objetivos propostos no art. 2º desta Lei, o Executivo promoverá:

I – a realização de estudo sobre as formas adequadas de descarte de óleo e gordura de origem animal ou vegetal;

II – a realização de estudo sobre a viabilidade de coleta especial e reaproveitamento do resíduo de óleo e gordura de origem vegetal ou animal, especialmente, para a produção de biodiesel;

III – o desenvolvimento de campanha de conscientização ambiental da população;

IV – a fiscalização e o monitoramento quanto ao funcionamento adequado de caixa de gordura dos estabelecimentos citados no inciso VIII do art. 3º desta Lei.

Acesso ao Sumário

CAPÍTULO II

DO RECOLHIMENTO DE ÓLEO E GORDURA

Art. 5º Para fins do disposto nesta Lei, o Executivo instalará no Município, no mínimo, um posto para recolhimento de resíduo de óleo e gordura de origem vegetal ou animal, podendo utilizar equipamentos públicos já instalados.

Parágrafo único. O recolhimento a que se refere o caput deste artigo será registrado no ato de entrega do resíduo de que trata esta Lei, para fins de fiscalização ou bonificação resultante de convênio que vier a ser firmado pelo Executivo.

Art. 6º Como medida de incentivo ao recolhimento do resíduo de que trata esta Lei, o Executivo poderá criar um sistema de bonificação pecuniária para a entrega dos resíduos.

Parágrafo único. O valor do bônus a que se refere o caput deste artigo será estabelecido no regulamento desta Lei.

CAPÍTULO III

DAS OBRIGAÇÕES

Art. 7º Ficam obrigados os empreendedores responsáveis por feira e evento realizados em próprio público a instalar recipiente adequado para o recolhimento do resíduo de que trata esta Lei.

Parágrafo único. Fica isento da obrigatoriedade de que trata o caput deste artigo o evento em que não haja preparação de alimento e em que não seja utilizado gás liquefeito de petróleo.

Art. 8º Fica obrigada a empresa pública ou privada cuja atividade acarretar a produção de resíduo de óleo e gordura de origem vegetal ou animal a entregar esse resíduo no posto de recolhimento a que se refere art. 5º desta Lei ou a empresa que comercialize esse produto.

CAPÍTULO IV

DAS PENALIDADES

Art. 9º O descumprimento do disposto no art. 7º desta Lei acarretará multa, além da obrigação de cessar a transgressão no prazo fixado no regulamento desta Lei.

Parágrafo único. O valor da multa de que trata o caput deste artigo será de:

I – R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais) para evento com público de até 2.500 pessoas;

II – R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para evento com público superior a 2.500 pessoas;

III – R$ 4.000,00 (quatro mil reais) para evento com público superior a 10.000 pessoas.

Art. 10 O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará a empresa a que se refere o art. 8º desta Lei às seguintes penalidades, além da

Acesso ao Sumário

obrigação de cessar a transgressão:

I – advertência;

II – multa;

III – interdição parcial ou total da atividade, até que sejam corrigidas as irregularidades;

IV – cassação do alvará de localização e funcionamento de atividades.

Art. 11 A advertência de que trata o inciso I do art. 10 desta Lei implica a obrigatoriedade de o infrator não sanar a irregularidade dentro do prazo fixado no regulamento desta Lei.

Art. 12 A multa de que trata o inciso II do art. 10 desta Lei será aplicada quando o infrator não sanar a irregularidade dentro do prazo fixado no regulamento desta Lei.

Art. 13 O valor da multa de que trata o inciso II do art. 10 desta Lei será de:

I – R$ 1.000,00 (um mil reais) para estabelecimento com área de até 150 m² (cento e cinquenta metros quadrados);

II – R$ 2.000,00 (dois mil reais) para estabelecimento com área acima de 150 m² (cento e cinquenta metros quadrados).

Art. 14 Os valores da multa a que se refere o parágrafo único do art. 9º e o art. 13 desta Lei serão reajustados anualmente, nos mesmos termos da legislação específica em vigor.

Art. 15 O prazo para pagamento da multa de que trata o parágrafo único do art. 9º e o art. 13 será fixado em regulamento desta Lei e, após vencimento, o valor respectivo será escrito em dívida ativa.

Art. 16 Em caso de reincidência no descumprimento do disposto nesta Lei, as multas de que tratam o parágrafo único do art. 9º e o art. 13 desta Lei serão aplicadas em dobro relativamente ao seu valor inicial.

Parágrafo único. Considera-se reincidência, para efeitos desta lei, a prática da mesma infração, cometida pelo mesmo agente no período de até doze meses, contado da última advertência ou multa.

Art. 17 A penalidade de cassação do alvará de localização e funcionamento de atividade de que trata o inciso IV do art. 10 desta Lei será aplicada:

I – após três meses de interdição da empresa, na hipótese de não ter sido sanada a irregularidade;

II – na hipótese de descumprimento do auto de interdição.

Art. 18 As penalidades de que trata esta Lei serão aplicadas após a implantação nas regionais, do posto de recolhimento a que se refere o art. 5º desta Lei.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 19 O Executivo promoverá campanha para o recolhimento de resíduo originário de óleo e gordura de origem vegetal ou animal

Acesso ao Sumário

e sobre as consequências desse ato para a preservação do meio ambiente.

Parágrafo único. A campanha de que trata o caput deste artigo será iniciada no primeiro dia útil após a data de vigência desta lei.

Art. 20 Os estabelecimentos comerciais ou industriais terão o prazo de noventa dias para se adaptarem ao disposto nesta Lei, contado da data de sua vigência.

Art. 21 As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão à conta de dotação orçamentária própria.

Art. 22 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA, aos 12 de julho de 2016.

JOSÉ FRANCISCO MARTINEZ

Presidente

Publicada na Divisão de Expediente Legislativo da Câmara Municipal de Sorocaba, na data supra. –

MAURÍCIO TAVARES DA MOTA

Secretário Geral em exercício"

Impõe-se destacar que para fins de exame da inconstitucionalidade de lei municipal, via controle concentrado, apenas as disposições da Constituição Estadual podem servir de parâmetro.

Nesse passo, pouco importa a afirmação de violação da Lei Orgânica Municipal ou ainda, da Constituição Federal, a menos que, nesse último caso, enquadre-se a hipótese dentre aquelas de norma de repetição obrigatória pela Constituição Estadual (artigo 111 da Constituição Estadual).

O Prefeito Municipal, no entanto, impugna a constitucionalidade dessa norma, ao argumento de que, ao impor a obrigação aos Órgãos da Administração Pública do Poder Executivo Municipal, invadiu sua esfera privativa de iniciativa, além de violar o princípio da Separação de Poderes.

Insiste em que, ao disciplinar a organização de órgãos da administração pública municipal, avançando sobre área de planejamento, organização e gestão administrativa, maltratou a Constituição Estadual e a Lei Orgânica do Município de Sorocaba.

Pontua que os recursos a serem destinados à execução dessa lei municipal, dependem de orçamento, cuja elaboração deverá ser objeto de dotação específica, questão, que também está na competência privativa do Chefe do Poder Executivo e que ela cria despesa para o Município, tendo em vista que a obrigação terá custo não previsto nos contratos de concessão, afrontando o equilíbrio econômico-financeiro das contas públicas, violando, assim, os artigos 25, 47, inciso II, da Constituição Estadual.

Desassiste, contudo, razão ao autor.

Acesso ao Sumário

O tema pertinente ao meio ambiente é de competência concorrente, de forma que os Municípios, os Estados e a União podem dispor sobre a matéria, nos termos do inciso VI, artigo 23, da Constituição Federal.

Na esfera Municipal, dentro do que se convencionou denominar 'interesse local', tanto o Executivo, quanto o Legislativo, podem desencadear o processo legislativo, desde que respeitadas as esferas de atuação de cada um.

Aliás, como bem destacou, em seu r. parecer, em caso parelho, na ADIN nº 2148241-23.2016.8.26.0000, o culto Subprocurador-Geral de Justiça Dr. Nilo Spinola Salgado Filho:

> *"Como regra, a iniciativa legislativa pertence ao Poder Legislativo, sendo excepcional a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume. Corolário é a devida interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada, perfilhando tradicional lição salientando que:*
>
> *'a distribuição das funções entre os órgãos do Estado (poderes), isto é, a determinação das competências, constitui tarefa do Poder Constituinte, através da Constituição. Donde se conclui que as exceções ao princípio da separação, isto é, todas aquelas participações de cada poder, a título secundário, em funções que teórica e normalmente competiriam a outro poder, só serão admissíveis quando a Constituição as estabeleça, e nos termos em que fizer. Não é lícito à lei ordinária, nem ao juiz, nem ao intérprete, criarem novas exceções, novas participações secundárias, violadoras do princípio geral de que cada categoria de órgãos compete aquelas funções correspondentes à sua natureza específica' (J.H. Meirelles Teixeira, Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 581, 592-593)".*

Assim, o rol de competências privativas do Governador do Estado e, por simetria, do Prefeito Municipal, vem previsto no artigo 24, parágrafo 2º, c.c. artigo 144, ambos da Constituição Estadual e, as questões puramente ambientais, não estão nele inseridas, de modo que o projeto de lei a esse respeito pode ser deflagrado por iniciativa parlamentar ou pelo próprio Executivo.

Na hipótese, ao tratar do tema, o Poder Legislativo agiu dentro de seus estritos limites de atuação, sem que houvesse – ao contrário do que sustenta a inicial –, invasão à esfera das atribuições privativas do Poder Executivo.

Note-se que a norma traça as regras gerais de sua incidência, sem que tenha feito qualquer determinação específica aos órgãos da Administração Municipal. Aliás, a lei é expressa ao atribuir – embora sequer fosse necessário fazê-lo – a regulamentação da matéria, acerca da distribuição das funções no âmbito da Administração Pública, a cargo do Poder Executivo (artigo 2º, do texto da lei).

Respeitadas, assim, as esferas de atuação de cada um dos Poderes, não há

Acesso ao Sumário

que se falar em inconstitucionalidade.

Nesse sentido, julgado desta Corte:

"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 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" (ADI nº 2150170-91.2016.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 19/10/2016);

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 11.602, de 10 de novembro de 2014, do Município de São José do Rio Preto, que dispõe sobre a implantação do processo de coleta seletiva de lixo em 'shopping centers' e outros estabelecimentos que especifica – Legislação que trata de matéria de interesse predominantemente local, visando à proteção do meio ambiente e combate da poluição, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelos artigos 23, inciso VI, e 30, inciso I, da Constituição Federal, o que arreda a alardeada invasão de competência legislativa de outros entes federados – Inocorrência, outrossim, de vício de iniciativa, haja vista que a norma editada não regula questão 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, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar, sem incidir em violação ao princípio da separação dos poderes, inserido no artigo 5º da Constituição Estadual – Previsão legal que, de resto, não representa qualquer incremento de despesa, uma vez que a fiscalização das atividades comerciais e das unidades residenciais estabelecidas em seu território insere-se no poder-

Acesso ao Sumário

dever da Administração Pública Municipal – Providência prevista no ato normativo questionado que, na verdade, dirige-se exclusivamente a estabelecimentos privados, não interferindo em atos de gestão e nem criando nova obrigação a órgão da Administração local – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente" (ADI nº 2222759-52.2014.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 29.04.16);

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei de autoria de membro do Poder Legislativo Municipal que estabelece regras específicas de proteção ao meio ambiente em relação a forma de descarte de lubrificantes e derivados. Atividade potencialmente danosa. Necessidade de observância do princípio da prevenção. Lei municipal que, apesar de ser de 'interesse local', dispõe, em suma, sobre a proteção do meio ambiente, que inegavelmente, ainda que restrita a determinado local, envolve interesse da coletividade. Dever de todos, particulares, individualmente considerados ou de forma coletiva, e entidades ou órgãos públicos, promover a efetiva proteção do meio ambiente a fim de permitir a sua adequada e regular fruição pelas gerações presentes e futuras (princípio da solidariedade intergeracional). Direito ao meio ambiente sadio e sua efetiva proteção que decorre, dentre outros, da dignidade da vida humana e do direto à vida (arts. 1º, III, e 5º, 'caput', ambos da CF/88). Exegese do art. 225, 'caput', da CF/88. Poder Constituinte Originário que impôs combinação de esforços dos entes federativos para aumentar a tutela dos direitos ambientais, prevendo no art. 23, VI, da CF/88, competência administrativa (executiva) concorrente entre as pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) para a proteção do meio ambiente. Vício de Iniciativa. Inexistência. Ao estabelecer o art. 225, 'caput', da CF/88, que a proteção do meio ambiente também é dever do Poder Público, fixou conceito genérico que abarca não só os órgãos da administração, mas, também, todos os Poderes Estatais, dentre eles o Poder Legislativo, que, na respectiva esfera, é exercido pela Câmara Legislativa Municipal e, assim, legitimando-a para, dentre as suas funções típicas, legislar sobre a tutela do meio ambiente. Questão de competência legislativa que deve ser apreciada sobre a exegese dos artigos 24 e 30 da CF/88, autorizando o Município editar leis suplementares. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE IMPROCEDENTE" (ADI nº 0175212-84.2013.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. em 05.02.2014).

Acresça-se que a lei impugnada atende plenamente o comando contido no artigo 193, inciso XV da Constituição Estadual, pois, no âmbito municipal, instituiu uma política municipal de coleta, tratamento e reciclagem de óleo e gordura de origem vegetal ou animal, com o escopo de promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação, conservação e recuperação do meio ambiente, em especial dos corpos d'água e do solo de Sorocaba.

Acesso ao Sumário

É certo que no plano infra-constitucional foi editada a Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, regulamentada pelo Decreto nº 7.404/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

De fato, o artigo 3º da Lei que instituiu a PNRS enumera no seu inciso XVI, qual material, substâncias, que podem ser definidos como resíduos sólidos: "XVI – resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;".

Sucede que a Lei, ao tratar dos líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, fez uma clara distinção entre líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos de água e aqueles como os óleos lubrificantes, que se sujeitam ao denominado sistema da logística reversa.

Se os óleos, indistintamente, de origem animal ou vegetal, ou ainda os óleos lubrificantes, nunca devem ser lançados diretamente nos sistemas de coleta de esgoto ou nos corpos d'água, o descarte é tratado distintamente pela Lei que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A Lei definiu que tão somente os óleos lubrificantes ficarão sujeitos ao sistema de logística reversa, como meio mais adequado para o descarte daquele produto.

De fato, a Lei da PNRS no artigo 3º, inciso XII, é que dá os contornos da logística reversa: "XII – logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada;".

Acesso ao Sumário

Ainda segundo a Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, a obrigatoriedade da adoção de sistemas de logística reversa não se refere a qualquer produto, mas tão somente daqueles enumerados no artigo 33, incisos I a VI:

"Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I – agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em

normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II – pilhas e baterias;

III – pneus;

IV – óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V – lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.".

Pode-se assim afirmar ser obrigatória a logística reversa para essas seis cadeias produtivas, mas, com possibilidades de expansão para outros segmentos, desde que ajustados em acordos setoriais (artigo 15, inciso I, do Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010).

O tema, acordo setorial, além de recente, é complexo, não pode ser definido sem que todos os personagens dos elos das cadeias participem (sob pena de maltrato ao disposto no artigo 170 da Constituição Federal). Note-se, ainda, que ao menos por enquanto, não há notícia da existência em vigor de nenhum acordo setorial envolvendo resíduos sólidos nas principais economias do planeta.

Ademais, os acordos setoriais têm a natureza contratual, celebrados entre o Poder Público e os fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, com vistas à implantação de um sistema de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. No caso dos ajustes setoriais, os próprios fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes poderão apresentar a proposta da adoção do sistema de logística reversa, sem prejuízo da exigência daquele sistema nas duas outras hipóteses previstas no artigo 15 do Decreto (regulamentos expedidos pelo Poder Público, ou termos de compromisso).

Aqui, o que nos interessa mais de perto é o inciso IV do artigo 33, que não trata de óleos de gordura de origem vegetal ou animal, mas **óleos lubrificantes**.

Disso resulta que os óleos de origem vegetal ou animal, destinados ao consumo humano, lastimavelmente não estão abarcados pelo sistema instituído pela Lei de PNRS. Tampouco existe notícia de que haja acordos setoriais regulamentando a logística de descarte dos óleos de origem animal ou vegetal.

Ainda nesse passo, registro que no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa de São Paulo, tramita Projeto de Lei, o de nº 154/2014, da autoria do Deputado José Bittencourt, cuidando exatamente desta matéria. O último andamento noticia: 24/08/2016: devolvido sem voto. O andamento reportado à manifestação da Comissão de Atividades Econômicas, datado de 4 de fevereiro de 2016 noticia aprovação de parecer contrário à matéria.

Portanto, lacuna existe, e não obstante essa omissão de assunto, cuja solução diria ser até mesmo intuitiva – todos nós cidadãos deveríamos ter a consciência de como é poluente o resíduo do óleo utilizado em nossas cozinhas,

Acesso ao Sumário

e portanto, deveríamos providenciar um descarte mais ecológico possível – o Município de Sorocaba, por seus nobres Edis, em boa hora, atuou em defesa do meio ambiente ao editar a lei objeto desta ADI.

Por tudo isso, a Lei, a meu juízo, também sob esse aspecto, deve ser preservada.

Por último, no que se refere à alegação de ausência de indicação da fonte de custeio, peço vênia a Sua Excelência para adotar os mesmos fundamentos que prevaleceram no julgamento da ADI 2035546-29.2016.8.26.0000, contidos no v. voto condutor do I. Relator DESEMBARGADOR EVARISTO DOS SANTOS, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: Órgão Especial, Data do julgamento: 27/07/2016, do qual constou:

> *"Em que pese diversas vezes ter entendido inconstitucionais normas nessas condições (ADIn nº 2.000.343-40.2015.8.26.0000 v.u. j. de 25.02.15; ADIn nº 2.186.842-69.2014.8.26.0000 v.u. j. de 25.02.15; ADIn nº 2.003.556-54.2015.8.26.0000 v.u. j. de 08.04.15; ADIn nº 2.223.854-20.2014.8.26.0000 v.u. j. de 08.04.15 dentre outros no mesmo sentido), reconsiderei meu posicionamento quanto a esse ponto. Disciplina a Constituição Bandeirante: 'Artigo 25 – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.' No caso, embora o art. 9º, da Lei Municipal nº 11.896/16, não aponte, especificamente, de onde viriam as despesas decorrentes de sua promulgação, previu, genericamente, sobre tal assunto, assim dispondo: 'As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias.' Ora, as leis que criam despesas e perpetrem a indicação, embora genericamente, da fonte de custeio, máxime quando não dizem respeito à previdência social, não devem ser declaradas inconstitucionais, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício. Não discrepa desse entendimento o Colendo Órgão Especial: 'Embora a lei apreciada traga, em seu artigo 4º, apenas a previsão de que a dotação orçamentária para o custeio dos encargos financeiros decorrentes de sua implementação correrão 'à conta de dotação orçamentária própria consignada no orçamento vigente, suplementada se necessária', tal previsão, embora generalista, não se constitui em mácula de constitucionalidade, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada.' (...) 'Tem-se, dessa forma, que, sobrevindo em determinado exercício orçamentário norma que, de forma genérica, tenha por consequência a assunção de gastos pela Administração Pública, essas gastos poderão ser absorvidos pelo orçamento de três maneiras: (I) através de sua inserção nos gastos já previstos, seja por meio da utilização de reserva orçamentária de determinada rubrica, seja pelo remanejamento de verbas previstas e não utilizadas; (II) pela complementação do orçamento aprovado com verbas*

Acesso ao Sumário

adicionais, através de créditos suplementares àqueles devidamente autorizados, ou de créditos especiais ou extraordinários; ou, por fim, quando inviável essa complementação, (III) através de sua inserção no planejamento orçamentário do exercício subsequente.' 'Entende-se, assim, que a previsão de dotação orçamentária generalista não poderá constituir em inafastável vício de inconstitucionalidade, vez que possíveis tanto o remanejamento orçamentário, quanto a sua complementação com verbas adicionais para acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a Administração preserve a integridade de suas finanças.' (grifei ADIn nº 2110879-55.2014.8.26.0000 v.u. j. de 12.11.14 Rel. Des. MÁRCIO BARTOLI). E, '... a simples alegação de falta de previsão orçamentária somente inviabiliza a execução da despesa no exercício financeiro em que a lei é publicada, podendo ser aplicada nos anos seguintes sem que se tenha de declarar sua inconstitucionalidade.' (ADIn nº 2181349-14.2014.8.26.0000 v.u. j. de 08.04.15 Rel. Des. JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN). No mesmo sentido o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal: 'Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis federais nº 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 3. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º 37, X, e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Carta Magna); e inobservância da exigência de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF). 4. Não configurada a alegada usurpação de iniciativa privativa do Presidente da República, tendo em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos. 5. Distinção entre reajuste setorial de servidores públicos e revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. 6. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia. 7. A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes: ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003. 9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente.' (grifei ADI 3599/DF DJ-e de 14.09.07 Rel. Min. GILMAR MENDES). E ainda: ADI/MC 484/PR, Rel. Min. CÉLIO BORJA, j. 06.06.91; ADI 1243-6, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 17.08.95;

Acesso ao Sumário

ADI 1.428-5, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 01.04.96; ADI 1585/DF, Rel. Des. SEPÚLVEDA PERTENCE; AI-ARG 446679, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 13.12.05; ADI 3599/DF DJ-e de 14.09.07 Rel. Min. GILMAR MENDES; RE 770329/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 29.05.14. Nesses termos, à luz desses entendimentos, não há que se falar em inconstitucionalidade por indicação genérica de fonte de custeio."

A norma em apreciação, ainda que genericamente, também dispôs: *"Art. 21. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias"*.

Ante o exposto, **JULGA-SE IMPROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO ACÓRDÃO**, cassando-se a liminar anteriormente deferida.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 19.234)

Com o devido respeito ao Nobre Relator, Des. Amorim Cantuária (v. 29.895), ouso discordar de seu entendimento quanto à constitucionalidade da Lei nº 11.370/2016, do Município de Sorocaba, que *"Institui a Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleo e Gordura de Origem Vegetal ou Animal e Dá Outras Providências"*.

Quanto aos argumentos apresentados pelo autor e pelo réu, peço vênia para remeter ao relatório do voto do E. Relator, que detalha de forma clara e precisa as matérias trazidas a debate.

Não se ignora que a Constituição Federal estabeleceu competência administrativa comum à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios para a proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas – art. 23, inc. VI.

Por outro lado, a Constituição Paulista, no seu art. 181, preconiza que *"Lei municipal estabelecerá em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes."*

No artigo 191 está disciplinado: *"O Estado e os Municípios providenciarão, com participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico."*

E no artigo 193: *"O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar,*

Acesso ao Sumário

coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de:

I – Propor uma política estadual de proteção ao meio ambiente..." (grifamos)

Dessa forma, se foi atribuída competência comum para proteção ambiental pela Constituição Federal, e se vinculou ao Plano Diretor, as leis municipais para tutela de proteção ambiental restrita ao seu particular interesse, inegavelmente, atribuiu-se ao Estado a iniciativa de propositura de política estadual de proteção ambiental (art. 193 da Constituição Estadual).

Por políticas públicas entende-se uma ampla gama de ações desenvolvidas pelo Estado para assegurar a concretização de direitos fundamentais.

É aí que reside o vício de iniciativa da lei em referência. Ao desprezar-se o conjunto de atividades coordenadas, essenciais para assegurar a proteção ambiental, interpretou-se a questão apenas pelo ângulo da iniciativa concorrente.

Observa-se neste ponto que o Estado disciplinou a matéria editando a Lei nº 12.300/06 e em seu art. 13 e parágrafo único está claro que a gestão de resíduos sólidos urbanos será feita pelo Município, com a cooperação do Estado e participação dos organismos da sociedade Civil:

"Artigo 13 – A gestão dos resíduos sólidos urbanos será feita pelos Municípios, de forma, preferencialmente, integrada e regionalizada, com a cooperação do Estado e participação dos organismos da sociedade civil, tendo em vista a máxima eficiência e a adequada proteção ambiental e à saúde pública.

Parágrafo único – Nas regiões metropolitanas, as soluções para gestão dos resíduos sólidos deverão seguir o plano metropolitano de resíduos sólidos com participação do Estado, Municípios e da sociedade civil."

Note-se que o diploma legal impugnado, Lei nº 11.370/2016 institui diversas medidas que devem ser implementadas pelo Município, de forma unilateral, sem a observância da cooperação e participação previstas no art. 13 e parágrafo único da Lei nº 12.300/2006.

Ressalte-se que no âmbito estadual já existe, firmado por intermédio da Secretaria do Meio Ambiente, um Termo de Compromisso para Logística Reversa de Óleo Comestível entre a CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, A Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais – ABIOVE e o Sindicato da Indústria de Óleos Vegetais e Seus Derivados no Estado de São Paulo – SINDLEO, visando o recolhimento do óleo vegetal usado, encaminhando-o para a destinação final ambientalmente adequada.

Acesso ao Sumário

Sob a ótica das políticas públicas instituídas pelo município no trato de questões de cunho estritamente ambiental, podemos destacar, no âmbito de sua competência, também as seguintes leis: Lei nº 8.090, de 03 de Janeiro de 2007, que dispõe sobre a destinação e recolhimento do óleo ou gordura utilizado na

fritura de alimentos e a Lei nº 10.529, de 31 de Julho de 2013, que estabelece a obrigatoriedade aos estabelecimentos comercializadores de óleo de cozinha, especificamente mercados e supermercados, acima de 50 metros quadrados de área destinada ao consumidor, a manter em local visível e de fácil acesso, recipiente especial para o seu descarte.

Por outro lado, o Município de Sorocaba, obedecendo às diretrizes estabelecidas na Lei nº 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, já editou norma a respeito da gestão dos resíduos sólidos gerados no Município, abrangendo a coleta do óleo vegetal, trata-se da Lei nº 11.259 de 07 de Janeiro de 2016.

Destaque-se que a Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, enfatiza a responsabilidade compartilhada e a logística reversa.

A primeira, responsabilidade compartilhada, aponta para o envolvimento de todos os componentes da cadeia de consumo, desde o produtor da matéria prima, o fabricante, o eventual importador, o distribuidor, o comerciante, o consumidor, até o destinatário final.

A logística reversa, por sua vez, deve ser vista respeitando também a cadeia de consumo acima apontada, recomendando-se, porém, o estabelecimento de regras que envolvam todos os que a compõem.

Em suma, o diploma legal impugnado, a Lei nº 11.370/2016, a despeito de pretensamente instituir política de coleta e tratamento e reciclagem de óleo e gordura de origem vegetal ou animal, não traz, de fato, os elementos componentes da Política Nacional de Resíduos Sólidos ou da Política Estadual de Resíduos Sólidos e, como se disse, apenas prevê diversas obrigações ao ente Municipal sem participação da cadeia de consumo, como um todo, evidenciada, portanto, a incompatibilidade vertical da norma com o ordenamento jurídico, o que reforça a sua inconstitucionalidade.

De todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.370/2016, e determinar sua retirada definitiva do ordenamento jurídico.

JOÃO NEGRINI FILHO, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2178745-12.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.957)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.992, de 29 de abril de 2016, do Município de São José do Rio Preto. Obrigatoriedade de instalação de recipientes com álcool gel antisséptico nas salas de velório dos cemitérios locais.

Inconstitucionalidade formal inexistente. Não configurada violação às hipóteses de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Executivo. Hipóteses taxativas, segundo a jurisprudência deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. Matéria de saúde pública. Iniciativa legislativa concorrente.

III. Inconstitucionalidade material. Não ocorrência. Norma de caráter geral e abstrato, editada com vistas à tutela da saúde pública. Inocorrência de usurpação de outras competências administrativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo, previstas no artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo. Inexistência de ofensa à regra da harmonia dos poderes. Caberá ao Prefeito editar provisões especiais com vistas à regulamentação da lei. Exercício da gestão dos contratos administrativos e execução de eventuais adaptações necessárias ao fiel cumprimento do diploma legal permanecem reservados à Administração. Interesse público e

Acesso ao Sumário

necessidade de proteção da saúde dos funcionários e usuários das salas de velório possibilitam, em tese, a alteração unilateral das cláusulas regulamentares do contrato de concessão do serviço funerário pelo Poder Concedente, em obediência à nova imposição legal. Alteração contratual, se necessária, que não se mostra substancial.

IV. Eventual ruptura da equação econômico-financeira entre os concessionários do serviço funerário e a Administração que deverá ser concretamente comprovada, para que seja possível seu reequilíbrio. Precedente do STF na ADI 3768.

Improcedência do pedido.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de São José do Rio Preto, impugnando a Lei nº 11.992, de 29 de abril de 2016, desse município, que *"dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de recipientes com álcool gel antisséptico, nas salas de velório dos cemitérios de São José do Rio Preto"*. Alega-se que a referida norma, de origem parlamentar, foi editada em ofensa à hipótese de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, contrariando o quanto disposto no artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Estadual. Materialmente, alega-se ofensa à regra da separação dos poderes, com usurpação de competência administrativa do Chefe do Poder Executivo para o exercício da direção superior da Administração e para a prática dos atos administrativos, de forma a violar os incisos II e XIV do artigo 47 da Constituição Paulista. Aduz-se, ainda, que a lei municipal versou sobre organização de serviço público concedido, motivo pelo qual o processo legislativo não poderia ter sido deflagrado por Vereador, incorrendo, assim, em transgressão ao artigo 47, inciso XI, da Constituição do Estado (fls. 01/04). Foram juntados à inicial os documentos de fls. 05/17.

A medida liminar pleiteada foi indeferida (fls. 19/20).

A Câmara do Município de São José do Rio Preto prestou as informações solicitadas (fls. 23/27), com cópias de documentos (fls. 28/48).

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa do ato impugnado (fls. 50/51).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 55/63).

2. A lei impugnada, de origem parlamentar, possui a seguinte redação:

*"**Art. 1º** – As Empresas de Assistência Funerária de São José do Rio*

Acesso ao Sumário

Preto/SP ficam obrigadas a disponibilizarem recipientes abastecidos com álcool gel antisséptico, nas salas de velório dos cemitérios, para higienização das mãos dos usuários e funcionários.

***Parágrafo Único** – Os recipientes abastecidos com o produto deverão ser instalados nos lugares de maior circulação de pessoas, de fácil visualização e acesso, bem como em número suficiente para atender a demanda do respectivo estabelecimento, e ainda, devem atender as exigências dos portadores de necessidades especiais.*

***Art. 2º** – O descumprimento do disposto nesta Lei implicará ao infrator, as seguintes sanções administrativas:*

***I** – advertência;*

***II** – multa no valor de 150 UFMs (Cento e Cinquenta Unidades Fiscais do Município);*

***III** – multa equivalente ao dobro do valor da anterior em caso de reincidência e assim sucessivamente.*

***Art. 3º** – Os cemitérios deverão adequar-se aos mandamentos impostos na presente Lei, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de sua publicação.*

***Art. 4º** – Esta Lei será regulamentada por ato do Poder Executivo.*

***Art. 5º** – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

Câmara Municipal de São José do Rio Preto,

29 de abril de 2016."

3. **É caso de improcedência do pedido**. Extrai-se do texto legal que a norma dispõe sobre a obrigação dos prestadores de serviço funerário no Município de São José do Rio Preto de instalarem recipientes com álcool gel antisséptico nas salas de velório dos cemitérios. De acordo com os autos do processo legislativo que culminou na promulgação da lei em debate, razões de saúde pública ampararam sua edição. Consta da sua exposição de motivos (cf. fls. 34): *"o álcool em gel é um dos instrumentos mais eficazes no combate aos vírus e bactérias, além de ser uma forma prática de desinfecção das mãos. Além de ser rápida a desinfecção com o álcool em gel, também é mais econômico que outros métodos. Diante da dificuldade de mantermos a risca os procedimentos (técnicas) exigíveis para uma boa lavagem das mãos, o álcool gel anti-séptico demonstra ser um produto bastante útil, pois elimina etapas e obtém bons resultados de higienização. A boa higiene das mãos tem como principal objetivo a remoção de microrganismos, diminuindo desta forma o risco de infecções. Ao disponibilizar o álcool em gel estimulamos a correta desinfecção das mãos e contribuímos para a diminuição da proliferação de vírus e bactérias. Independentemente de o velório estar ou não lotado, ali as pessoas naturalmente se confraternizam entre si, sem se preocuparem com a questão*

Acesso ao Sumário

da higiene, que, nesse momento, pouco se considera. Há de se convir que, em razão das próprias circunstâncias, a situação das pessoas que se encontram em um velório é de extrema tristeza, pois, a perda de um parente ou ente querido afeta o emocional, cujas lágrimas e coriza manifestam-se nos apertos de mãos e abraços, ato comum nestas circunstâncias, para dar ou buscar algum tipo de conforto. (...).”

Desse modo, a Lei rio-pretense nº 11.992/2016 disciplina matéria de **iniciativa legislativa concorrente** entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo municipais, qual seja, a **saúde pública**.

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:*

*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.**”*

Acesso ao Sumário

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 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 exigência de instalação de recipientes abastecidos com álcool gel antisséptico nas salas de velório dos cemitérios, de sorte a tutelar a saúde pública, por meio da disponibilização de instrumentos eficazes de higienização das mãos.

Inexiste, assim, ofensa às iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º, e 47, XI, ambos da Constituição Paulista.

A determinação legal também não cuida do **regime** de concessão ou permissão de serviço público, motivo pelo qual não se amolda à hipótese do artigo 47, XVIII, da Constituição do Estado.

Por conseguinte, deve ser rechaçada a hipótese de vício formal.

E, ainda que a referida norma imponha gastos à Administração Municipal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afastou a tese de que qualquer projeto de lei que implique a geração de gastos à Administração Pública restaria adstrito à iniciativa do Chefe do Poder Executivo: *"Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local.* ***Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo****. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas,* ***em 'numerus clausus'****, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes."*[1]

4. Registre-se, ainda, que os **dispositivos legais questionados têm conteúdo abstrato, dirigido a todos os prestadores de serviço de assistência funerária**, com vistas à tutela da saúde pública no âmbito local. Não se cuida de ato concreto de administração. E o artigo 175 da Constituição Federal preceitua que *"incumbe ao Poder Público,* ***na forma da lei****, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"*.

De mais a mais, a **eventual ruptura da equação econômico-financeira entre os concessionários do serviço funerário e a Administração deverá ser concretamente comprovada, para que seja possível seu reequilíbrio**. No julgamento da ADI 3768, destacou a **Ministra Relatora Cármen Lúcia**: *"ao reconhecimento de que o Estado pode alterar, unilateralmente, as condições*

1 ADI 3394/AM – Rel. Min Eros Grau, j. 02 de abril de 2007.

Acesso ao Sumário

fixadas para os contratos de concessão e permissão, tem-se, de um lado, que o particular tem a garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, de outro, que as normas constitucionais devem ser cumpridas. Compete ao contratado particular comprovar perante o ente contratante a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em quanto, como e porque, para que seja refeito se for o caso e segundo dados específicos."

Se necessárias, a readequação concreta de cláusulas regulamentares do contrato de concessão do serviço funerário e o reequilíbrio contratual serão tarefas a serem desempenhadas, aí sim, pela Administração, a quem eventualmente caberá realizar alterações contratuais cabíveis e restabelecer a proporção entre direitos e obrigações previamente ajustados, em razão da exigência introduzida pela Lei nº 11.992/2016.

De qualquer maneira, o próprio Secretário de Administração do Município de São José do Rio Preto reconheceu ser baixo o valor do gasto com a implementação da lei, conforme memorando juntado às fls. 08, o que reforça que a norma impugnada não causará modificação substancial nas relações contratuais originais com os concessionários do serviço funerário.

Sendo assim, tampouco restou configurada infringência à atribuição constitucional do Poder Executivo de organizar, dirigir ou gerir o Município, pois, reitera-se, deverá a Administração editar provisões especiais a fim de regulamentar a lei em tela e, no exercício da gestão dos contratos administrativos a ela reservado pela Constituição, executar as adaptações necessárias ao fiel cumprimento do diploma legal. Não se perca de vista que o interesse público e a necessidade de proteção da saúde dos funcionários e usuários das salas de velório tornam, em tese, possível ao Poder Concedente alterar as regras do contrato de concessão de forma unilateral, em obediência à nova imposição legal ora declarada constitucional.

5. Ante o exposto, julga-se improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154185-06.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE CASA BRANCA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CASA BRANCA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

(Voto nº 28245)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve o art. 1º da Lei nº 3.292/2015, do município de Casa Branca, o qual insere parágrafo único no art. 1º da Lei nº 2.573/2002, instituindo isenção da Contribuição de Iluminação Pública aos contribuintes vinculados às unidades consumidoras classificadas como "tarifa social de baixa renda" pela ANEEL – Inconstitucionalidade – Não configuração – Iniciativa do processo legislativo referente à matéria tributária que é concorrente entre os Poderes Executivo e Legislativo – Reflexo no orçamento municipal que não se confunde com a competência para legislar – Criação de normas tributárias e não de leis orçamentárias – Texto legal impugnado que não impõe obrigações ao Executivo e nem aumento de despesas – Fundamentos ligados à Lei de Responsabilidade Fiscal que não podem servir de parâmetro do controle de constitucionalidade, enquadrando-se no controle de legalidade – Precedentes deste C. Órgão Especial – Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Casa Branca, impugnando a Lei Municipal nº 3.292, de 10 de novembro de 2015, que alterou a Lei nº 2.573/2002 para incluir, em seu art. 1º, o seguinte parágrafo único: "Ficam isentos da Taxa de Contribuição de Iluminação

Pública os contribuintes vinculados às unidades consumidoras classificadas como 'tarifa social de baixa renda' pelo critério da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL".

Em apertada síntese, sustenta que a norma é inconstitucional por invadir a competência de iniciativa legislativa do Poder Executivo, ofendendo a separação de poderes, uma vez que o texto legal afeta as finanças do município pela redução dos tributos, a qual é objeto da atividade do Executivo em sua típica função administrativa.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 45/47, 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. 35/37, sustentou que foi regular processo legislativo do texto objeto da ação.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 46/97, opinou pela parcial procedência da ação com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º.

É o relatório.

É cediço que a Constituição Federal estabelece o princípio de separação dos poderes, pelo sistema de freios e contrapesos, dividindo as três funções do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF). Esta regra, além de ter sido erguida à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF), deve ser aplicada tanto pelo texto da CF quanto, pelo princípio da simetria, nos âmbitos estadual e municipal, devendo ser atendidas as normas que assentam as competências e os limites de atuação de cada um nas esferas federal, estadual e municipal. Ao Poder Executivo, em síntese, compete exercer a administração pública, inclusive por meio de edição de leis nos contornos constitucionais e legais.

Na Constituição Estadual, verifica-se a repetição do princípio em seu art. 5º, enquanto parte das regras do Poder Executivo se encontra no art. 47, dentro de sua função de gestão administrativa de bens públicos (Administração Pública). O chefe do Executivo, assim, além do encargo de exercer especificamente as funções de administração, possui a competência legislativa privativa acerca das respectivas leis.

O texto legal objeto desta lide versa sobre a concessão de isenção da Contribuição de Iluminação Pública para aqueles classificados na "tarifa social de baixa renda" pelo critério da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Dentro das regras constitucionais, estabelecidas na Constituição Federal e, por simetria, também na Constituição Estadual (art. 144), na divisão das competências entre os três poderes do Estado, o Poder Legislativo possui como função típica a elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas. Enquanto

Acesso ao Sumário

o Poder Executivo atua tipicamente na gestão administrativa e na edição de suas respectivas leis específicas. Não se trata de hierarquia entre eles e sim incumbências distintas dentro da organização administrativa do Estado.

Inexiste, nas regras do processo legislativo, uma distribuição específica de iniciativa sobre a matéria tributária em abstrato no que diz respeito aos respectivos poderes do ente federado competente para determinado tributo, tratando-se, assim, de uma competência legislativa concorrente, conforme se depreende do art. 24 da Constituição Estadual e do art. 61, *caput*, da Constituição Federal.

A contribuição em questão tem origem no art. 149-A da Constituição Federal, que, pela Emenda Constitucional nº 39/2002, trouxe a nova espécie de tributo denominada CIP ou COSIP (Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública), a qual pode ser instituída pelos municípios ou pelo Distrito Federal.

Desse modo, trata-se claramente de matéria tributária, cuja competência não está no rol de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, como pode ser visto no art. 61, § 1º, da Constituição Federal, o qual deve ser obedecido nos âmbitos estadual e municipal em decorrência do art. 144 da Constituição Estadual de São Paulo, diante do princípio da simetria.

Sobre o tema, o E. Supremo Tribunal Federal julgou em recurso com repercussão geral (ARE 743480/MG – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – J. 10/10/2013): *"Tributário. Processo legislativo. Iniciativa de lei. 2. Reserva de iniciativa em matéria tributária. Inexistência. 3. Lei municipal que revoga tributo. Iniciativa parlamentar. Constitucionalidade. 4. Iniciativa geral. Inexiste, no atual texto constitucional, previsão de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo em matéria tributária. 5. Repercussão geral reconhecida. 6. Recurso provido. Reafirmação de jurisprudência"*.

Destarte, por inexistir ofensa ao princípio da separação de poderes com a iniciativa do Poder Legislativo municipal na elaboração de lei de teor tributário, não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade.

Neste ponto, oportuno consignar que a norma não impôs obrigações à Administração Pública e nem estabeleceu qualquer situação que ingressa especificamente na gestão administrativa, que faz parte da função típica do Poder Executivo. Ademais, não há, com a alteração da norma sobre a referida contribuição, aumento de despesas.

Por sua vez, o uso da apontada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) como parâmetro para este pleito não é cabível, porquanto, neste aspecto, seria uma espécie de controle de legalidade e não de constitucionalidade, cujo único parâmetro possível é o texto constitucional.

Outrossim, tampouco se vê ofensa aos arts. 174 e 175 da Constituição

Acesso ao Sumário

Estadual, pois não há ofensa à iniciativa de leis orçamentárias, as quais, em sua elaboração, sempre devem atentar à situação completa do ente federado e a todas as leis pertinentes.

Não obstante a alegação de que a lei afetaria o orçamento público pela isenção a determinado grupo de pessoas, certo é que não se pode confundir a conduta de legislar sobre direito tributário com eventuais reflexos da lei no orçamento público. Sem a elaboração específica de lei de caráter orçamentário, inviável a configuração de vício de inconstitucionalidade em razão apenas da possibilidade de se atingir, de alguma forma, o orçamento do município. A natureza da norma aqui impugnada, como dito, é tributária e não orçamentária, ou seja, encontra-se dentro das regras constitucionais de iniciativa do processo legislativo.

As previsões de limitação à iniciativa legislativa, por serem exceções à regra da competência concorrente, devem ser interpretadas de forma restritiva e não ampliativa.

Em caso semelhante, o Exmo. Des. Renato Sartorelli bem assentou que "a lei de iniciativa parlamentar objurgada criou novos benefícios tributários, concedendo isenções a contribuintes que se enquadrarem naquelas condições, sendo irrelevante que a sua aplicação possa repercutir no orçamento do município porque não diz respeito a normas orçamentárias, isso sem falar que não implica criação ou aumento de despesa pública (vedadas pelo artigo 25 da Carta Bandeirante) e tampouco impõe obrigações ao Executivo (...)" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2037843-09.2016.8.26.0000 – J. 01/06/2016).

Sobre a inexistência de inconstitucionalidade na iniciativa do Poder Legislativo em matéria tributária, ainda que haja reflexo no orçamento do ente federado, já decidiu o E. STF:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. INICIATIVA LEGISLATIVA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. CONCORRÊNCIA ENTRE PODER LEGISLATIVO E PODER EXECUTIVO. LEI QUE CONCEDE ISENÇÃO. POSSIBILIDADE AINDA QUE O TEMA VENHA A REPERCUTIR NO ORÇAMENTO MUNICIPAL. RECURSO QUE NÃO SE INSURGIU CONTRA A DECISÃO AGRAVADA. DECISÃO QUE SE MANTÊM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O recurso extraordinário é cabível contra acórdão que julga constitucionalidade in abstracto de leis em face da Constituição Estadual, quando for o caso de observância ao princípio da simetria. Precedente: Rcl 383, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves. 2. A iniciativa para início do processo legislativo em matéria tributária pertence concorrentemente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, b, da CF). Precedentes: ADI 724-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.05.92; RE 590.697-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 06.09.2011; RE 362.573-AgR,

Acesso ao Sumário

Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, Dje de 17.08.2007). 3. In casu, o Tribunal de origem entendeu pela inconstitucionalidade formal de lei em matéria tributária por entender que a matéria estaria adstrita à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, dada a eventual repercussão da referida lei no orçamento municipal. Consectariamente, providos o agravo de instrumento e o recurso extraordinário, em face da jurisprudência desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 809719 AgR MG – Minas Gerais – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – J. 09/04/2013)

No mesmo sentido estão precedentes deste C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Nº 7.460 de 15 de fevereiro de 2016 – Concessão de isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano a proprietários aposentados e pensionistas que não ultrapassem cinco salários mínimos no recebimento dos proventos – Iniciativa oriunda do Poder Legislativo local – Viabilidade – Competência legislativa concorrente entre os Poderes Executivo e Legislativo para edição de norma tributária – Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal – Lei questionada, ademais, que não cria ou impõe obrigações ao Executivo – Ausência de aumento de despesa – Tese de ausência de compensação, desrespeitando a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que representa mero controle de legalidade da norma – Alegada inconstitucionalidade material do parágrafo 1º do art. 1º de referida lei pelo Ministério Público – Suposta violação da isonomia ao estender a isenção aos herdeiros – Inexistência de referida extensão – Norma voltada à tutela dos direitos dos aposentados, não de seus sucessores – Impossibilidade de realizar interpretação conforme – Atuação do Judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade, restringe-se à figura do "legislador negativo" – Pretensão improcedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2093991-40.2016.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Francisco Casconi – J. 05/10/2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 375/2015 DO MUNICÍPIO DE TAUBATÉ – ATO NORMATIVO DE AUTORIA PARLAMENTAR CONCEDENDO BENEFÍCIO FISCAL DE NATUREZA TRIBUTÁRIA – ISENÇÃO DE IPTU INCIDENTE SOBRE IMÓVEL RESIDENCIAL USUFRUÍDO OU DE PROPRIEDADE DE APOSENTADOS OU PENSIONISTAS COM RENDA BRUTA MENSAL PESSOAL OU CONJUGAL ATÉ O TETO PREVIDENCIÁRIO – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE – PRECEDENTES DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – REFLEXOS NO ORÇAMENTO DO MUNICÍPIO – IRRELEVÂNCIA – NORMA QUE NÃO CRIA OBRIGAÇÕES OU AUMENTO DE DESPESA AO PODER PÚBLICO – AFRONTA AOS ARTIGOS 25 E 174, PARÁGRAFOS 2º E 6º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – NÃO RECONHECIMENTO – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. Por se tratar de limitações ao poder de instauração do processo legislativo,

Acesso ao Sumário

> as hipóteses previstas no texto constitucional devem ser interpretadas restritivamente, inexistindo óbice à iniciativa de lei parlamentar que disponha sobre matéria tributária, seja para criar ou majorar tributos ou mesmo para conceder benefícios fiscais porquanto o constituinte não restringiu o âmbito de sua titularidade, cuidando-se, isto sim, de competência concorrente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2246229-78.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Renato Sartorelli – J. 27/04/2016)
>
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Ilustre Prefeito do Município de Ocauçu, Estado de São Paulo, por meio da qual se questiona a adequação constitucional da Lei Complementar Municipal nº 06, de 09 de setembro de 2013, que "dispõe sobre a isenção do imposto Predial e Territorial Urbano e das taxas de Serviços Urbanos e dá outras providências." CONSTITUCIONALIDADE – A Constituição de 1988 não veda a iniciativa do Poder Legislativo em legislar sobre matéria tributária. A circunstância de as leis que versem sobre matéria tributária poderem repercutir no orçamento do ente federado não conduz à conclusão de que sua iniciativa é privativa do chefe do executivo. Por sua vez, a concessão de isenção tributária por meio de lei de iniciativa do Poder Legislativo também não represente nenhum vício de inconstitucionalidade Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2011272-69.2014.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Roberto Mac Cracken – J. 14/05/2014)

Tem-se que, tratando-se, desse modo, de iniciativa legislativa concorrente sobre direito tributário, ainda que se diga que haja alguma afetação na questão orçamentária do município, não está configurada uma inconstitucionalidade da norma, já que elaborada dentro das regras do processo legislativo pertinente.

Por último, consigna-se que, tendo sido inicialmente estabelecida, no julgado, uma observação referente à necessidade de aguardar o exercício financeiro seguinte em razão da anualidade orçamentária, fica tal ressalva retirada, adotando-se o entendimento exposto pelo Exmo. Des. Evaristo dos Santos.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que, mesmo que a causa de pedir no controle concentrado de constitucionalidade seja aberta, o julgado está adstrito ao princípio do pedido, de modo que, neste caso em apreço, a análise deve se ater ao dispositivo legal apontado especificamente na inicial (art. 1º da Lei nº 3.292/2015 do município de Casa Branca).

Diante do acima explanado, forçoso reconhecer a inexistência de violação das normas constitucionais, não se vislumbrando o alegado vício de inconstitucionalidade formal, tendo em vista que observado o processo legislativo para a criação do ato normativo.

Ante o exposto, **julgo improcedente** a presente ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 34.979)

1. Relatório já nos autos.

2. Restrito ao âmbito da divergência.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador-Geral de Justiça tendo por objeto o **art. 1º da Lei nº 3.292/2015**, que inseriu o **parágrafo único** no **art. 1º da Lei nº 2.573/2002**, concedendo isenção do pagamento da CIP (Contribuição de Iluminação Pública) aos contribuintes vinculados *"...às unidades consumidoras classificadas como 'tarifa social de baixa renda' pelo critério da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL."*.

Quanto à constitucionalidade da isenção concedida, nada tenho a considerar. Restringe-se a presente **divergência**, em que pese os judiciosos fundamentos desenvolvidos pelo Exmo. Des. Rel. **ÁLVARO PASSOS**, à ressalva acrescentada (*"Faz-se a ressalva, porém, que o único aspecto que, na prática, deverá ser observado é o da anualidade orçamentária. Na hipótese vertente, neste momento, o orçamento do ano de 2017, em obediência às respectivas normas orçamentárias, já está estabelecido, de modo que a efetiva incidência da norma, considerando, ainda, o efeito suspensivo que foi deferido no trâmite desta ação, terá início a partir do próximo exercício financeiro, cujo orçamento deverá observar esta isenção."*).

Conceitua-se **isenção**, basicamente, *"... como a dispensa legal do pagamento de tributo devido."* (**JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES** – "Teoria Geral da Isenção Tributária" – 3ª ed. – 2007 – Ed. Malheiros – p. 160).

Não vislumbro, inicialmente, a necessidade de aguardar o exercício financeiro subsequente para atribuir eficácia à lei.

A vedação imposta pela **Constituição Federal**, em seu **art. 150, III, 'b'**, impede União, Estados, Distrito Federal e Município cobrar tributos *"... no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os **instituiu** ou **aumentou**"*, o que, evidentemente, **não** é o caso.

O **princípio da anterioridade** tem como escopo proteger o contribuinte, vedando seja surpreendido com a cobrança de novo tributo ou majoração de antigo.

Inaplicável, deste modo, referido princípio a leis instituidoras, como a dos autos, de **isenções tributárias** *("...o princípio existe para proteger o contribuinte, não impedindo, portanto, **a imediata aplicação das mudanças que diminuam a carga tributária a que o contribuinte está sujeito (casos de***

extinção ou redução de tributos *ou que não tenham qualquer impacto sobre essa carga tributária).*" grifei – **RICARDO ALEXANDRE** – "Direito Tributário Esquematizado" – 3ª ed. – 2009 – Ed. Método – p.130).

Conforme entendimento do **Pretório Excelso**:

> *"... os postulados da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal* ***estão circunscritos às hipóteses de instituição e majoração de tributos****..."* (grifei – **STF** – ARE 682631 AgR-AgR – DJ-e de 30.04.14, p. 02.05.14 – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**).

Já em relação à **anualidade orçamentária**, não se nega a necessidade de haver previsão na lei orçamentária municipal das receitas e despesas, *"... decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia."* **(art. 165, § 6º da CF e art. 174, § 6º da CE)**, todavia, *"... há que se considerar que a iniciativa privativa do Chefe do Executivo estabelecida no citado art. 174 da Carta Paulista diz respeito apenas às leis orçamentárias e não a qualquer uma que tenha reflexo sobre o orçamento do ente público, razão pela qual essa regra não tem aplicação no caso dos autos; forçoso reconhecer, no particular, que se toda lei com repercussão no orçamento fosse, obrigatoriamente, deflagrada a partir de proposta do Prefeito, a atribuição legislativa da Câmara Municipal restaria completamente esvaziada, aí sim, em completa desconsideração ao princípio da independência entre os Poderes."* (ADIn nº 0158654-37.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 13.11.13 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**).

Nesse sentido já decidiu este **C. Tribunal de Justiça**:

> *"De outro lado, uma vez consagrada a competência concorrente para deflagração do processo legislativo e inexistindo violação do princípio da separação de poderes,* ***irrelevante que o tema implique em possíveis reflexos no orçamento municipal****, porquanto tratou-se, apenas, de criar norma isentiva tributária, diante da discricionariedade das políticas públicas."* (grifei – ADIn nº 2002314-26.2016.8.26.0000 – p.m.v. de 18.05.16 – Rel. Des. **MOACIR PERES**).

Observe-se, finalmente, se a **Lei nº 3.292** de **10.11.15**. A prevalecer o entendimento do I. Relator, a mencionada isenção já deveria estar prevista na lei orçamentária anual de 2016,uma vez somente em **02.08.16** protocolada a presente ação.

Em suma, com essas observações, **acompanho** o posicionamento do I. Relator quanto à constitucionalidade da isenção. Ressalto, todavia, a possibilidade de aplicação imediata da isenção.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo improcedente a ação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111903-50.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITARARÉ e PREFEITO MUNICIPAL DE ITARARÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS 'EX TUNC' E COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.106)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, 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, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 8 de março de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGOS 1º E 7º DA LEI Nº 3.426, DE 25 DE ABRIL DE 2012, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 3.532, DE 26 DE SETEMBRO DE 2013, AMBAS DO MUNICÍPIO DE ITARARÉ – GRATIFICAÇÃO POR ASSIDUIDADE, PONTUALIDADE E PRODUTIVIDADE – DEVER FUNCIONAL INERENTE AO EXERCÍCIO DE QUALQUER FUNÇÃO PÚBLICA – INADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO – AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE

Acesso ao Sumário

DECLARADA – DESNECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS – AUSÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA OU EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO".

"Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito à remuneração de seus servidores, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante".

"Configura aumento disfarçado de remuneração a instituição de vantagem pecuniária visando premiar o exercício de dever elementar exigível de todo e qualquer servidor público".

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face dos artigos 1º e 7º da Lei nº 3.426, de 25 de abril de 2012, com a redação dada pela Lei nº 3.532, de 26 de setembro de 2013, ambas do Município de Itararé, apontando violação aos artigos 111, 128 e 144, todos da Constituição Paulista.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que a gratificação concedida aos servidores de Itararé não atende a nenhum interesse público e tampouco às exigências do serviço, aduzindo que a assiduidade e a eficiência representam deveres funcionais inerentes ao exercício da função pública, não podendo ser consideradas como critério para a concessão da vantagem em comento. Alega, em acréscimo, que inexiste qualquer causa razoável a justificar sua instituição, implicando ofensa aos princípios da moralidade, do interesse público, da finalidade e da razoabilidade. Enfatizando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da eficácia dos artigos 1º e 7º da Lei nº 3.426, de 25 de abril de 2012, com a redação dada pela Lei nº 3.532, de 26 de setembro de 2013, ambas do Município de Itararé, até decisão definitiva.

Concedida a liminar, o Presidente da Câmara Municipal prestou informações aduzindo que os dispositivos impugnados apenas regulamentam direito já estabelecido pelos artigos 188 e seguintes da Lei Municipal nº 1221/74 – Estatuto dos Funcionários Públicos de Itararé –, decorrendo a atuação

Acesso ao Sumário

legislativa de competência exclusiva do Município para dispor sobre assuntos de interesse local *(fls. 369/378)*.

O Prefeito do Município de Itararé, por sua vez, deixou transcorrer, ***in albis***, o prazo para manifestação *(cf. fl. 438)*.

O Procurador Geral do Estado não ofereceu defesa em razão de os dispositivos impugnados tratarem de matéria exclusivamente local *(fls. 362/363)*.

A douta Procuradoria Geral de Justiça pleiteou a juntada de documentos encaminhados pela Câmara de Vereadores, após a propositura da ação *(fls. 440/487)*, cientes as partes *(artigo 437, § 1º, do Código de Processo Civil/2015)*, insistindo, a final, na procedência da ação, nos termos da inicial *(fls. 498/501)*.

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

Os textos impugnados têm a seguinte redação, ***verbis***:

Lei nº 3.426, de 25 de abril de 2012, do Município de Itararé:

"Art. 1º. Em consonância com o art. 188 e seguintes da Lei Municipal nº 1221/74 a gratificação será concedida até o percentual de 100% (cem por cento), sobre o valor do vencimento básico dos cargos beneficiados por ela, sendo incorporada aos vencimentos e aos proventos por ocasião da aposentadoria dos servidores e extensivo àqueles já aposentados.

(...)

Art. 7º. Como requisito para recebimento da gratificação de que trata esta Lei, o servidor deverá ter alcançado as seguintes metas:

I – Desempenhar com zelo e eficiência os serviços a ele confiados, dentro da respectiva atribuição;

II – Assiduidade;

III – Participação em cursos de capacitação oferecidos pela Secretaria em que está lotado.

§ 1º. É ineficiente o serviço prestado, injustificadamente, sem a observância dos prazos legais aplicáveis.

§ 2º. Considera-se não assíduo aquele que tenha cinco faltas alternadas ou três consecutivas por mês, sem justificativa.

§ 3º. São justificadas as faltas que estejam condizentes com a legislação e demais normas municipais.

§ 4º. O não cumprimento das metas será considerado pela Chefia imediata, que instaurará, em até quinze dias após a verificação da ocorrência, procedimento administrativo para a respectiva apuração, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

§ 5º. O não cumprimento das metas, apurado nos termos desta Lei, acarretará tão somente a suspensão do recebimento da gratificação prevista nesta Lei, no mês imediatamente subsequente ao término

Acesso ao Sumário

do procedimento" *(cf. fls. 29 e 31).*

<u>Lei nº 3.532, de 26 de setembro de 2013, que conferiu nova redação ao artigo 7º, da Lei nº 3.426, de 25 de abril de 2012</u>:

"Art. 1º. O artigo 7º, da Lei Municipal nº 3.426, de 25 de abril de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 7º. Como requisito para recebimento da gratificação de que trata esta Lei, o servidor deverá ter alcançado as seguintes metas:

I – Desempenhar com zelo e eficiência os serviços a ele confiados, dentro da respectiva atribuição;

II – Demonstrar assiduidade, conforme definido nos parágrafos deste artigo;

III – Comprovar a participação em cursos de capacitação (VETADO).

§ 1º – Os cursos de capacitação, mencionados no inciso III, deste artigo, poderão ser oferecidos, diretamente, pela Administração Pública Municipal, ou indiretamente, por entidade idônea, devidamente reconhecida como tal.

§ 2º – É ineficiente o serviço prestado, injustificadamente, sem a observância dos prazos legais aplicáveis.

§ 3º – Considera-se não assíduo aquele que tenha cinco faltas alternadas ou três consecutivas por mês, sem justificativa.

§ 4º – São justificadas as faltas que estejam condizentes com a legislação e demais normas municipais.

§ 5º – O não cumprimento das metas será constatado pela Chefia imediata, que instaurará, em até quinze dias após a verificação da ocorrência, procedimento administrativo para a respectiva apuração, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

§ 6º – O não cumprimento das metas, apurado nos termos desta Lei, acarretará tão somente a suspensão do recebimento da gratificação prevista na Lei, no mês imediatamente subsequente ao término do procedimento.'

§ 7º – VETADO

Art. 2º – Renumera-se o parágrafo primeiro, do artigo 7°, da Lei Municipal n° 3.426, de 25 abril de 2012, para parágrafo segundo, e assim sucessivamente, em relação aos demais parágrafos, conforme definido no Art. 1º, desta Lei, mantendo-se inalterada a redação definida pela Lei Municipal nº 3.426, de 25 de abril de 2012.

Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" *(cf. fls. 33/34).*

Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito à remuneração do funcionalismo público,

em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante.

A contraprestação pecuniária percebida pelos servidores públicos compreende uma parcela básica, que corresponde ao vencimento, acrescida de vantagens pecuniárias, ambas fixadas em lei.

Gratificações e adicionais, por sua vez, são espécies do gênero vantagem pecuniária, sendo as primeiras concedidas em decorrência de serviços comuns prestados em condições anormais, ou diante de situações individuais do servidor; enquanto na segunda hipótese o funcionário é recompensado pelo decurso do tempo no cargo, ou por força do exercício de função especial.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, adicionais são *"vantagens pecuniárias que a Administração concede aos servidores em razão do tempo de exercício (adicional de tempo de serviço) ou em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho (adicionais de função). Os adicionais destinam-se a melhor retribuir os exercentes de funções técnicas, científicas ou didáticas, ou a recompensar os que se mantiveram por longo tempo no exercício do cargo. O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor"*, ponderando, ainda, que as gratificações são *"atribuídas precariamente aos servidores que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificação de serviço), ou concedidas como ajuda aos servidores que reúnam as condições pessoais que a lei especifica (...), tais como a existência de filhos menores ou dependentes incapacitados para o trabalho (salário-família)" (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, Malheiros, págs. 490/491, 495 e 498)*.

Pela leitura das normas impugnadas, porém, verifica-se que o legislador local instituiu vantagem pecuniária destinada a premiar a assiduidade dos servidores municipais, o desempenho de funções *"com zelo e eficiência"*, ou a participação indiscriminada em cursos de capacitação, sem estar, necessariamente, relacionada ao cargo que ocupa, o que não se compatibiliza com os princípios da moralidade, do interesse público e da razoabilidade, traduzindo ofensa ao disposto no artigo 128 da Carta Paulista, ***verbis***:

> ***"Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço".***

Vale dizer, inexiste na norma impugnada causa jurídica razoável a justificar a concessão de vantagem pecuniária, não se vislumbrando situação

excepcional que vá além do simples exercício da própria função pública ou do dever elementar exigível de todo e qualquer servidor no desempenho de suas atribuições funcionais, configurando, ***ipso facto***, aumento disfarçado de remuneração.

Destaco, a propósito, casos análogos já submetidos à apreciação deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 81-B da Lei Complementar nº 11/1999, acrescido pela Lei Complementar n. 75/2012, do Município de Marabá Paulista, que institui gratificação de função e gestão ao servidor efetivo como forma de compensação à dedicação plena de serviços, no percentual de até 50% – Inconstitucionalidade, por ausência de critérios em sua mensuração – Dedicação ao serviço que é dever/obrigação do servidor – Afronta aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público, bem como da separação dos poderes – Instituição de benefício que se afigura incompatível com as exigências do serviço – Afronta aos artigos 111 e 128, ambos da Constituição Estadual – Cuida-se, na verdade, de indiscriminado e disfarçado 'reajuste', alheio aos parâmetros que regem o interesse público – Ação procedente, com efeito ex tunc, sendo vedado aos servidores exigir o pagamento retroativo de qualquer valor com base no dispositivo declarado inconstitucional, mas ressalvado que valores já recebidos não serão objeto de repetição"*** *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2143790-52.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Salles Rossi).*
>
> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO – ART. 49 DA LEI Nº 2.712, DE 16 DE MARÇO DE 2004 E LEI Nº 2.185, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1997, QUE 'DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' E SOBRE '(...) A INSTITUIÇÃO DO PRÊMIO POR ASSIDUIDADE AOS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS, DE PROVIMENTO EFETIVO, NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL' – VANTAGEM PECUNIÁRIA QUE TEM COMO ÚNICO OBJETIVO ESTIMULAR A ASSIDUIDADE DO SERVIDOR – DEVER FUNCIONAL GERAL E ELEMENTAR AO EXERCÍCIO DE QUALQUER FUNÇÃO PÚBLICA – AUSÊNCIA DE CAUSA JURÍDICA OU RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO – CLARA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, INTERESSE PÚBLICO E RAZOABILIDADE (ARTS. 111 E 128 DA CE/89) – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE"*** *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2074202-55.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Neves Amorim).*

De resto, não vislumbro razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação dos efeitos da declaração de

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade das normas impugnadas, observando, contudo, que não cabe cogitar da devolução de valores recebidos com esteio na legislação ora reputada inconstitucional, notadamente porque se trata de verbas de caráter alimentício, percebidas de boa-fé.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 7º da Lei nº 3.426, de 25 de abril de 2012, com a redação dada pela Lei nº 3.532, de 26 de setembro de 2013, ambas do Município de Itararé, com efeitos ***ex tunc***, sem devolução dos valores, nos termos do acórdão. Comunique-se oportunamente à Prefeitura e à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2140952-39.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE RESTAURANTES – ANR, são réus GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E DETERMINARAM A SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DA ADI Nº 5561 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.263)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 8 de março de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Estadual nº

Acesso ao Sumário

16.270, de 05 de julho de 2016, que "dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares, e dá outras providências" – Processamento simultâneo de ações diretas de inconstitucionalidade contra a referida lei estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça, com causa de pedir assemelhada – Suspensão do processo no âmbito da Justiça Estadual, até a deliberação definitiva da Suprema Corte – Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Rejeitadas as preliminares, determina-se a suspensão do processo.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional de Restaurantes visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 16.270, de 05 de julho de 2016, que "dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares, e dá outras providências", no âmbito do Estado de São Paulo, porque, segundo ela, viola o disposto nos artigos 1º, 111 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que a norma combatida usurpou a competência da União para legislar sobre direito comercial (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), bem como afronta os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade, na medida em que cria um ônus desnecessário para os empresários. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 16.270, de 05 de julho de 2016, do Estado de São Paulo.

A liminar foi deferida (fl. 85/88) e desprovido o agravo regimental interposto (fl. 214/224).

O Procurador-Geral do Estado de São Paulo e o Governador do Estado de São Paulo postulam a procedência do pedido (fl. 107/115; 123/124).

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por seu Presidente, argui preliminares de prejudicialidade relativamente à ação direta de inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal (ADI 5.561), inadmissibilidade do controle estadual concentrado de constitucionalidade em face de parâmetros da Constituição Federal, ilegitimidade ativa da requerente e, no mérito, defende a constitucionalidade da lei (fl. 126/154).

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 230/248, opinou, preliminarmente, pela extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa e pela suspensão do feito, e, se superadas as preliminares, pela procedência da ação.

2. É o relatório.

A Lei nº 16.270, de 05 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, tem a seguinte redação:

"Artigo 1º – Os restaurantes e similares que servem refeições 'à la carte' ou porções ficam obrigados a oferecer, para pessoas que tenham tido o estômago reduzido por meio de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, meia porção com desconto de 30% (trinta por cento) a 50% (cinquenta por cento) sobre o preço normal da refeição integral.

Artigo 2º – Os restaurantes e similares que servem refeições na modalidade 'rodízio' e 'festival' ficam obrigados a conceder desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das refeições para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia.

Parágrafo único – Excetua-se do disposto nesta lei o consumo de bebidas.

Artigo 3º – Para ter direito ao benefício de que trata a presente lei o interessado deverá comprovar sua condição através da apresentação de laudo médico ou declaração de médico responsável, devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina.

Artigo 4º – Os estabelecimentos comerciais ficam obrigados a fixar em sua entrada 'cartazes' medindo 30cm (trinta centímetros) x 25cm (vinte e cinco centímetros) com os direitos estabelecidos nesta lei.

Artigo 5º – Os estabelecimentos comerciais ficam obrigados a incluir em seus cardápios as informações instituídas pela presente lei.

Artigo 6º – O não cumprimento das exigências desta lei implicará ao infrator a imposição de multa no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), cobrada em dobro no caso de reincidência até o limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Artigo 7º – O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 90 (noventa) dias, em especial no tocante aos aspectos de procedimentos e de formalização.

Artigo 8º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

De início, afasta-se a alegação de impossibilidade de processamento da ação direta de inconstitucionalidade perante a Corte Estadual e, nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"(...) Controle concentrado de constitucionalidade de lei estadual ou municipal que reproduz norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos entes da Federação. Competência do Tribunal de Justiça, com possibilidade de interposição de recurso extraordinário se a interpretação conferida à legislação contrariar o sentido e o alcance de dispositivo da Carta Federal. Precedentes. (...)" (SL 10/AgR, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 16 abr. 2004).

No concernente à alegação de ilegitimidade ativa *ad causam*, este Colendo Órgão Especial já decidiu em caso semelhante:

> **"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Preliminar de ilegitimidade ativa da Associação Nacional de Restaurantes, suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça – Dispondo de legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, à requerente não se pode negar a mesma legitimidade no âmbito estadual Preliminar afastada. (...)"** (ADI 2042147-22.2014.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 04/02/2015). No mesmo sentido: ADI 0015556-91.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 03/12/2014.

Todavia, embora a matéria ora tratada seja passível de conhecimento por este Eg. Tribunal de Justiça verifica-se que a Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo – ABRESI ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5561, com pedido de liminar[1], contra a Lei nº 16.270/2016, do Estado de São Paulo. A Associação alega que a norma dispõe sobre a exploração da atividade econômica pela iniciativa privada, portanto, submete-se ao regime jurídico de direito privado, regendo-se por regras de direito civil e comercial, matérias reservadas à competência privativa legislativa da União, conforme o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Com efeito, a jurisprudência da Suprema Corte é firme quanto à

1 DESPACHO: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo – ABRESI, cujo objeto é a Lei 16.270/2016 do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a obrigatoriedade de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares. (...). Alega a ABRESI, em suma, que a norma estadual viola o artigo 22, I, da Constituição da República, em virtude da invasão do campo legislativo reservado à União, concernente à edição de normas gerais sobre direito civil e comercial. Sustenta, ainda, a inconstitucionalidade material da Lei 16.270/2016, ante a caracterização de ofensa ao princípio da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica (artigos 5º, XIII e 170, da Constituição da República). A requerente aduz, por fim, a necessidade de deferimento de medida cautelar, tendo em vista o dano irreparável ou de difícil reparação que irão sofrer os estabelecimentos comerciais. Tendo em vista a relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adoto o rito positivado no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão. Desse modo, requisitem-se as informações no prazo de dez dias e, após, colham-se as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias. Publique-se. Intime-se. Brasília, 24 de agosto de 2016. Ministro EDSON FACHIN Relator.

Acesso ao Sumário

necessidade de suspensão do processamento de ações diretas em tramitação perante Tribunais de Justiça estaduais, quando o mesmo ato normativo estiver a depender do crivo do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a repercussão decorrente da primazia da Constituição Federal, aliada à possível prejudicialidade, parcial ou total, do julgamento a ser realizado pelo Tribunal de Justiça.

A esse respeito:

"Ementa: Ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade tanto perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, 'a') quanto perante Tribunal de Justiça local (CF, art. 125, § 2º). Processos de fiscalização concentrada nos quais se impugna o mesmo diploma normativo emanado de Estado-membro, não obstante contestado, perante o Tribunal de Justiça, em face de princípios, que, inscritos na Carta Política local, revelam-se impregnados de predominante coeficiente de federalidade (RTJ 147/404 – RTJ 152/371-373). Ocorrência de *'simultaneus processus'*. Hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Necessidade de se aguardar, em tal caso, a conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, do julgamento da ação direta. Doutrina. Precedentes (STF)." (STF, ADI 4138/MT, Rel. Min. Celso de Mello, DJE de 17.12.2009).

"EMENTA: Agravo Regimental em Petição. 2. Aplicabilidade da Lei nº 8.437, de 30.06.92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, em controle concentrado de constitucionalidade. 3. Coexistência de jurisdições constitucionais estaduais e federal. Propositura simultânea de ADI contra lei estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça. Suspensão do processo no âmbito da justiça estadual, até a deliberação definitiva desta Corte. Precedentes. 4. Declaração de inconstitucionalidade, por esta Corte, de artigos da lei estadual. 5. Arguição pertinente à mesma norma requerida perante a Corte estadual. Perda de objeto. 6. Agravo que se julga prejudicado." (Pet n. 2.701-Agr, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, maioria, DJ de 19.03.2004).

Portanto, em face dos efeitos vinculantes e *erga omnes* da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade, *ex vi* do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a suspensão por este Órgão Colegiado do curso do presente feito é medida que se impõe, até o julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5561.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, não há falar em revogação da liminar, posto que o ajuizamento da ADI nº 5561 (protocolado em 18/07/2016) perante o Supremo Tribunal Federal é posterior ao ajuizamento desta ação e à prolação da decisão liminar, de sorte que, caso julgada improcedente referida ADI e, persistindo a controvérsia a ser resolvida em face da Constituição Estadual, deverá ser retomado o julgamento desta ação.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, rejeito as preliminares e determino a suspensão do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2161587-41.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.132)**

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, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, 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 e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 8 de março de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – I. AUSÊNCIA DE PARAMETRICIDADE – Controle abstrato de constitucionalidade que somente pode se fundar na Constituição Estadual – Análise restrita aos dispositivos constitucionais invocados – II. VÍCIO DE

Acesso ao Sumário

INICIATIVA – Lei Municipal nº 8.321/14, que "exige, no comércio e na prestação de serviços, devolução de troco aos clientes nas condições que especifica e dá outras providências" – Ausência de usurpação de competência privativa da União – Legislação que regula questão de direito local, garantindo máxima efetividade aos direitos do consumidor – Ação julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito do Município de Jundiaí, contra a Lei Municipal nº 8.321/14, que "exige, no comércio e na prestação de serviços, devolução de troco aos clientes nas condições que especifica e dá outras providências".

Afirma o autor que a lei impugnada dispõe sobre matéria de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso VI, da Constituição Federal. Diz que a devolução de troco aos consumidores é disposição sobre sistema monetário nacional que não se amolda ao interesse local. Afasta a incidência do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal. Argui violação ao pacto federativo. Assevera que a lei em comento também não encontra amparo nos artigos 24, inciso VIII, e 30, inciso II, da Constituição Federal, que tratam da defesa do consumidor, já que a disciplina municipal implica na exorbitância da competência suplementar deste ente federativo, usurpando a competência federal. Cita julgado em defesa de sua tese. Aduz que a previsão de multa em Unidades Fiscais do Município – UFMs – é contrária ao disposto no Código Tributário Municipal, Lei Complementar nº 460/2008. Argumenta que aludida unidade destina-se exclusivamente a cálculos e procedimentos internos. Invoca o princípio da legalidade, bem como os artigos 111 da Constituição Estadual e 37 da Constituição Federal. Alega que estão presentes os requisitos para a concessão de liminar para suspender a eficácia da lei impugnada (fls. 1/8).

A liminar foi indeferida (fls. 12/13).

O réu prestou informações (fls. 16/23).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 61/62).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (fls. 66/76).

É o relatório.

Objetiva o Prefeito do Município de Jundiaí seja declarada "inconstitucional a Lei Municipal nº 8.321, de 28 de outubro de 2014,

Acesso ao Sumário

comunicando-se, oportunamente, à Câmara Municipal a decisão final" (fls. 8).

A ação é improcedente.

Dispõe a Lei Municipal nº 8.321, de 28 de outubro de 2016, que:

Art. 1º *Em todo pagamento realizado a fornecedor de produtos e prestador de serviços, quando a maior do valor cobrado, far-se-á a devolução do troco, fracionado ou não, no cômputo exato da diferença apurada, em espécie da moeda corrente do Brasil.*

§ 1º *É vedada a prática de devolução do troco em qualquer espécie de produto ou vale que se pretenda substituir pela moeda corrente brasileira.*

§ 2º *Se o fornecedor ou prestador não dispuser de dinheiro para a devolução, é direito do consumidor que a conta seja arredondada para menor até o valor de que o fornecedor ou prestador disponha em moeda corrente para suprir a demanda de troco.*

Art. 2º *A infração desta lei implica multa de 5 (cinco) Unidades Fiscais do Município – UFMs, que será destinada ao fundo de defesa do consumidor.*

Art. 3º *Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.*

Alega o autor da ação que a lei contrariada ofende dispositivos do Código Tributário Municipal e da Lei Complementar Federal nº 460/2008; bem como os artigos 22, inciso VI, 24, inciso VIII, 30, incisos I e II, e 37 da Constituição Federal; e 111 da Constituição Estadual, aplicáveis os últimos aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição do Estado[1].

Ressalte-se, neste ponto, que o Código Tributário Municipal e a Lei Complementar Federal nº 460/2008 não podem ser utilizadas como parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade do ato normativo municipal.

De fato, "o texto constitucional de 1988 contemplou expressamente a questão relativa ao controle abstrato de normas nos âmbitos estadual e municipal em face da respectiva Constituição, consagrando no art. 125, § 2º, que compete 'aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão'." (Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.423. g.n.).

Portanto, a constitucionalidade da lei vergastada será analisada à luz, apenas, dos dispositivos da Constituição Estadual invocados pelo autor, ficando prejudicada, portanto, a discussão a respeito da base de cálculo para a multa fixada por aquele diploma.

Assim dispõem os dispositivos constitucionais invocados pelo autor:

Acesso ao Sumário

1 **Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Constituição Estadual

Artigo 111 *– A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*

Constituição Federal

Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

[...]

VI – *sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;*

Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*

[...]

VIII – *responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;*

Art. 30. *Compete aos Municípios:*

I – *legislar sobre assuntos de interesse local;*

II – *suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;*

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:*

Observa-se que a lei impugnada criou a obrigação de os fornecedores de produtos e os prestadores de serviço entregarem troco em dinheiro aos consumidores e, em caso de ausência de numerário, arredondarem o preço até alcançarem a possibilidade de troco.

Trata-se de regra municipal que amplia direito do consumidor. Não se vislumbra, no caso, ofensa a competência privativa da União nem ao pacto federativo.

Os Municípios têm competência para legislar sobre direitos consumeristas, desde que o regramento seja necessário em razão de características próprias da localidade. Assim é que, se em dada Municipalidade há o costume de se conferir troco em produtos ou em vales, ofendendo o direito do consumidor à observância do preço ofertado, cabe ao ente político municipal regulamentar a prática, garantindo aos cidadãos a efetividade dos seus direitos.

Assim é que "é da competência legislativa do Município, por ser matéria de interesse local (proteção do consumidor), a edição de lei que fixa tempo máximo de espera em fila de banco (RE 432.789, DJ de 7-10-2005, Rel. Min. Eros Grau)." (Gilmar Mendes; Paulo Gustavao Gonet Branco. **Curso de Direito**

Acesso ao Sumário

Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 855).

Neste sentido, em caso semelhante, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Preliminar de ilegitimidade ativa 'ad causam' do Prefeito do Município de Ourinhos. Inicial, assinada por procuradora do Município com poderes específicos para o ingresso da ação que torna legítima a representação processual. Preliminar afastada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 6.170/2014, do Município de Ourinhos que dispõe sobre "a obrigatoriedade dos estabelecimentos comerciais situados no Município de Ourinhos de proceder à devolução integral e em espécie do troco ao consumidor e dá outras providências. Alegada violação aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 2, 47, II, XIV, XIX, "a", da Constituição do Estado de São Paulo. Inocorrência. Matéria que não é de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, cujo elenco se encontra no artigo 24, § 2º da Carta Bandeirante. Inadmissibilidade de interpretação ampliativa. Ausência, por outro lago, de imposição de encargos ao Executivo. Inconstitucionalidade não configurada. Ação improcedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2023473-59.2015.8.26.0000 – Rel. Des. Xavier de Aquino – j. em 17/05/15).*

E, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "na interpretação das regras constitucionais na matéria deve levar em consideração qual o interesse prevalente, na medida em que toda e qualquer disciplina legislativa sempre traz algum aspecto que é relevante para mais de uma esfera da Federação. [...] Embora caiba à União e aos Estados legislarem sobre proteção ao consumidor (24, VIII, da CF), isso não inibe a competência dos Municípios para editar normas de interesse local, relacionadas à proteção do consumidor (art. 30 II da CR/88). [...] É irrelevante, para o sistema monetário (esse sim objeto de lei federal), a previsão, em lei municipal, de obrigatoriedade de devolução integral do troco em moeda corrente. Tais aspectos dizem respeito apenas à proteção do consumidor, com base no interesse local. Podem, portanto, ser objeto de lei municipal." (fls. 71/72, g.a.).

Destarte, não se conhece da ação quanto aos dispositivos legais invocados como parâmetro para aferição da validade da lei e, na parte conhecida, não se vislumbra incompatibilidade entre a lei impugnada e os artigos da Constituição Estadual e da Constituição Federal invocados.

Ante o exposto, julga-se improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215215-42.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPÍO 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, REVOGADA A LIMINAR. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.150)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 8 de março de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.674, de 27 de junho de 2016, do Município de Jundiaí, que "prevê assentos preferenciais para idosos, gestantes, lactantes e pessoas com mobilidade reduzida, nos terminais e pontos de parada de ônibus municipais" – Ato normativo que cuidou tão somente de regular matéria de interesse predominantemente local, atinente à proteção e garantia da acessibilidade de idosos, gestantes, lactantes e pessoas com mobilidade reduzida, nos limites exatos das atribuições expressamente conferidas aos Municípios pelos artigos 23, inciso II e 30 incisos I e II, da Constituição Federal – Inocorrência de vício de iniciativa, haja vista que a norma editada não regula matéria estritamente administrativa afeta ao Chefe do Poder Executivo –

Acesso ao Sumário

Ação julgada improcedente.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Prefeito do Município de Jundiaí em face de dispositivos da Lei Municipal nº 8.674, de 27 de junho de 2016, que "prevê assentos preferenciais para idosos, gestantes, lactantes e pessoas com mobilidade reduzida, nos terminais e pontos de parada de ônibus municipais".

Sustenta que a lei é inconstitucional por apresentar vício de iniciativa ao dispor sobre a organização e funcionamento da administração (artigos 24, § 2º, 1 e 2, 47, incisos II e XIV, 111 e 144 da Constituição Estadual), ofendendo ao princípio da separação de poderes, além de criar despesas sem a respectiva fonte de custeio.

Requereu a concessão de liminar para imediata suspensão da norma impugnada e, ao final a declaração de sua inconstitucionalidade.

A liminar foi deferida pelo despacho de fl. 14.

Informações da Câmara Municipal de Jundiaí às fls. 19/21.

O d. Procurador Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 56/59, deixou de ofertar manifestação quanto ao mérito da ação.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 61/79), pelo decreto improcedência.

É o relatório.

A Lei nº 8.674, de 27 de junho de 2016, do Município de Jundiaí possui a seguinte redação:

> *"Art. 1º. Em todo terminal e ponto de parada de ônibus municipal haverá reserva de assento para uso preferencial por idosos, gestantes, lactantes e pessoas com mobilidade reduzida, nas seguintes condições:*
>
> *I – quantidades mínimas:*
>
> *I. nos terminais, 5% (cinco por cento) do total dos assentos existentes;*
>
> *II. nos pontos de parada de ônibus, 1 (um) assento;*
>
> *II – localização:*
>
> *a) em lugares de fácil acesso ao atendimento e à circulação das pessoas;*
>
> *b) distribuídos de modo a não ensejar isolamento, discriminação, preconceito ou constrangimento de qualquer natureza para seus usuários;*
>
> *III – serão identificados com a inscrição 'PREFERENCIAL PARA USO POR IDOSOS, GESTANTES, LACTANTES E PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA', de modo a facilitar a sua localização e uso*

Acesso ao Sumário

prioritário.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

De início, cumpre observar que o exame da inconstitucionalidade deve ficar restrito ao eventual desrespeito de dispositivo da Constituição Estadual, não sendo passível de conhecimento alegações de violação a preceito da lei orgânica local ou à própria Constituição Federal, consoante dicção do artigo 90, *caput*, da Constituição Bandeirante.

Quanto ao mérito, da análise dos dispositivos da lei impugnada, vê-se que a mesma cuidou tão somente de regular matéria de interesse predominantemente local, atinente à proteção e garantia da acessibilidade de idosos, gestantes, lactantes e pessoas com mobilidade reduzida, nos limites exatos das atribuições expressamente conferidas aos Municípios pelos artigos 23, inciso II e 30 incisos I e II, da Constituição Federal.

As disposições são razoáveis e promovem o atendimento prioritário das pessoas nas condições mencionadas, não configurada violação de reserva de iniciativa legislativa em favor do Chefe do Poder Executivo.

Ao dispor, em âmbito municipal sobre a matéria, nada mais fez a edilidade do Município de Jundiaí do que exercer sua competência constitucional para suplementar a legislação federal existente sobre o tema, no sentido de adequá-la à realidade local. Isto porque a proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência é de competência legislativa concorrente entre União e Estados (artigo 24, inciso XIV, da Constituição Federal) e, portanto, passível de suplementação, no que couber, de modo a concretizar as normas nacionais e estaduais no âmbito municipal. Ademais, o conteúdo da lei impugnada não constitui questão de política de governo ou ato concreto de gestão, inexistindo ofensa material à regra da separação dos poderes (artigos 24, § 2º, 1 e 2 e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual).

Nesse sentido, recentes pronunciamentos deste C. Órgão Especial, afastando o vício de iniciativa de normas editadas pela Câmara Municipal que não estavam diretamente relacionadas à gestão administrativa, ainda que impusessem obrigações ao Poder Executivo, sob pena de se esvaziar a função típica do Poder Legislativo, podendo-se citar trecho da fundamentação adotada em voto em voto condutor da lavra do eminente Desembargador Márcio Bartoli:

"(...) este Órgão Especial já reconheceu em outra oportunidade a licitude de imposição, pelo Poder Legislativo, de obrigações de adaptação de bens públicos para pessoas portadoras de deficiências, com adequada sinalização – hipótese de lei em que, embora existisse imposição de obrigações ao Executivo, com adaptação de bens públicos, a racionalidade da norma tampouco se referia à gestão administrativa dos referidos bens" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2090029-09.2016.8.26.0000, Relator Designado Desembargador Márcio Bartoli).

Acesso ao Sumário

Convém aqui destacar que a matéria tratada na lei impugnada já encontra preceitos gerais na Lei Federal nº 10.098/2000, que "estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências".

Matéria igualmente tratada na Lei Federal nº 13.146/2015, ao cuidar da "inclusão da pessoa com deficiência", destacando em seu art. 8º ser dever do Estado assegurar à pessoa com deficiência, a efetivação dos direitos referentes ao transporte e à acessibilidade. E em seu art. 46 permitir a identificação e eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso, considerando como integrante do serviço de transporte coletivo, os terminais, as estações e os pontos de parada.

E ainda a Lei nº 7.405/2005 que "torna obrigatória a colocação do 'Símbolo Internacional de Acesso' em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência e dá outras providências".

No que concerne à falta de receita orçamentária para implementação da norma impugnada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afastou a tese de que qualquer projeto de lei que implique a geração de gastos à Administração Pública restaria adstrito à iniciativa do Chefe do Poder Executivo: *"Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em 'numerus clausus', no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes"* (ADI 3394/AM Rel. Min Eros Grau, j. 02 de abril de 2007).

Ademais, dispõe a norma impugnada, abstratamente, sobre a acessibilidade e respectiva sinalização no âmbito municipal, cabendo ao Poder Executivo, segundo critérios de oportunidade e conveniência, dar cumprimento à lei, podendo regulamentar a forma e cronograma de implementação da norma, por meio de provisões especiais, no exercício de seu poder regulamentar.

Em suma, não padece o ato normativo impugnado de qualquer vício de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente a ação, revogando-se a liminar concedida.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 34.980)

1. Relatório já nos autos (fls. 81).

2. Entendo improcedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito do Município de Jundiaí tendo por objeto a **Lei nº 8.674**, de **27.06.16**, por prever *"...assentos preferenciais, para idosos, gestantes, lactantes e pessoas com mobilidade reduzida, nos terminais e pontos de parada de ônibus municipais."* (fls. 09).

Ajuizou a ação o Prefeito Municipal, alegando, em síntese, que a norma, como posta, impõe obrigações à Administração Pública, sendo privativa do Chefe do Poder Executivo a competência de iniciativa nesses casos.

Sem razão, porém.

Em acréscimo aos judiciosos fundamentos desenvolvidos pelo Exmo. Des. Rel. **SALLES ROSSI**, julgo oportuno tecer algumas observações.

Essa a redação da **Lei Municipal nº 8.674**, de **27 de junho de 2016**, *in verbis*:

> *"Art. 1º – Em todo terminal e ponto de parada de ônibus municipal haverá reserva de assento para uso preferencial por idosos, gestantes, lactantes e pessoas com mobilidade reduzida, nas seguintes condições:"*
>
> *"I – quantidades mínimas:"*
>
> *"a) nos terminais, 5% (cinco por cento) do total dos assentos existentes;"*
>
> *"b) nos pontos de parada de ônibus, 1 (um) assento;"*
>
> *"II – localização:"*
>
> *"a) em lugares de fácil acesso ao atendimento e à circulação das pessoas;"*
>
> *"b) distribuídos de modo a não ensejar isolamento, discriminação, preconceito ou constrangimento de qualquer natureza para seus usuários;"*
>
> *"III – serão identificados com a inscrição 'PREFERENCIAL PARA USO POR IDOSOS, GESTANTES, LACTANTES E PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA', de modo a facilitar a sua localização e uso prioritário."*
>
> *"Art. 2º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."* (fls. 09)

Não vislumbro, quanto à questão central desta ação direta de inconstitucionalidade – meras disposições sobre reserva e identificação de assentos para pessoas com necessidades especiais ou com mobilidade reduzida em terminais e pontos de ônibus –, o apontado **vício de iniciativa**.

A **Lei Municipal nº 8.674/16** apenas cuida da identificação e reserva de

Acesso ao Sumário

assentos preferenciais em terminais e pontos de ônibus, **sem** impor qualquer providência ao poder público, **não** interferindo de modo algum nas **atividades administrativas** relacionadas à gestão exclusiva do Executivo.

Descabido falar em iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo.

Ensinam **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**, ao tratarem da **iniciativa privativa do Presidente da República**, à luz do **art. 61, § 1º, I e II, da Constituição Federal**, reserva-se *"... ao chefe do Executivo (reserva-se) a iniciativa de leis que fixem ou modifiquem (...) versem sobre **organização administrativa**..."* ("Curso de Direito Constitucional" – Ed. Saraiva – 2013 – 4.1.1.6. – p. 868).

Tal prerrogativa restou distribuída, na **Constituição Bandeirante**, por vários incisos de seu **art. 47** (*"**Artigo 47** – Compete **privativamente** ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:"*), sendo os mais pertinentes ao caso dos autos, os **incisos II** (*"**II** – **exercer**, com o auxílio dos Secretários de Estado, **a direção superior da administração estadual**;*), **XI** (*"**XI** – **iniciar o processo legislativo**, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;"*); **XIV** (*"**XIV** – **praticar os demais atos de administração**, nos limites da competência do Executivo;"*), e **XIX**, letra "**a**" (*"**XIX** – **dispor**, mediante decreto, **sobre**: **a) organização e funcionamento da administração estadual**, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos."*) de **observância** necessária no âmbito Municipal, também por imposição da **Carta Paulista** (**art. 144 da Constituição Estadual –** *"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."* – grifei).

Ora, por **organização administrativa** – segundo **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, deve ser entendida aquela que *"... resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e o controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa."* ("Manual de Direito Administrativo" – Ed. Atlas – 2012 – p. 447).

Assim já decidiu este **Colendo Órgão Especial** em caso análogo:

> *"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 3.473, de 25 de maio de 2015, do Município de Santana de Parnaíba, que: 'Dispõe sobre a **reserva de vagas de estacionamento** nos estacionamentos mantidos por centros comerciais, supermercados, farmácias e **estacionamentos públicos** no âmbito do Município de Santana de Parnaíba, e dá outras providências.'. Alegado vício formal por deliberação do veto além do prazo estabelecido na Lei Orgânica*

Acesso ao Sumário

do Município; vício material por versar sobre disciplina atinente ao direito civil, cuja competência é privativa da União; vício de iniciativa por violação a separação de poderes, sendo de competência exclusiva do Chefe do Executivo Municipal. – Liminar suspendeu a eficácia da norma impugnada. Preliminar: Aplicação do art. 125, parágrafo 2º, da CF/88. Contencioso estadual de constitucionalidade de ato normativo municipal tem como exclusivo parâmetro a Constituição Estadual, não cabendo alegação de ofensa a Constituição Federal ou norma infraconstitucional. Mérito. Ação improcedente. Norma impugnada não viola a competência exclusiva e privativa da União. Competência concorrente e não cumulativa. Município suplementa a legislação federal e estadual (CF, art. 30, II), sendo competente para criar dispositivos legais para assuntos de predominância local. Lei nº 10.098/2000 estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (redação dada pela Lei Federal nº 13.146/2015). ***Ausência de vício formal de inconstitucionalidade por usurpação de competência e de ofensa ao princípio de separação de poderes****. Lei municipal que trata de matéria correlata. Norma de cunho administrativo em consonância com a Constituição Estadual e Federal. – Ação improcedente."* (grifei – ADIn nº 2.210.524-19.2015.8.26.0000 v.u. – j. de 08.06.16 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**).

Destaque-se, nesse sentido, o parecer da **D. Procuradoria-Geral de Justiça**:

"A iniciativa parlamentar não ofende o quanto contido nos arts. 5º, 24, § 2º, 2 e 47, II, XIV, XIX, a, da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração, nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo."

"Notadamente, a matéria tratada pelo ato normativo impugnado, como acima explicado, não está arrolada nos preceitos constitucionais que cunham a reserva de iniciativa legislativa em favor do Chefe do Poder Executivo, situando-se na iniciativa comum ou concorrente."

(...)

"A norma local impõe obrigação a particulares, no âmbito da polícia administrativa e demanda, por isso mesmo, a observância de reserva formal de lei, não sendo possível mero ato normativo da Administração Pública, por traduzir o poder extroverso do Estado." (fls. 75/79).

Assim, tanto **não** há obrigação ao poder público, que **não** houve previsão de dotação orçamentária para sua execução, evidenciando a coerência da norma.

Por fim, em seus aspectos materiais, a lei encontra respaldo em preceito

Acesso ao Sumário

constitucional e leis federais.

Dispõe a propósito a Constituição Federal:

*"**Art. 277** – Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem, **ao idoso e aos portadores de deficiências**, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão"*

(...).

*"**IV** – integração social de portadores de deficiências, mediante treinamento para o trabalho, convivência e **facilitação do acesso aos** bens e **serviços coletivos**..."*. (grifei).

O Brasil também assinou a **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, promulgada pelo Decreto nº 6.949/09 e aprovada, por Decreto Legislativo nº 186/08, conforme procedimento previsto no **artigo 5º, § 3º da CF**, ostentando natureza de **emenda constitucional**.

Essa Convenção **reconhece e garante** o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, e define como princípios a acessibilidade das pessoas com deficiência (art. 3, 'e'), bem como determina a eliminação de obstáculos e barreiras para esse fim (art. 9º).

Na mesma trilha, a **Lei Federal nº 10.048/00**, que trata do atendimento prioritário, obriga as empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo a reservarem assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas portadoras de deficiência e pessoas acompanhadas por crianças de colo (art. 3º).

E o Estatuto do Idoso – **Lei Federal nº 10.741/03** – assegura todas as oportunidades e facilidades, para preservação da saúde física e mental dos idosos, em condições de liberdade e dignidade (art. 2º).

Destarte, pertinente e razoável a reserva de assentos, nos moldes da Lei nº 8.674/16, aos mais debilitados.

Pelo exposto, sob qualquer ângulo, **não** resta configurada afronta aos **arts. 24, 47, incisos II, XIV, 111 e 144, todos da Constituição Estadual**.

Ausente qualquer vício.

3. Julgo improcedente, pelo meu voto, a ação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2226928-14.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

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 30.002)**

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, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 15 de março de 2017.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 13.757, DE 13 DE ABRIL DE 2016, QUE "DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE PAPEL TÉRMICO NA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS EMITIDOS AOS CONSUMIDORES POR INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS, FINANCEIRAS E CORRESPONDENTES BANCÁRIOS, NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO". ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INEXISTÊNCIA. INICIATIVA LEGISLATIVA DE VEREADOR. POSSIBILIDADE. INICIATIVA CONCORRENTE ENTRE OS PODERES EXECUTIVO E O LEGISLATIVO QUE SÃO A REGRA GERAL. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES DO ARTIGO 47 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CAUSA DE PEDIR ABERTA QUE, NO ENTANTO, PERMITE A ANÁLISE DA (IN)

Acesso ao Sumário

CONSTITUCIONALIDADE SOB OUTROS FUNDAMENTOS. DIREITO CONSUMERISTA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE UNIÃO E ESTADOS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL QUE SE MOSTRA LIMITADA AO INTERESSE LOCAL. EXTRAPOLAÇÃO NA HIPÓTESE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 24, INCISOS I E II E 30, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICÁVEIS POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. DESNECESSIDADE DA INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO. NORMA QUE NÃO CRIA OU MAJORA DESPESAS.

A Lei Municipal impugnada, embora não trate de questão cuja iniciativa seja privativa do Poder Executivo, extrapola o interesse local expressamente indicado no artigo 30, inciso I, da Constituição Federal. Ao cuidar de matéria consumerista – cuja competência é concorrente da União e do Estado, e apenas de forma suplementar, do Município –, o legislador local disciplinou matéria de interesse e abrangência nacional, sem qualquer peculiaridade local que a justificasse, extrapolando sua competência legislativa. A norma, por outro lado, não criou ou majorou despesas públicas, razão pela qual, dispensada a indicação de fonte de custeio.

AÇÃO PROCEDENTE, NOS TERMOS DO ACÓRDÃO.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade deduzida pela **PREFEITA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO** para impugnar a Lei nº 13.757, de 13 de abril de 2016, que *"Dispõe sobre a proibição do uso de papel térmico na impressão de documentos emitidos aos consumidores por instituições bancárias, financeiras e correspondentes bancários no âmbito do Município"*. Alegou como vulneradas a Separação dos Poderes e o aumento de despesas sem previsão de fonte de custeio. Indicou como parâmetros de constitucionalidade os artigos 5º, 25, 37, 47, incisos II e III, 144 e 176, inciso I, todos da Constituição Bandeirante e que seriam violados pela norma em cotejo.

A liminar foi deferida (fls. 28/29).

A Procuradoria Geral do Estado manifestou seu desinteresse na defesa do

Acesso ao Sumário

ato (fls. 38/39).

A Câmara Municipal prestou as informações (fls. 44/46).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, pela improcedência da ação (fls. 49/56).

É o relatório.

Ação direta promovida pela Prefeita do Município de Ribeirão Preto em que alega que a Lei Municipal nº 13.757, de 13 de abril de 2016, de autoria parlamentar, traz a necessidade de fiscalização de sua aplicação, criando, destarte, despesas a serem suportadas pela Administração Municipal. Destaca a aposição de veto total ao projeto, que, derrubado, acabou resultando na aprovação pela Câmara. Reitera o argumento de invasão da esfera de competência privativa do Poder Executivo, relativa ao planejamento, regulamentação e gerenciamento dos serviços e programas públicos municipais. Assevera que a lei cria obrigações para o Poder Executivo, pois impõe a ele o dever de regulamentá-la e, ao fazê-lo, resultaria inafastável a necessidade de atribuição a órgãos municipais do dever de fiscalização. Insiste em que a Câmara deve legislar de forma genérica e abstrata e não de forma concreta e específica, como na hipótese, em que se busca administrar por meio de lei. Alega haver, ainda, afronta ao princípio da Separação de Poderes e ao artigo 5º, da Constituição Estadual. Vislumbra, também, a ausência de indicação dos recursos orçamentários para atenderem as novas despesas (artigos 25 e 176, inciso I, da Constituição Estadual). Ao final, propugna pela declaração de inconstitucionalidade por violação aos artigos 5º, 25, 37, 47, incisos II e III, 144 e 176, inciso I, todos da Constituição Estadual.

A Lei Municipal nº 13.757, de 13 de abril de 2016, objeto desta ADI, tem a seguinte redação:

> *"DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE PAPEL TÉRMICO NA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS EMITIDOS AOS CONSUMIDORES POR INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS, FINANCEIRAS E CORRESPONDENTES BANCÁRIOS, NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO.*
>
> *Faço saber que a Câmara Municipal de Ribeirão Preto rejeitou em sessão ordinária realizada no dia 12/04/2016, o Veto Total ao Projeto de Lei nº 970/2015, e eu, Walter Gomes, Presidente, nos termos do Artigo 44, Parágrafo 6º, da Lei Orgânica do Município de Ribeirão Preto, promulgo a seguinte Lei:*
>
> *Artigo 1º – Fica proibida, no âmbito do Município de Ribeirão Preto, a impressão em papel térmico, por instituições bancárias, financeiras e correspondentes bancários, de recibos, comprovantes, notas fiscais, cupons fiscais e outros documentos emitidos para o consumidor.*
>
> *Artigo 2º – O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 dias.*
>
> *Artigo 3º – O descumprimento do disposto nesta lei sujeitará o infrator*

Acesso ao Sumário

às penas previstas nos artigos 56 a 60 da Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências".

A norma impugnada, que trata da questão de proteção ao consumidor, diferentemente do que pugna a inicial, não está dentre aquelas de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Destaque-se, por imperioso, que a regra geral acerca da competência de iniciativa legislativa é a da competência concorrente, ou seja, tanto o Executivo, quanto o Legislativo, podem dar início aos projetos normativos. A competência privativa ou exclusiva, por sua vez, é a exceção e, como tal, deve ser tratada de forma restritiva.

Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 31.ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 766, leciona a respeito das atribuições do Prefeito, que acarretam a iniciativa privativa:

"A administração municipal é dirigida pelo Prefeito, que, unipessoalmente, como Chefe do Executivo local, comanda, supervisiona e coordena os serviços de peculiar interesse do Município, auxiliado por Secretários Municipais ou Diretores de Departamento, conforme a organização da Prefeitura e a maior ou menor desconcentração de suas atividades, sendo permitida, ainda, a criação das autarquias e empresas estatais, visando à descentralização administrativa".

E, também, na obra Direito Municipal Brasileiro, cit, p. 541:

"Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre matéria financeira; criem cargos, funções ou empregos; fixem ou aumentem vencimentos ou vantagens de servidores, ou disponham sobre o seu regime funcional; criem ou aumentem despesas, ou reduzam a receita municipal".

Ademais, o artigo 47 da Constituição Estadual, ao tratar da competência privativa do Governador do Estado não traz em seu rol qualquer tópico relativo ao direito consumerista.

Acesso ao Sumário

Destarte, de rigor o reconhecimento de que a Lei Municipal impugnada não viola o princípio da Separação de Poderes, pois tanto o Legislativo quanto o Executivo podem deflagrar o processo legislativo, pois a iniciativa não é exclusiva de nenhum deles. Destarte, não há a mencionada afronta ao disposto nos artigos 5º, 37 ou 47 da Constituição Estadual.

De se ter presente, no entanto, que a ação direta de inconstitucionalidade é processo em que a causa de pedir é aberta, permitindo ao juiz apreciar a (in) constitucionalidade de determinada norma ou dispositivo, não apenas sob o prisma da causa de pedir veiculada na inicial, mas à luz da afronta de qualquer dispositivo constitucional pertinente.

Com esse entendimento, julgados desta Corte de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL – PROCESSO OBJETIVO – CAUSA DE PEDIR ABERTA – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR FUNDAMENTOS E DISPOSITIVOS NÃO IMPUGNADOS EXPRESSAMENTE NA INICIAL – COGNIÇÃO AMPLA. DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO 'SOB SEU CONTROLE ACIONÁRIO' CONSTANTE NA PARTE FINAL DO § 2º, DO ART. 203, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CONCHAL – SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO A SER PRESTADO DIRETAMENTE PELO MUNICÍPIO OU POR CONCESSIONÁRIA SOB SEU CONTROLE ACIONÁRIO – EXPRESSÃO CONTIDA NO DISPOSITIVO MUNICIPAL IMPUGNADO QUE REPETE A REDAÇÃO DO § 2º, DO ARTIGO 216, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO IMPROCEDENTE" (ADI nº 2086161-23.2016.8.26.0000, rel. Des. Ferraz de Arruda, j. em 24.08.2016);

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9.444, de 12 de dezembro de 2012) do Município de Santo André. Norma que insere a optometria no quadro dos serviços de saúde, assistência médica e congêneres tributados pelo ISS – Imposto sobre serviços. Projeto de lei de autoria de Vereador. Causa de pedir aberta. Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamento não apontado na petição inicial. Inconstitucionalidade material. Usurpação de competência privativa da União (art. 156, III da Constituição da República). Afronta ao princípio federativo. Ofensa aos artigos 1º e 144 da Constituição Estadual. Procedência da ação" (ADI nº 0065039-90.2013.8.26.0000, rel. Des. Kiostsi Chicuta, j. em 14.08.2013);

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal que dispõe sobre a destinação de resíduos contaminados com óleos. Projeto de iniciativa de vereador. Alegação de inépcia da petição inicial por indicar que o diploma viola dispositivos da Constituição Federal. Inocorrência. Causa de pedir aberta possibilitando o exame, pelo Tribunal, de violação diversa da alegada. Diploma que dispõe sobre matéria de interesse local, mas impõe atribuições à administração pública, Iniciativa exclusiva do Prefeito Municipal. Violação dos arts. 5º, 24, 47, II e 144 da CE. Ação procedente" (ADI nº 0023640-86.2010.8.26.0000, rel. Des. Boris Kauffmann, j. em 20.04.2011).

Na hipótese, há inconstitucionalidade formal da lei objeto da ação, sob o prisma daquilo que dispõem os incisos do artigo 24 da Constituição Federal e do artigo 144 da Constituição Estadual:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V – produção e consumo;

(...)

Acesso ao Sumário

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".

"Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

A competência, pois, para tratar da questão jurídica trazida à baila é concorrente entre a União e os Estados, estes, de forma meramente suplementar. Aos Municípios, por sua vez, resta apenas a competência legislativa residual e esta que deve estar adstrita ao interesse local, descrito nos incisos I e II, do artigo 30 da Constituição Federal:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber".

A respeito do tema, José Afonso da Silva esclarece:

"3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR. A Constituição não inseriu os Municípios no campo da legislação concorrente estabelecida no artigo 24, em cujos parágrafos normatiza sobre a relação entre normas gerais e legislação suplementar. No entanto, admite, no inciso II, do artigo 30, a competência municipal para legislar suplementarmente à legislação federal e estadual, no que couber. É certo que o art. 24 não comporta legislação suplementar à legislação estadual, porque aí a suplementação é exclusivamente em face de norma geral federal. É certo também que nem toda matéria prevista no art. 24 tolera interferência municipal, para que se pudesse inserir os Municípios lá, juntamente com Estados e Distrito Federal. Mas em matéria de educação, cultura, ensino e desporto, assim como nas hipóteses de defesa do meio ambiente, é viável a suplementação municipal de legislação federal como de legislação estadual. Em síntese, a competência suplementar do Município só pode verificar-se em torno de assuntos que sejam também de interesse local, além de sua dimensão federal ou estadual" (*in Comentário Contextual à Constituição*, 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 314).

Pedro Lenza acrescenta:

Acesso ao Sumário

"interesse local: art. 30, I – o interesse local diz respeito às peculiaridades e necessidades ínsitas à localidade. Michel Temer observa que a expressão interesse local, doutrinariamente, assume o mesmo significado da expressão peculiar interesse, expressa na Constituição de 1967. E completa: 'Peculiar interesse significa interesse predominante';

Suplementar: art. 30, II – estabelece competir aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. 'No que couber' norteia a atuação municipal, balizando-a dentro do interesse local. Observar ainda que tal competência se aplica, também, às matérias do art. 24, suplementando as normas gerais e específicas, juntamente com outras que digam respeito ao peculiar interesse daquela localidade" (*in Direito Constitucional Esquematizado*, 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316);

Na hipótese, como já se destacou, a Lei Municipal proíbe a emissão, por estabelecimentos bancários, instituições financeiras e correspondentes bancários, de documentos destinados ao consumidor, como recibos, comprovantes, notas fiscais, cupons fiscais e outros, em papel termossensível – ou "papel térmico", como preferiu o legislador de Ribeirão Preto. E, em que pese a louvável intenção do legislador de proteger o consumidor desses serviços, não se vê, de qualquer forma, a preponderância do interesse local, que autorizaria o Município a legislar a respeito.

Note-se que a questão tem abrangência nacional e não pode ser tratada de forma diferente em cada um dos Municípios, embora diante da ausência da regulamentação da matéria pela União, possam os Estados legislar a respeito.

Neste prisma, o Estado de São Paulo, ao menos quanto aos recibos emitidos pelos caixas eletrônicos, tratou da matéria de forma mais genérica, na Lei nº 13.551, de 02 de junho de 2009:

"LEI Nº 13.551, DE 02 DE JUNHO DE 2009.

Dispõe sobre a qualidade dos comprovantes de pagamentos emitidos em caixas eletrônicos de bancos estabelecidos no Estado.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º – Os bancos estabelecidos no Estado ficam obrigados a alterar a qualidade do papel de impressão de comprovantes de pagamentos emitidos em seus caixas eletrônicos, para que sejam utilizados como demonstrativos de pagamentos de contas de consumo, de impostos e outras comprovações necessárias ao consumidor.

Parágrafo único – Os comprovantes de pagamentos emitidos nos caixas eletrônicos mencionados no artigo 1º deverão conter as especificações das contas de consumo, dos impostos e outras comprovações necessárias ao consumidor.

Artigo 2º – vetado.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único – vetado.

Artigo 3º – vetado:

I – vetado;

II – vetado;

III – vetado.

Artigo 4º – vetado.

Artigo 5º – Os bancos referidos no artigo 1º terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para se adaptar às novas determinações, a contar da data de publicação desta lei.

Artigo 6º – As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias.

Artigo 7º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

De rigor, pois, reconhecer a inconstitucionalidade da lei, em razão do vício formal de incompetência do Município para legislar a respeito da matéria, em afronta ao disposto nos incisos V e VIII, do artigo 24 e incisos I e II, do artigo 30, ambos da Constituição Federal, aplicáveis por força do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual.

No pertinente à alegação de ausência de indicação da fonte de custeio, de rigor ter-se presente que a norma volta-se, não aos entes Municipais, mas sim às Instituições Financeiras. De sua aplicação, não decorre qualquer acréscimo nas despesas do Município, a exigir a indicação de fonte de custeio. Portanto, nenhuma a violação aos artigos 25 e 176, I, da Constituição Estadual.

Todavia, a existência do vício formal apontado, basta à proclamação da inconstitucionalidade.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Ribeirão Preto nº 13.757, de 13 de abril de 2016.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251953-29.2016.8.26.0000, 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 39752)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

DIMAS MASCARETTI (Presidente), SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 5 de abril de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 5.005, de 22 de julho de 2016, que autoriza o Poder Executivo local a firmar convênio com a Associação Paulista de Educação, Cultura e Cidadania. Lei autorizativa ou de delegação que 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. Violação flagrante à separação de Poderes (art. 5º, CE). Inconstitucionalidade declarada neste ponto. Por conseguinte, com a retirada da norma do ordenamento, desnecessária a análise da alegação subsidiária de inconstitucionalidade por falta de previsão orçamentária. Doutrina e jurisprudência (do STF e deste Órgão Especial). AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** proposta pelo PREFEITO MUNICIPAL DE SUZANO em face do PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL daquela localidade, tendo por objeto a edição da Lei Municipal nº 5.005, de 22 de julho de 2016, a qual, proveniente da iniciativa do Legislativo local e após derrubada do veto do Alcaide, autorizou o Poder Executivo Municipal a firmar convênio com a Associação Paulista de Educação, Cultura e Cidadania (APECC), para fins de fomento às atividades culturais, em consonância com a emenda impositiva nº 26/2015.

Alega o autor, em suma, que a lei em tela viola os princípios da harmonia e da separação de Poderes (artigos 5º, 47, inciso II, e 144, todos da Constituição deste Estado), uma vez que seria da competência privativa do Executivo a

definição de planos, projetos ou programas atinentes à gestão da Administração Pública da Edilidade, notadamente quanto à celebração de convênios. Aduz, ainda, que a implementação direta da norma impactaria o orçamento da municipalidade, pois a atuação da Câmara de Vereadores implicou criação de despesa pública desprovida de prévia indicação de fonte de custeio, ao arrepio do artigo 25 da Constituição Estadual.

Deferida a liminar suspensiva da eficácia da lei impugnada (fls. 126/127), o Presidente da Câmara Municipal de Suzano prestou informações (fls. 145/146).

A d. Procuradoria Geral do Estado externou seu desinteresse jurídico por participar neste feito, visto que a defesa do ato impugnado seria de interesse exclusivamente local (fls. 137/138).

A seu turno, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou fosse julgada procedente a demanda (fls. 195/213).

É O RELATÓRIO.

A presente demanda traz questionamento quanto à validade constitucional do texto da Lei Municipal nº 5.005, de 22 de julho de 2016, que autorizou o Poder Executivo Municipal a firmar convênio com a Associação Paulista de Educação, Cultura e Cidadania (APECC), para fins de fomento às atividades culturais, em consonância com a emenda impositiva nº 26/2015.

Dispõe a referida lei que:

> *"Art. 1º. Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a firmar convênio com a Associação Paulista de Educação, Cultura e Cidadania – APECC para fins de fomento às atividades culturais em consonância à emenda impositiva nº 26/2015.*
>
> *Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.".*

Inequívoca a violação à Constituição Estadual.

A lei em questão, de iniciativa do próprio legislativo municipal, tem exclusivo escopo autorizativo.

A doutrina costuma questionar a natureza jurídica das chamadas **leis de delegação** ou **autorização**, pelas quais o órgão legislativo habilita ou autoriza o órgão executivo a emanar atos normativos com força de lei.

Está superada a velha doutrina germânica segundo a qual estas leis deveriam ser qualificadas como meramente formais. Elas não continham verdadeiras normas jurídicas, isto é, normas gerais e abstratas, válidas no confronto de todos os sujeitos. Permaneciam com um conteúdo meramente interno, insusceptível de ser invocado perante os juízes e praticamente submetido ao jogo das forças políticas.

O que importa, pelas *leis de autorização*, é saber qual a verdadeira natureza jurídica da autorização. Trata-se de *transferência* de poderes de um órgão para outro? Haverá verdadeira transferência de competências ou apenas

Acesso ao Sumário

uma delegação de matérias?

A delegação é uma *delegação de matérias*, abandonando o parlamento matérias que fazem parte da sua competência reservada à regulamentação do Executivo. O Executivo ao legislar sobre matérias reservadas do parlamento agem em nome próprio.

As leis de autorização têm um caráter *normativo-material*. Não se trata, pois, de simples *"normas sobre a produção jurídica"* ou de normas *"organizatório-competenciais"*. Embora possuam uma força ativa atenuada, pois a sua dinâmica densificadora depende da emanação de decreto legislativo regional *autorizador*, elas contêm ou podem conter disposições de caráter material – inovador ou simplesmente revogatório –, alterando o ordenamento pré-existente. Por outro lado, o caráter de materialidade das leis de autorização conexiona-se com os seus *efeitos externos*, pois a autorização legislativa deve tornar previsível e transparente para o cidadão as hipóteses em que o Governo fará uso da autorização e ainda o conteúdo que, com fundamento na autorização, virão a ter normas autorizadas.

O destinatário das autorizações legislativas é o *Governo*, entendendo-se como o Poder Executivo.

Pontua **Sérgio Resende de Barros** (**Leis autorizativas**. Revista da AJURIS. Ano XXVI. nº 78, junho de 2000, p. 275/279):

"Fixar competência dos Poderes constituídos, determinando-os ou autorizando-os, cabe ao Poder Constituinte no texto da constituição por ele elaborada. A ordem constitucional é que fixa as competências legislativa, executiva e judiciária. Pelo que, se uma lei estabelece o que o Constituinte já estabeleceu, pretendendo determinar ou autorizar um Poder constituído no âmbito de sua competência constitucional, essa lei é inconstitucional. Não é só inócua ou rebarbativa. É inconstitucional, porque estatui o que só o Constituinte pode estatuir, ferindo a constituição por ele estatuída. Ser mera autorização não elide o efeito de dispor, ainda que de forma não determinativa sobre matéria de iniciativa alheia aos parlamentares. Vale dizer, a natureza teleológica da lei o fim: seja determinar, seja autorizar não inibe o vício de iniciativa. A inocuidade da lei não lhe retira a inconstitucionalidade. A iniciativa da lei, mesmo sendo só para autorizar, invade competência constitucional privativa". Segue o autor, demonstrando as incongruências que uma norma dita autorizativa pode acarretar: "De mais a mais, a inconstitucionalidade aqui se traduz em verdadeiros disparates. Veja-se. O poder de autorizar implica o de não autorizar. Ambos são frente e verso da mesma competência. Exemplo: se ex vi do inc. I do art. 51 da Constituição a Câmara dos Deputados pode autorizar o impeachment, óbvio que também pode não autorizar. Do mesmo modo, autorizar convive necessariamente com o não- autorizar no art. 49, II, III, IV

Acesso ao Sumário

in fine, XV, XVI, no art. 52, V, e noutros dispositivos da Constituição Federal. Em suma, toda competência de autorizar implica a de não autorizar. Assim, se a 'lei' pudesse 'autorizar', também poderia 'não autorizar' o Executivo a agir dentro de sua competência constitucional, o que seria um disparate: uma absurda inconstitucionalidade. O disparate cresce quando se pondera que, para o agente público, a autorização constitui um poder-dever, cujo descumprimento o sujeita a penas. Autorizado a tomar providência de interesse público, se não a toma, incorre em falta administrativa e, conforme o caso, em crime de responsabilidade, passível de acarretar perda do cargo. No caso, o cargo de Chefe do Poder Executivo, no qual este participou, pela sanção ou veto, da elaboração da lei em que se fundou a sua própria perda. O que abre válvulas para que, ao fim de uma gestão, surjam leis autorizativas para prejudicar ou 'preparar' a seguinte. Tais dislates, com visíveis invasões de competência, ferem frontalmente a separação de poderes estatuída pela Constituição. Note-se: a afronta à separação de poderes só não existiria se a própria Constituição, como faz nos incisos II e III do art. 49, expressamente arrolasse na competência de um Poder, o Legislativo, o poder de autorizar o outro Poder, o Executivo, a praticar tais ou quais atos determinados. Mas aí a autorização por ser competência exclusiva do Legislativo seria editada por decreto legislativo ou por resolução. Nunca por lei, pois esta passa pela sanção ou veto do Chefe do Executivo e não faz o menor sentido este consentir ou vetar uma autorização a si mesmo, agindo em causa própria. Realmente disparatadas são tais 'leis'. Não é para isso que existem o Legislativo e o Executivo como Poderes do Estado. Nem muito menos a lei como ato complexo cuja produção envolve a manifestação de vontade desses dois Poderes. Cumpre ao Judiciário, enfim, se requerida a sua manifestação, sanar essa inconstitucionalidade flagrante, a dita 'lei autorizativa".

Desse modo, admitir a existência das chamadas *"leis autorizativas"* traria como consequência lógica permitir ao Poder Legislativo desautorizar o Poder Executivo a, até mesmo, praticar atos de administração, criando impasses políticos intoleráveis nos municípios, em prejuízo da população local.

Acesso ao Sumário

Ademais, como já ressaltado por este Órgão Especial, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0198766-82.2012.8.26.0000:

"Na linguagem legislativa autorizar tem o sentido de ordenar, e eventual desatendimento a essa quase imposição poderia, inclusive, ensejar o reconhecimento de uma postura omissiva do administrador por não praticar o ato autorizado. Vasco Della Giustina, ensina 'não ser possível interpretar autorização como mero sinônimo de opção para cumprir ou não a lei, tendo o substantivo o sentido e o alcance de uma determinação ou imposição, não podendo falar-se em lei inócua ou decorativa, ainda que dela não decorrer ônus para o Poder Executivo Municipal." (Rel. **Itamar Gaino** j. em 27.03.2013; Direta de Inconstitucionalidade nº 2013429-78.2015.8.26.0000, Rel. Des.

Márcio Bartoli, j. em 29.04.2015).

Pelo princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, a atuação de toda autoridade pública deve se submeter à **soberania da lei**.

Leia-se em **Gilmar Ferreira Mendes** e **André Rufino do Vale** (**Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244) que: "[...] *a ideia expressa no dispositivo é a de que* ***somente a lei pode criar regras jurídicas (Rechtsgesetze – Leis), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão 'em virtude de lei' na Constituição de 1988. A lei é a regra de direito (Rechtssatz – Sentença Judicial) ou norma jurídica (Rechtsnorm – Estado de Direito) que tem por objeto a condição jurídica dos cidadãos, ou seja, que é capaz de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, criando direitos e obrigações***".

José Afonso da Silva (**Processo Constitucional de Formação das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 25) ensina sobre o conceito de lei: "Emile Bouvier *e* Gaston Jè *estudaram o problema com proficiência; negando o conceito formal de lei, buscam firmar a definição verdadeira de lei. Criticam várias definições. Acham que a lei deve ser definida tendo em vista sua função e seus caracteres, visto que as definições correntes não distinguem a lei pelo seu aspecto funcional; não dizem o que é lei em sentido substancial e independentemente de qualquer forma, ou seja, de qualquer voto das assembleias que se chamam Poder Legislativo.* [...] *Então, estabelecem inicialmente os caracteres da lei para depois formularem o que chamam de verdadeira definição de lei. Esta é um preceito jurídico; é dotada de generalidade, de obrigatoriedade e de permanência ('La loi est permanente tant que les donnés du problème qu'elle régit sont les mêmes'* – tradução livre: "A lei é permanente, desde que os problemas dados que se rege são os mesmos")*; e, finalmente, para extremar a lei do regulamento, do ponto de vista da função, destacam o caráter de originalidade da lei*".

Este Colendo Órgão Especial já deitou vozes sobre o assunto.

Verifica-se em trecho do ven. Acórdão na ADI nº 2137157-59.2015.8.26.0000, pela relatoria do eminente Desembargador **Márcio Bartoli** (j. em 21 de outubro de 2015, V.U.):

"É certo, portanto, que em nosso Estado de Direito exige-se lei, dotada de obrigatoriedade ínsita, para a criação de novos direitos e obrigações no ordenamento jurídico, ainda que tal lei se destine à realização de políticas públicas e à implementação de programas visando à justiça social. No presente caso, contudo, a lei impugnada ***não cria objetivos, diretrizes e parâmetros para***

Acesso ao Sumário

a efetivação de uma política pública, mas sim autoriza, ou delega *ao Poder Executivo a criação do programa de capacitação profissional, de sorte que* ***transferiu o exercício da típica função de inovar no ordenamento jurídico à Administração Municipal, a quem caberá, em verdade****, instituir as regras locais delineadoras da política. Reitera-se que é competência do Poder Legislativo, ao criar a lei, estabelecer os direitos e obrigações inovadores no ordenamento – de forma abstrata porém com caráter de obrigatoriedade – delimitando, assim, o âmbito e os limites a serem observados pelo Poder Executivo no exercício do Poder regulamentar".*

Parece claro que a simples natureza *"autorizativa"* da lei 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 trás a roupagem manifestamente inconstitucional. Confira-se, ainda, a respeito: STF, ADI nº 1136-7, Rel. Min. **Eros Grau**, j. em 16.08.2006.

De rigor, portanto, a declaração de sua invalidade, por violação à separação de poderes prevista no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo.

Posto isso, fenecendo o próprio objeto da lei, não haveria mais razão para analisar-se a alegação subsidiária – atinente a eventuais futuras repercussões orçamentárias decorrentes da implantação da norma. Isso porque, neste julgamento, tal ato normativo vê-se efetivamente retirado do ordenamento jurídico, impossibilitando tenha lugar a suposta produção do prejuízo financeiro à Edilidade.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE A AÇÃO**, para declarar a inconstitucionalidade **da Lei nº 5.005, de 22 de julho de 2016**, do Município de Suzano.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2246496-16.2016.8.26.0000, 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 IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.791)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 5 de abril de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 4.843, de 24 de novembro de 2014, do Município de Suzano, que autoriza o Executivo a instituir, no calendário oficial de eventos no Município de Suzano, a festa social do Divino Espírito Santo, realizada anualmente no final do mês de maio e início do mês de junho, nas dependências da Paróquia Divino Espírito Santo no bairro do Raffo, e dá outras providências. 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. Entendimento no C. Órgão Especial. Ação improcedente.

VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito de Suzano para declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.843, de 24 de novembro de 2014, daquele Município, que *autoriza o Executivo a instituir, no calendário oficial de eventos no Município de Suzano, a festa social do Divino Espírito Santo, realizada anualmente no final do mês de maio e início do mês de junho, nas dependências da Paróquia Divino Espírito Santo no bairro do Raffo, e dá outras providências.*

Aduz tratar-se de legislação que *viola o princípio da separação dos poderes, porquanto trata de assunto de natureza eminentemente administrativa – ato gerencial, ou seja, ato de gestão da coisa pública,* indicando, ainda, violação do artigo 25 da Constituição Estadual.

Indeferida a liminar (págs. 122/124), não houve manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado na *defesa do ato impugnado*, por tratar-se de

Acesso ao Sumário

matéria exclusivamente local (págs. 133/134).

Seguiram-se informações e documentos apresentados pelo Presidente da Câmara Municipal (págs. 138/186), após o que a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (págs. 188/202).

É o relatório.

Observo não pairar dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRFB; art. 144, CE[1]).

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, *o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional*[2].

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 4.843, de 24 de novembro de 2014, do Município de Suzano, ao autorizar *o Executivo a instituir, no calendário oficial de eventos no Município de Suzano, a festa social do Divino Espírito Santo, realizada anualmente no final do mês de maio e início do mês de junho, nas dependências da Paróquia Divino Espírito Santo no bairro do Raffo,* assim dispôs:

> **Art. 1º.** Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, no âmbito do Município de Suzano, a "Festa do Divino Espírito Santo", que acontecerá anualmente nas dependências da Paróquia do Divino Espírito Santo (sito a rua Sebastian Rosel Garcia, 175 – Bairro do Raffo) no final do mês de maio e início do mês de junho.
>
> **Art. 2º.** As despesas decorrentes da presente lei serão custeadas pelas verbas próprias do orçamento vigente.
>
> **Art. 3º.** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e revoga as disposições em contrário.

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.**

A lei vem de iniciativa parlamentar, com veto total pelo Prefeito de Suzano, veto, no entanto, rejeitado pela Câmara Municipal.

Vislumbrou o Prefeito Municipal inconstitucionalidade da norma, porquanto, como susteve, viola o princípio da separação dos poderes, ao tratar *de assunto de natureza eminentemente administrativa – ato gerencial, ou seja, ato de gestão da coisa pública*, indicando, ainda, violação do artigo 25 da Constituição Estadual.

Antes do mais, afasto denúncia de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica Municipal e da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois *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 de controle de constitucionalidade.

Isso realçado, respeitados os entendimentos do autor e do representante da D. Procuradoria Geral de Justiça, entendo inexistentes os vícios constitucionais indicados na petição inicial.

Como referi por ocasião da decisão em que indeferi a medida liminar (págs. 122/124), não se vê *invasão de competência normativa do Poder Executivo*, porquanto, *autorizada a instituição da nominada festa social do Divino Espírito Santo no calendário de eventos de Suzano, a legislação impugnada não vai além de fixar o local e época do ano para sua realização*[5], *sem fixar quaisquer outras incumbências à Administração e seus servidores*, 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, realcei *ter a Constituição do Estado adotado regra de ser concorrente a iniciativa do processo legislativo (art. 24), ressalvando no*

Acesso ao Sumário

4 **Comentários à Constituição do Brasil, coordenação científica de J.J. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET E LENIO LUIZ STRECK, Ed. Saraiva, 5ª tiragem, 2014, 1.513.**

5 ***Art. 1º – Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, no âmbito do Município de Suzano, a "Festa do Divino Espírito Santo", que acontecerá anualmente nas dependências da Paróquia do Divino Espírito Santo (sito a rua Sebastian Rosel Garcia, 175 – Bairro do Raffo) no final do mês de maio e início do mês de junho.***

§ 2º do mencionado dispositivo[6]*, e, ainda, no artigo 174*[7]*, as hipóteses de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo, a serem interpretadas de forma restrita*[8].

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 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*[9].

Em remate, anoto estar o entendimento aqui lançado em harmonia com recentes decisões colhidas neste C. Órgão Especial:

> *DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal n.º 5.501 de 10 de dezembro de 2013, que "Inclui no calendário oficial municipal de eventos o 'Leilão de Gado' promovido anualmente pela APAE de Catanduva e dá outras providências". Ausência de vício formal de inconstitucionalidade por usurpação de competência e de ofensa ao princípio de separação de poderes. Lei municipal que trata de matéria*

6 ***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.***

7 ***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.***

8 ***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.**

9 **Direito Municipal Brasileiro, 5ª Edição RT, 1985, pág. 446.**

correlata. Ausência de aumento de despesas ao erário público. Norma de cunho administrativo em consonância com a Constituição Estadual e Federal. Ação julgada improcedente (ADI 2240512-85.2015, rel. Des. PÉRICLES PIZA, j. 13.04.2016).

Do quanto acima expus, respeitados os fundamentos e argumentos do autor, assim como os lançados pelo D. Procurador de Justiça oficiante, 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 4.843, de 24 de novembro de 2014, do Município de Suzano.

Pelo meu voto, **JULGO IMPROCEDENTE** esta ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2237020-51.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JACAREÍ e PREFEITO MUNICIPAL DE JACAREÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.041)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 5 de abril de 2017.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE

Alegação preliminar de que o percentual de cargos em comissão efetivamente preenchidos por servidores

Acesso ao Sumário

efetivos não altera a inconstitucionalidade arguida.

Preliminar se confunde com o mérito, e com ele analisado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Jacareí. Art. 53 da Lei Municipal nº 5.498, de 07 de julho de 2010, fixando percentual mínimo de 5% dos cargos em comissão, na estrutura administrativa direta e indireta, a serem preenchidos por servidores efetivos.

(a) Percentual desproporcional e atentatório à regra do concurso público e aos princípios da legalidade e moralidade. Violação aos arts. 111 e 115, inciso V da CE.

(b) Modulação dos efeitos. 180 dias contados da data do julgamento (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Persistindo a omissão, após o prazo estabelecido, o percentual será fixado em 50%.

Ação procedente.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto o **art. 53 da Lei Municipal nº 5.498, de 07.07.10**, do Município de Jacareí, fixando em 5% o percentual de cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos.

Sustentou, em resumo, a violação aos arts. 111 e 115, inciso V da CE. Ínfimo o percentual fixado. Diminutos os postos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira. Afrontadas a razoabilidade, proporcionalidade e a moralidade. Inequívoca a burla à excepcionalidade do provimento em comissão quando do preenchimento dos postos na estrutura da Administração. Mencionou jurisprudência. Daí a liminar e declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/11).

Indeferida a liminar (fls. 187), declinou de sua intervenção o d. Procurador Geral do Estado (fls. 199/200). Vieram informações da Câmara Municipal (fls. 204/211) e da Prefeitura Municipal (fls. 218/223). Opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 226/238).

É o relatório.

2. a) Quanto à preliminar.

A douta Procuradoria arguiu em preliminar que *"a proporção dos cargos efetivamente ocupados por servidores de carreira não altera a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado nesta ação."* (fls. 228/229).

Acesso ao Sumário

Isso porque, segundo informações prestadas pelo Prefeito Municipal, embora fixado o percentual de 5% dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, atualmente, dos 326 cargos em comissão, 81 estão ocupados por servidores efetivos, o que corresponde ao percentual de 25%.

De fato, impugna-se o percentual mínimo fixado de 5%. Esse o percentual a ser considerado.

Preliminar, no caso, se confunde com o mérito e com ele será analisado.

b) Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador-Geral de Justiça tendo por objeto o **art. 53 da Lei Municipal nº 5.498, de 07 de julho de 2010**, do **Munícipio de Jacareí**, fixando percentual de 5% (cinco por cento) dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos na administração direta e indireta.

Combate-se o caráter ínfimo do percentual fixado, e a consequente violação aos arts. 111 e 115, V, da Constituição Estadual.

Com razão.

Este **Eg. Órgão Especial** já enfrentou a matéria anteriormente (ADIn nº 2.002.645-08.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 30.06.16 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**), tendo afirmado, com base em precedente do **Eg. Supremo Tribunal Federal** (AgRg no RE nº 365.365 – v.u. j. de 29.06.07 – Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**), **a possibilidade** de intervenção do **Poder Judiciário** no quadro de servidores públicos dos Municípios, de modo a assegurar que a criação e provimento de cargos em comissão sejam *"... pautados pelo princípio da razoabilidade enquanto parâmetro de valoração dos atos do Poder Público."*

Ora, se é certo que, por um lado, a **Constituição Estadual** relegou ao **legislador** o poder de regulamentar a proporção de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira *("art. 115, V – os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei"*), também é certo, de outro lado, que tal proporção deve atender aos **princípios** elencados na mesma **Constituição** *("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 e interesse público."*).

Assim, a intervenção do **Poder Judiciário** é admitida justamente para se assegurar que o atendimento ao preceito contido no **art. 115, V**, se dê em **estrita observância** aos princípios consagrados pelo **art. 111**.

Confiram-se as premissas teóricas assentadas por esta **Eg. Corte** no precedente mencionado, nos termos do voto-condutor do Exmo. Des. **RICARDO ANAFE**:

Acesso ao Sumário

"... a discriminação de número exato de cargos comissionados engessaria a Administração Pública, inviabilizando a boa administração e a busca do atendimento eficaz ao direito do cidadão, na medida em que as necessidades dos diversos entes federativos são diferentes, isto é, um Município com maior número de habitantes necessita de maior número de servidores, dos quais mais diretores, chefes e assessores, sendo certo que do total de cargos de direção, chefia e assessoramento deve haver um percentual reservado aos servidores de carreira, estes titulares de cargos efetivos providos por concurso público."

(...)

"Não se olvida que abusos são cometidos na criação de cargos de provimento em comissão pelos Municípios, não somente quanto ao número, mas, também, pela falta de observância dos requisitos constitucionais na criação de cargos públicos; entretanto, não se pode dar tratamento igualitário a situações diferentes, vale dizer, não se pode dar o mesmo tratamento a diferentes Municípios, frente aos seus peculiares interesses, sob pena de rompimento da autonomia Municipal (artigo 144 da Constituição do Estado)."

"A propósito, em relação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a atuação da Administração Pública deve ser adequada, na medida justa, ou seja, tem que ser apropriada às necessidades exigidas pela situação concreta. Em outras palavras, tais princípios exigem um equilíbrio entre os meios empregados e o fim almejado pela Administração Pública para atender aos interesses da sociedade."

"Assim, a reserva de cargos em comissão, em percentual mínimo, aos servidores de carreira, pressupõe um percentual que não pode ser ínfimo e, com isso, distorcer o sentido da norma que estabelece a preferência aos servidores de carreira com o propósito de valorizar a profissionalização no serviço público e a busca da eficiência."

"Nesta linha de raciocínio, um quadro que possui um grande número de cargos em comissão, quando comparado com os servidores efetivos, em princípio, representa excesso, ou, esses servidores desempenham funções inerentes aos cargos efetivos, confirmando o desvio de função, o que é mais grave, tendo em vista a afronta à regra do concurso público."

"Apesar destes atos serem praticados no âmbito da competência discricionária do administrador público, não há nenhum obstáculo para que sofram intervenção do Poder Judiciário, inclusive quanto ao mérito. A criação e provimento de cargos em comissão, assim como todo e qualquer ato administrativo, devem ser pautados pelo princípio

Acesso ao Sumário

da razoabilidade enquanto parâmetro de valoração dos atos do Poder Público."

Uma vez fixadas essas premissas teóricas, este **Eg. Órgão Especial** debruçou-se sobre os dados relativos àquele caso concreto, concluindo que, em face do **universo total** de cargos públicos existentes na Administração Pública do Município de Osvaldo Cruz, o número de cargos comissionados "puros" não ofenderia os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Confira-se:

"... no caso concreto, considerando que na Municipalidade de Osvaldo Cruz, há 966 (novecentos e sessenta e seis) cargos efetivos (fl. 41) e 87 (oitenta e sete) cargos em comissão (fl. 42) e que, destes, 15% (quinze por cento) devem ser preenchidos por servidores de carreira, nos termos da lei municipal ora impugnada, não se verifica infringência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no patamar fixado."

É interessante notar que esta **C. Corte não** se limitou a avaliar a razoabilidade, **em tese**, do percentual fixado pela lei local para os cargos em comissão a serem preenchidos por servidores titulares de cargos efetivos.

Em vez disso, houve por bem examinar todas as **informações de fato** trazidas aos autos – máxime o número total de servidores efetivos existentes em Osvaldo Cruz –, levando em conta, pois, o **amplo contexto fático** relativo ao **funcionalismo público** do Poder Executivo Municipal.

Salutar a medida adotada. A exegese da norma impugnada deve, com efeito, ser feita mediante a **prudente ponderação** de todos os **dados concretos** narrados nos autos.

Nesse sentido, o magistério de **EROS ROBERTO GRAU**:

*"... a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), **mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)**. Note-se bem que, **ao interpretar os textos normativos, o intérprete toma como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá**. Além disso, os fatos, elementos do caso, hão de ser também interpretados."*

(...)

"Ademais, vimos que interpretar o direito é concretar a lei em cada caso, ou seja, é aplicar a lei [Gadamer 1991:401]; daí dizermos que o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991:397]. Ora, sendo a interpretação, concomitantemente, aplicação do direito, deve ser entendida como produção praticado direito, precisamente como a toma Friedrich Müller

Acesso ao Sumário

[1993:145-146], para quem inexiste tensão entre direito e realidade; não existe um terreno composto de elementos normativos, de um lado, e de elementos reais ou empíricos, do outro. Por isso a articulação ser e dever-ser (a relação norma-fato) é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática, e, por consequência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição."

"Isso significa – como linhas acima anotei – que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)."

(...)

"O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen [1979:467], é o fato de a moldura da norma ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. ***O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados, ao empreender a produção prática do direito****."* ("Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito" – Ed. Malheiros – 2009 – pp. 88/89 e 97/98).

Sendo assim, mostra-se **recomendável**, para o exame do presente feito, a adoção da metodologia utilizada por este **Eg. Órgão Especial** no caso do Município de Osvaldo Cruz (ADIn nº 2.002.645-08.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 30.06.16 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**), segundo a qual **(1)** compete ao **Poder Judiciário** averiguar a compatibilidade entre o número de cargos em comissão de um dado ente público e os **princípios da razoabilidade** e **proporcionalidade**, de modo a resguardar o interesse público; e **(2)** tal mister deve ser desenvolvido levando-se em conta os **dados concretos** do caso, notadamente o **universo total** de funcionários públicos e as **peculiaridades** do Município.

Nesse sentido, julgamento da ADIn nº 2.036.734-57.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 26.10.16 – Rel. Des. **ARANTES THEODORO**, em que restou assentada a constitucionalidade do percentual de **5%** de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, estipulado pela **Lei Complementar nº 11/1991**, do Município de Marília. A decisão, considerando razoável o referido percentual, foi proferida à luz das **circunstâncias específicas** daquele caso, tendo o Exmo. Relator ressaltado que a determinação contida no **art. 115, V**, da **Constituição Estadual** *"há de levar em conta as peculiaridades da localidade"*.

Acesso ao Sumário

E, à luz dos elementos de convicção trazidos aos autos, de rigor concluir pela **violação** aos princípios da **proporcionalidade**, **razoabilidade** e **legalidade** no caso concreto.

Consoante informações prestadas pelo Prefeito Municipal existem, no âmbito do Poder Executivo, **7.177** cargos efetivos e **326** cargos em comissão (fls. 222).

Assim, admitindo-se a validade do **diminuto** índice de **5%** estabelecido pela lei local – correspondente a apenas **16** dos **326** cargos em comissão –, ter-se-ia um total de **310 cargos comissionados puros**.

Como facilmente se percebe, o número se revela **irrisório** e claramente **atentatório** à regra do **concurso público** e aos princípios da **legalidade** e **moralidade**.

Ademais, segundo consta, atualmente **81** cargos em comissão dos **326** existentes estão ocupados por **servidores efetivos**, o que corresponde ao percentual aproximado de **25%** (fls. 222). Situação demonstra a desproporcionalidade do percentual fixado. E mais, a própria Municipalidade reconhece a necessidade de número maior de efetivos ocupando cargos em comissão no âmbito de sua administração.

Finalmente, destacam-se recentes julgados deste **Eg. Órgão Especial** concluindo pela **inconstitucionalidade** de percentuais irrisórios – 4% e 5% – de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira:

> *"Ação direta de inconstitucionalidade.* ***Lei Municipal que fixa em quatro-por-cento o percentual mínimo de cargos de provimento em comissão a serem ocupados por servidores de carreira****. A atividade legislativa não poder ser exercida de forma abusiva, ou de modo a tornar inócua previsão constitucional.* ***Normativa que afronta o princípio da razoabilidade****. Concessão de prazo de cento e oitenta dias para edição de nova lei regulamentando a matéria, sob pena de ser aplicado percentual mínimo de cinquenta-por-cento. Pedido julgado procedente."*
>
> (...)
>
> *"Na medida em que cabe a este Órgão Especial, se instado, manifestar-se sobre a constitucionalidade ou não de leis que venham a estipular os casos, as condições e os percentuais mínimos em que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira nos entes públicos,* ***reputo ser possível e recomendável a este Colegiado, em atenção ao princípio constitucional da razoabilidade, o qual deve nortear a atividade legislativa, definir o que se pode considerar como percentual mínimo razoável no âmbito do inciso V do artigo 115 da Constituição Bandeirante sem, com isso, macular a discricionariedade atribuída ao Poder Legislativo pois, consoante destacado pelo Supremo***

Acesso ao Sumário

Tribunal Federal, não dispõe este de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção."

"*... tendo a normativa ora em análise fixado o percentual de quatro-por-cento, evidente que esta não observou o necessário coeficiente de razoabilidade, razão pela qual deve ser reconhecida sua inconstitucionalidade.*" (grifei – ADIn nº 2.111.908-72.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

"*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.*" (grifei – ADIn nº 2.036.862-77.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **SÉRGIO RUI**).

Em suma, de rigor concluir pela **procedência** da presente ação.

c) Quanto à modulação

Em razão da natureza da matéria em análise, de rigor a **retroação** dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, a partir do início de sua vigência – efeito *ex tunc*.

Com isso, **retorna-se** ao estado de **omissão legislativa** no Município de Jacareí.

Dessa forma, na linha do que vem decidindo este **Eg. Órgão Especial** (a exemplo da já mencionada ADIn nº 2.111.908-72.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**), impende fixar-se o **prazo de 180 (dias)**, contados da data do julgamento, para a edição de nova lei disciplinando

Acesso ao Sumário

a matéria. Caso seja mantida a omissão legislativa além do prazo fixado, fica estabelecido o percentual mínimo de **50% (cinquenta por cento)** para o preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos.

Essa a orientação pacífica deste **Eg. Órgão Especial** em casos análogos (ADIn nº 0.187.539-61.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 02.04.14 – Rel. Des. **ANTONIO VILENILSON** e ADIn nº 2.030.082-92.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 30.07.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**, ADIn nº 2.038.641-67.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 03.08.16 – Rel. Des. **MOACIR PERES**; ADIn nº 2.127.177-54.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **FRANCISCO CASCONI**; ADIn nº 2.100.853-27.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**, dentre inúmeros outros arestos).

Evidenciada a afronta do dispositivo municipal aos **arts. 111 e 115, V, da Constituição Estadual**.

Daí a procedência da ação para declarar a **inconstitucionalidade do art. 53 da Lei nº 5.498, de 07 de julho de 2010, do Município de Jacareí**.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente a ação, com modulação.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2257887-65.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.996)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS,

Acesso ao Sumário

MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 5 de abril de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Agravo regimental. Despacho que concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei de iniciativa parlamentar que acrescentou disposição a diploma que versa sobre *"regularização de loteamentos de chácaras implantados de forma clandestina"*, isso de modo a obrigar a Administração a fornecer autorização para que as concessionárias procedam à ligação de água e energia elétrica e, ao lado disso, obrigar essas empresas a proceder àquela ligação. Quadro que confirma o cabimento da liminar. Agravo regimental improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo regimental tirado contra decisão que concedeu liminar em autos de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei n.º 8.447, de 14 de outubro de 2016, do Município de Franca, de iniciativa parlamentar, que acrescentou alínea ao artigo 16 da Lei n.º 7.335/2009, que *"disciplina o procedimento de regularização de loteamentos de chácaras implantados de forma clandestina"*.

O recorrente afirma que não estavam presentes os requisitos da tutela de urgência, eis que a lei alterada vigora desde 2009 e os vários atos jurídicos sob ela praticados se encontram perfeitos e acabados.

Ao lado disso o agravante salienta que, ademais, a lei ora impugnada não versa sobre direito urbanístico, mas direito do consumidor, eis que tem por finalidade disponibilizar serviços essenciais, não se lhe aplicando, destarte, as exigências formais indicadas pelo autor.

Assim, o recorrente assevera que não estava presente a fumaça do bom direito, nem o risco da demora a justificar a concessão de liminar.

O Prefeito do Município de Franca se manifestou pelo não provimento.

A decisão foi mantida e os autos então enviados à mesa.

É o relatório.

A propositura se volta contra a Lei n.º 8.447/2016 do Município de Franca, de iniciativa parlamentar, que acrescentou alínea a um dos incisos do artigo 16 da Lei n.º 7.335/2009, diploma esse que *"disciplina o procedimento de*

Acesso ao Sumário

regularização de loteamentos de chácaras implantados de forma clandestina".

Segundo o novel dispositivo, a Administração municipal ficou obrigada a fornecer aos proprietários de áreas em loteamentos clandestinos autorização para que as concessionárias procedam à ligação de água e energia elétrica.

O autor alegou que o referido diploma feriu os artigos 1º, 2º, 47 incisos II e XIV, 144 e 181 § 1º da Constituição paulista, já que invadiu esfera de competência exclusiva do chefe do Executivo ao tratar de matéria atinente à gestão da cidade, não tendo contado, ademais, com a necessária participação popular, o que era obrigatório por se tratar de tema urbanístico.

O relator considerou que, *"à parte aprofundado exame valorativo, mostram-se relevantes e razoáveis os argumentos expostos na petição inicial, quadro que justifica suspender liminarmente os efeitos da lei aqui impugnada, o que agora ocorre, isso de modo a evitar o risco de lesão de difícil ou improvável reversão"*.

Pois as ponderações aqui externadas pelo recorrente não infirmam aquela conclusão.

Primeiro porque a particularidade de a Lei n.º 7.335 estar em vigor desde 2009 mostrava-se irrelevante.

Afinal, a propositura não se voltava contra aquele diploma, mas contra o que lhe acrescentou o dispositivo impugnado pelo autor, isto é, a Lei n.º 8.447, de 14 de outubro de 2016, portanto editada apenas dois meses antes dessa propositura.

Não tem sentido, destarte, a assertiva de que ante a passagem de longo período de tempo já não havia risco de lesão atual.

Segundo porque, à parte a alegação de que o referido diploma versou sobre direito do consumidor, não estando por isso sujeito ao regime de participação popular, nem à competência privativa do Prefeito, o fato é que ele impôs à Administração municipal a obrigação de autorizar ligação de água e energia, tema sobre o qual "prima facie" incidia a reserva competência conferida ao Prefeito.

De mais a mais, o aludido diploma carreou obrigação também às empresas privadas concessionárias de serviços públicos, isso na medida em que mandou que à vista daquela autorização elas procedessem à *"efetivação dos serviços"*.

Forçoso reconhecer, pois, que tal quadro sugeria haver efetiva desconformidade com a disciplina constitucional, o que autorizava reputar presente o risco de lesão injusta consequente à permanência do referido diploma.

Ora, o risco atual de lesão injusta autorizava a concessão da liminar destinada a suspender os efeitos do citado diploma legal, isto é, enquanto não viesse a ocorrer o exame de mérito, exatamente como decidiu o relator.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, pois, não se justifica a postulada reforma daquela decisão.

Por isso, nega-se provimento ao recurso.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0062058-83.2016.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª 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 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. SALLES ROSSI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.193)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, 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, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Ação de usucapião de bem imóvel – Segundo o laudo pericial, o imóvel usucapiendo está inserido em grande parte, em área de sistema de recreio (área verde), pertencente ao Município de Biritiba Mirim – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 8ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu

Acesso ao Sumário

do recurso – Autos redistribuídos a 12ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente à usucapião de bem imóvel, independentemente da alegação ou comprovação de se tratar de bem público – Matéria de competência recursal da 8ª 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 8ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta por Joanice Maria da Silva Souza e outra contra decisão que, em ação de usucapião, julgou improcedente o pedido e condenou as autoras em verba honorária (fl. 321/324).

Os autos foram distribuídos à Colenda 8ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público (fl. 366/367).

Redistribuídos os autos, a Colenda 12ª Câmara de Direito Público igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 374/379).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 8ª Câmara de Direito Privado para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 393/398).

É o relatório.

2. Joanice Maria da Silva Souza e Edite Ferreira da Silva movem ação de usucapião extraordinária, objetivando lhes seja declarado o domínio sobre uma gleba de terras localizada na Estrada Municipal do Sogo, Km 5, Sítio São Jorge, Bairro Sertãozinho, Biritiba Mirim, descrita na inicial.

Julgado improcedente o pedido (fl. 321/324), insurgem-se as autoras interpondo a Apelação Cível nº 0026970-12.2009.8.26.0361 (fl. 326/332).

Os autos foram distribuídos ao Relator Desembargador Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, com assento na Colenda 8ª 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. 365/367). Redistribuídos os autos ao Relator Desembargador Edson Ferreira, com assento na Colenda 12ª Câmara de Direito Público, igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 374/379).

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.15 Ações de usucapião de bem imóvel;

(...)

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 diz respeito à usucapião de bem imóvel que, segundo alegado pelo Município de Biritiba Mirim, em contestação, "as áreas pretendidas pelas autoras, fazem parte, em área maior, da área institucional de 31.941,00 m2 'área de Sistema de Recreio – Área Verde' reservada no Loteamento Chácaras São Jorge, ao Município Contestante, sendo assim, integrante do Patrimônio Público Municipal, conforme consta do R.5/feito na matrícula nº 3.861, do 2º Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, e nas inclusas plantas daquele loteamento", concluindo o laudo pericial que "o imóvel usucapiendo, está inserida grande parte na área de sistema de recreio (área verde), parte da área 01 na quadra 06 e parte da área 02 na quadra 03, e ainda parte da viela traçada na planta de loteamento" (fl. 283). Dessa forma, a ação de usucapião visa a obtenção da propriedade do imóvel objeto, cujo exame perpassa pela natureza do bem e, se é suscetível ou não desse modo privado de aquisição da propriedade. Essa é a causa de pedir da ação.

Sobre o tema, confiram-se os julgados deste Colendo Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recurso de apelação interposto em ação de usucapião – Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP, sendo irrelevante a apresentação de fatos modificativos do direito do autor pelo réu – Alegação da

Acesso ao Sumário

Municipalidade de que o imóvel usucapiendo situa-se em área de preservação permanente e é fruto de parcelamento ilegal do solo, portanto, que não tem o condão de alterar a competência para apreciação da questão posta nos autos – Solução da controvérsia, destarte, que se insere apenas pelo exame da viabilidade da arguição de prescrição aquisitiva da área, sem qualquer reflexo em questões ambientais – Precedentes desta Corte – Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 5º, inciso I, item I.15, da Resolução nº 623, de 6/11/2013, deste Tribunal de Justiça – Conflito conhecido e provido para fixar a competência da suscitada 2ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso." (Conflito de Competência nº 0016884-85.2015.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 27/05/2015).

"Conflito de competência. Ação de usucapião. Inexistência de registro atualizado. Imóvel objeto de concessão de direito real de uso. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 10ª Câmara de Direito Privado, da 1ª Subseção de Direito Privado (DP-1)." (Conflito de Competência nº 0057148-47.2015.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 27/04/2016).

"EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO EM AÇÃO DE USUCAPIÃO – ALEGAÇÃO DE INTERESSE DA FAZENDA PORQUE O IMÓVEL USUCAPIENDO ENCONTRA-SE EM TERRAS DEVOLUTAS – COMPETÊNCIA FIXADA EM RAZÃO DA MATÉRIA, INDEPENDENTE DA QUALIDADE DAS PARTES – APLICAÇÃO DO ARTIGO 103 DO REGIMENTO INTERNO, DO PROVIMENTO Nº 63/2004 E DA RESOLUÇÃO 194/2004, DESTE TRIBUNAL – PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA SUSCITADA 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO PARA JULGAR E PROCESSAR O PRESENTE RECURSO." (Conflito de Competência nº 0036241-51.2015.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. 16/09/2015).

Vê-se, assim, que incide na hipótese a regra prevista no artigo 5º, inciso I.15, da Resolução nº 623/2013, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que atribui às 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para o conhecimento e julgamento das ações de usucapião de bens imóveis.

Nesse passo, aplicada a regra de competência recursal vigente, resta afastada a competência da Colenda 12ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça e necessariamente fixada a competência da Colenda 8ª

Acesso ao Sumário

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 8ª 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 8ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0066128-46.2016.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª 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 UMA DAS CÂMARAS DA TERCEIRA SUBSEÇÃO 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 34.716)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

PÉRICLES PIZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência. Plano de Previdência Complementar. Matéria afeta à Terceira Subseção de Direito Privado, observada a natureza securitária do contrato, como regra imposta no art. 5, inc. III.8 da R. nº 623/2013 TJSP. Cito precedentes. – Conflito julgado procedente a fim de determinar

a redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado.

VOTO

I – Trata-se de Conflito de Competência interposto em decorrência da interposição do Agravo de Instrumento nº 2094036-15.2014.8.26.0000, no qual a 2ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos para distribuição (cf. fl. 101). Em síntese, o Des. NEVES AMORIM afirmou que *"à suplementação de aposentadoria a ser paga por sociedade de economia mista estão inseridas no rol de competência da Seção de Direito Público, na forma do Provimento nº 63/2004 do Tribunal de Justiça, mantido pelo art. 2º, I, 'a' da Resolução nº 194/2004"* (cf. fl. 104).

Houve redistribuição do feito à 12ª Câmara de Direito Público, a qual *"determinou a suspensão do julgamento deste feito, suscitando incidentalmente Conflito de Competência Negativo, determinando a remessa dos autos ao C. Órgão Especial"* (cf. fl. 116).

Por tais razões o feito foi distribuído a este Relator para apreciação do presente conflito negativo de competência (cf. certidão fl. 132).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela **procedência** do Conflito de Competência para reconhecer a Colenda Terceira Subseção de Direito Privado competente para conhecer, processar e julgar o recurso (cf. fls. 135/141).

É o relatório.

II – Em que pese a r. decisão proferida pela 2ª Câmara de Direito Privado, pelo entendimento que se formou nesta Corte Especial de Justiça, a sua seção compete julgar o presente agravo de instrumento.

Segundo preceitua o art. 103 do Regimento Interno desta Corte 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 circunstancias que possam modificá-la"*.

Com efeito, da leitura da petição inicial (cf. fls. 01/07), verifica-se que na lide civil o autor requer a recomposição de valores oriundos do complemento de sua aposentadoria como funcionário da Fundação Petrobrás de Seguridade Social – Petros.

Como bem identificado pela d. Procuradoria Geral de Justiça: *"... a causa de pedir, neste caso, é pacto previdenciário privado e complementar"* (cf. fl. 137).

Em sendo assim, o fato de envolver "questões previdenciárias" não torna competente uma das Câmaras de Direito Público, como bem deixou assente este

Acesso ao Sumário

Colendo Órgão Especial em casos análogos.

O colega Desembargador FERREIRA RODRIGUES, relator do Conflito de Competência nº 0200083-81.2013.8.26.0000, julgado em 17 de setembro de 2014, assentou que:

"Em casos dessa natureza, envolvendo 'questões previdenciárias', a competência vinha sendo atribuída à Seção de Direito Público, mas, recentemente, no julgamento do Conflito de Competência nº 0191001-26.2013.8.26.0000, de que foi relator o Desembargador Arantes Teodoro, j. 05/02/2014, este C. Órgão Especial passou a distinguir entre previdência dos servidores públicos e previdência contratada por particulares para – com base nessa diferenciação – estabelecer que somente a primeira pode ser enquadrada na hipótese do art. 3º, inciso I.1, da Resolução TJSP nº 623/2013: 'Ações relativas a concursos, servidores púbicos em geral, questões previdenciárias e ações fundadas na Lei Estadual nº 4819/1958':

'Competência recursal. Propositura que versa sobre contrato de previdência privada. Julgamento afeto às Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado. Expressão "questões previdenciárias", contida no art. 3º da Resolução 623/2013, que não pode ser compreendida fora do contexto. Inexistência de motivo para se supor que o dispositivo tenha querido alocar na Seção de Direito Público não apenas as demandas pertinentes à previdência dos servidores públicos, como, ainda, as fundadas em contratos celebrados por particular com entidades abertas e regidas pelo direito privado. Conflito acolhido'.

Com relação aos contratos de Previdência Privada, portanto, a competência deve ser atribuída a Seção de Direito Privado, não com base na sua competência residual, como inicialmente havia sido decidido, mas, com apoio no artigo 5º, inciso III.8, da mesma Resolução, que prevê a competência da Terceira Subseção para as 'ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais', pois existe entendimento consolidado no C Superior Tribunal de Justiça no sentido de que esse tipo de contrato tem natureza securitária:

'A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração de contrato previdenciário Através deste negócio jurídico o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que, ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária' ***(REsp. 306.155-MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. um.,***

Acesso ao Sumário

Relatora Ministra Nancy Andrighi, em 19/11/01, DJ de 25/02/02, p. 377)'."

Diante dessas circunstâncias, não obstante os argumentos expendidos em contrário, a competência para apreciar o presente agravo de instrumento está vinculado a uma das Câmaras integrantes da Terceira Subseção de Direito Privado (25ª à 36ª Câmaras), para onde os autos deverão ser remetidos.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da Colenda Terceira Subseção de Direito Privado competente, processar e julgar o recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0007302-90.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 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 32.157)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO AJUIZADA POR POLICIAL MILITAR, ENVOLVENDO PARCELA DE CONTRIBUIÇÃO

Acesso ao Sumário

ASSOCIATIVA REFERENTE A PLANO DE SAÚDE – ASSOCIAÇÃO POLICIAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA BAIXADA SANTISTA (APAS) – DEBATE SOBRE VALORES ENTÃO REPASSADOS À CRUZ AZUL – HIPÓTESE EM QUE NÃO SE AFERE NATUREZA COMPULSÓRIA DA CONTRIBUIÇÃO OBJETO DA LIDE – COMPETÊNCIA RECURSAL QUE SE AMOLDA À PREVISÃO DO ARTIGO 5º, INCISO I.1, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITADA.

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre a C. 12ª Câmara de Direito Público e a C. 2ª Câmara de Direito Privado para enfrentamento de agravo de instrumento tirado contra r. decisão copiada a fls. 106, que indeferiu o benefício da gratuidade processual pleiteado pelo autor de ação de repetição de indébito movida por Marcelo Fernandes Nogueira contra Associação Policial de Assistência à Saúde Baixada Santista – APAS.

Distribuído originalmente o recurso à C. 2ª Câmara de Direito Privado, o eminente Des. José Joaquim dos Santos proferiu o r. ***decisum*** de fls. 215/218, não conhecendo do recurso, determinando remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, com azo no artigo 3º, inciso III.8, da Resolução nº 623/2013 desta Corte.

Redistribuídos os autos, a C. 12ª Câmara de Direito Público (fls. 222), nos termos do v. acórdão de fls. 226/231, de relatoria do eminente Des. Osvaldo de Oliveira, declinou da competência suscitando o presente conflito, argumentando que a relação jurídica entre as partes não envolve desconto compulsório, mas cobrança de valores entre filiado e entidade privada, insistindo na competência da C. Câmara suscitada nos termos previstos no artigo 5º, inciso I.1, da mesma Resolução nº 623/2013.

É o breve relatório.

Registra-se, primeiramente, nos termos dos artigos 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 202 do RITJ/SP, desnecessária a remessa dos autos à D. Procuradoria Geral de Justiça.

Nos termos do art. 60, inciso II, do Código de Processo Civil, constatado conflito negativo de competência, ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para solver recurso interposto na corrente lide.

Acesso ao Sumário

In casu, ciente da premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, questão de fundo envolve pretensão de repetição de indébito relacionada a quantias cobradas em parcelas de plano de saúde contratado pelo autor junto à associação ré, correspondentes ao repasse da Cruz Azul de São Paulo, que deixou de recolher compulsoriamente por força de provimento obtido em medida judicial específica (fls. 24/28). Salienta o autor que a ré insiste na cobrança, com azo em disposições estatutárias, embora inexista previsão autorizativa contratual no ajuste firmado entre as partes.

Rogata máxima venia ao fundamentado ***decisum*** lançado a fls. 215/218, a ***quaestio*** não parece abordar tema de contribuição compulsória do policial militar autor, mormente porque o ponto fulcral reside na legalidade da cobrança de valores com azo na regra do artigo 57, parágrafo único, do estatuto social da associação ré.

Com efeito, disposições previstas nos artigos 11 e 13 (fls. 128/129) do estatuto social da ré, bem como cláusula 76 (fls. 52) do ajuste firmado entre as partes (fls. 28/54), dão conta de que a admissão do filiado é facultativa, enquanto permitida a demissão por iniciativa do interessado, circunstâncias que afastam a natureza compulsória dos valores em discussão. Diversa a hipótese, vale frisar, se estivesse o autor a litigar exclusivamente sobre a contribuição instituída pela Lei Estadual nº 452/74, de caráter obrigatório (artigo 6º), providência, ao que parece, já consumada (fls. 24/28).

Nesse contexto, como bem esclareceu o v. acórdão suscitante, ***verbis***, *"a relação jurídica estabelecida entre as partes não envolve descontos compulsórios, ao contrário do que ocorria entre o autor e a Cruz Azul. O policial militar aposentado celebrou contrato de adesão com a ré (fls. 28/54) e pode, a qualquer tempo, encerrar o negócio jurídico se assim desejar. Ora, não havendo a aludida obrigatoriedade nos descontos para o custeio dos serviços de assistência à saúde, não se sustenta a tese de que a competência é de uma das Câmaras da Seção de Direito Público. Ao contrário disso, poderá a Segunda Câmara de Direito Privado, para onde foi, originariamente, distribuído o recurso, deliberar acerca do cabimento ou não do repasse ao contratante, imposto pela APAS, da parcela que cabia, antes, à Cruz Azul e que deixou de ser honrada em virtude da desfiliação obtida, em juízo, pelo autor"*.

Tenho, portanto, que a matéria em debate se amolda ao disposto no art. 5º, inciso I.1, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal, sedimentada a competência da Seção de Direito Privado (Subseção I) desta Corte para enfrentamento de lides envolvendo associações privadas:

"I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

Acesso ao Sumário

I.1 – Ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades, inclusive as paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas;"

A respeito do tema, pertinente citar o seguinte julgado deste C. Órgão Especial que, examinando **questão nitidamente similar**, definiu ser competente a Seção de Direito Privado:

"Conflito de competência. Reparação civil. ***Ação declaratória que versa sobre contribuição haurida de vínculo associativo. Associação Policial de Assistência à Saúde – APAS. Pessoa jurídica de direito privado. Pretensão de cessação dos descontos da Taxa Cruz Azul. Alteração de Estatuto. Contribuição social deliberada em Assembleia despida de caráter compulsório. Competência que se inscreve no âmbito de atribuição das 1ª à 10ª Câmaras de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º I.I da Resolução nº 623/2013.*** *Conflito procedente. Competência da 7ª Câmara de Direito Privado da Corte."* (Conflito de Competência nº 0017118-33.2016.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Rui, j. em 18.05.2016) – negritou-se. Confira-se, ainda: Conflito de Competência nº 0070158-61.2015.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 11.11.2015.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 2ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0007325-36.2017.8.26.0000, da Comarca de Porto Ferreira, em que é suscitante 12ª 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: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.610)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM

Acesso ao Sumário

CANTUÁRIA e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 8 de março de 2017.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer – Demanda fundada em contrato de assistência médico-hospitalar – Manutenção da prestação dos serviços – Aplicação do art. 5º, inciso I, alínea "I.23", da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP – Ademais, ainda que a Prefeitura de Porto Ferreira figure como contratante, a avença firmada tem natureza privada – CONFLITO PROCEDENTE para reconhecer a competência da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar do agravo de instrumento.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça/SP (v. acórdão de fls. 138/147), em face da Exma. Sra. Desembargadora Relatora da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP (v. acórdão de fls. 73/76).

Inicialmente distribuído o agravo de instrumento para a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP (fls. 70), declinou esta de julgá-la, sob o argumento de que o Município de Porto Ferreira figura no polo passivo da ação (v. acórdão de fls. 73/76).

Redistribuído o recurso para a 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça/SP (fls. 134), esta entendeu por bem suscitar o presente conflito negativo, eis que a demanda busca o restabelecimento do contrato firmado entre o Município e a operadora do plano de saúde para prestação de serviços de saúde aos servidores municipais e, portanto, tem natureza privada (v. acórdão de fls. 138/147).

É o relatório.

Tereza Costa de Assis ajuizou ação de obrigação de fazer contra Medporto Assistência Médica Ltda. e Município de Porto Ferreira – fls. 1/25 (autos da ação de origem[1]).

1 **Processo nº 1000944-68.2016.8.26.0472**, em curso na 2ª Vara da Comarca de Porto Ferreira.

Argumenta que a Municipalidade firmou contrato de prestação de serviços médicos com a Medporto, tendo como destinatários finais os servidores públicos municipais ativos e inativos; que embora descontada a cota-parte em seu contracheque, os valores não foram repassados à operadora do plano de saúde, o que ocasionou a rescisão da avença.

Busca, via concessão da tutela de urgência, o restabelecimento do convênio médico, assim como de seus dependentes, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária.

Providência não atendida pelo digno Magistrado – r. decisão de fls. 552/555 (autos da ação de origem).

Daí a interposição do agravo de instrumento (fls. 1/33).

Pois bem.

A ação visa o restabelecimento da prestação dos serviços médico-hospitalares.

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:*
>
> ***I –*** Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> .....
>
> ***III.23 –*** *Ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos;*
>
> ....."

Assim, em razão da natureza privada da matéria posta em julgamento, a competência para análise e julgamento do recurso de agravo de instrumento é da Seção de Direito Privado (Primeira Subseção).

Ao enfrentar o tema, já decidiu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

> **CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL – IMÓVEL LOCADO A SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO – LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL, CUJA NATUREZA PRIVADA NÃO É AFETADA PELA QUALIDADE DAS PARTES – COMPETÊNCIA DA TERCEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO (25ª A 36ª CÂMARAS), A TEOR DO ARTIGO 5º, III.6, DA RESOLUÇÃO**

TJ Nº 623/2013 – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, PARA DECLARAR COMPETENTE A CÂMARA SUSCITADA (30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO).

(Conflito de Competência nº 0007325-07.2015.8.26.0000 – Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP, Rel. Des. Roberto Mortari, julgado em 13.5.2015, julgaram o conflito procedente, votação unânime)

Conflito de competência. Ação de cobrança de aluguéis. Imóvel locado pela Prefeitura Municipal de Aramina. Contrato de natureza privada. Irrelevância da qualidade das partes. Artigo 5º, item III.6, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial. Competência de uma das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado desta Corte. Conflito julgado procedente para fixar a competência da Câmara suscitada (30ª Câmara de Direito Privado).

(Conflito de Competência nº 0055458-17.2014.8.26.0000 – Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP, Rel. Des. Márcio Bartoli, julgado em 19.11.2014, julgaram o conflito procedente, votação unânime)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – "Ação revisional de aluguel" – Imóvel urbano locado a Prefeitura – Inexistência de contrato administrativo, mas de locação de bem imóvel, de natureza privada e regulada por lei civil (Lei 8.245/91) – Irrelevância da qualidade das partes – Competência da Terceira Subseção de Direito Privado (25ª a 36ª Câmaras) – Interpretação e aplicação do artigo 5º, III.6. da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal – Conflito julgado procedente, declarada competente a Câmara suscitada (30ª Câmara de Direito Privado).

(Conflito de Competência nº 0024874-64.2014.8.26.0000 – Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP, Rel. Des. João Carlos Saletti, julgado em 11.6.2014, julgaram o conflito procedente, votação unânime)

Pelo exposto, julgo **PROCEDENTE** o conflito, com o reconhecimento da competência da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar do agravo de instrumento interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0007258-71.2017.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E

COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.240)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 15 de março de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Inventário. Agravo de instrumento. Base de cálculo do ITCMD – imposto de transmissão *causa mortis*. Discussão incidental a respeito da alíquota do imposto. Matéria que se circunscreve a inventário e arrolamento de bens. Competência que se inscreve no âmbito de atribuições das Colendas 1ª à 10ª Câmaras Seção de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º, inciso I, alínea 10, da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da Quinta Câmara de Direito Privado da Corte.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 12ª Câmara de Direito Público em razão da Colenda 5ª Câmara de Direito Privado se declarar incompetente para conhecer do recurso de agravo de instrumento tirado de r. decisão interlocutória lavrada pelo Douto Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul, em autos de inventário, promovido por Piero Hervatin da Silva e outros.

Sustentam os agravantes que a base de cálculo utilizada para o recolhimento do tributo deve ser o valor do IPTU, como disposto na Lei 10.705/00, e não o valor venal de referência como determina o Decreto 55.002/09, norma hierarquicamente inferior.

Distribuído o recurso à Colenda 5ª Câmara de Direito Privado – suscitada – determinou-se o envio dos autos a uma das C. Câmaras da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Público, nos termos do v. Acórdão de fls. 138/142, ao argumento de que a pretensão versa questão eminentemente tributária e não sucessória.

Redistribuído à Colenda 12ª Câmara de Direito Público – suscitante – vislumbrou-se incompetência mercê da natureza da ação – inventário –, matriz determinante da competência recursal a teor da Resolução 623/2013. Desta forma, não se conheceu do recurso e suscitou-se o conflito negativo de competência.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da Quinta Câmara integrante da Primeira Subseção de Direito Privado desta Corte (fls. 165/169).

É o relatório.

Razão assiste à Colenda Câmara suscitante.

Nos termos do artigo 103 do Regimento Interno, **"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"**.

A discussão sobre a incidência da alíquota do ITCMD – imposto de transmissão **causa mortis** é apenas incidental e tirada da r. decisão interlocutória lançada em autos de inventário.

Destarte, o repositório que circunscreve a celeuma é o inventário e arrolamento de bens deixados por Joaquim Monteiro.

Portanto, utilizando-se o comando concernente à divisão de competência regrada na Resolução 623/2013 desta Egrégia Corte, temos que:

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.10 – Inventários e arrolamentos;

Por conseguinte, a decisão de conflito envolvendo questão dessa classe deve se orientar pelos preceitos da Resolução 623/2013, culminando com o reconhecimento da competência da C. 5ª Câmara de Direito Privado para o julgamento do recurso afeto à vertente em comento.

A corroborar, arestos deste Colendo Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo judicial de inventário. Competência das Câmaras da 1ª Seção de Direito Privado deste Tribunal, em

Acesso ao Sumário

razão da matéria discutida no feito gênese do recurso instrumental. Arts. 103 e 104 do Regimento Interno, e 5º, I, I.10, da Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento do feito à Câmara suscitada" (Relator: Tristão Ribeiro; Comarca: Urânia; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 27/07/2016; Data de registro: 28/07/2016).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Inventário. Definição da base de cálculo do ITCMD. Matéria pertinente à Seção de Direito Privado (Subseção I). Resolução nº 623/2013, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (item I.10, do artigo 5º). Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Fixação da competência da Câmara suscitada. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento dos autos à suscitada" (Relator: Álvaro Passos; Comarca: Catanduva; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 18/05/2016; Data de registro: 19/05/2016).

A propósito, anota-se a expressiva lição do culto Desembargador Álvaro Passos:

"Com efeito, a competência para conhecer e processar o presente recurso é da 7ª Câmara de Direito Privado, ainda que o tema verse sobre matéria tributária, ordinariamente afeita às Câmaras da Seção de Direito Público.

Como bem consignado na decisão de fls. 304 e seg., a competência é definida pelo pedido no qual se apoia a causa, no caso o inventário judicial dos bens deixados com o falecimento de Ignês Juliatti de Carvalho, constituindo a discussão quanto à base de cálculo do imposto de transmissão mera questão incidental a ser dirimida pela própria Câmara competente para outras questões relativas ao próprio inventário.

Acrescente-se que se justificaria a fixação da competência para pronunciamento jurisdicional sobre a base de cálculo do imposto se se tratasse de ação autônoma, dirigida contra o fisco, o que não é o caso sob exame".

Por tais razões, julga-se procedente o conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o recurso de agravo de instrumento tirado a Colenda 5ª Câmara de Direito Privado da Corte.

Acesso ao Sumário

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2096903-10.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é reclamante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é reclamado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA RECLAMAÇÃO, COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À COLENDA 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA DR. ROSSINI LOPES JOTA. SUSTENTARAM ORALMENTE OS ADVS. DRS. MÁRCIO CAMMAROSANO E FERNANDO BRITTO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.225)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO DO MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PIRACICABA, QUE ACEITA AS GARANTIAS OFERTADAS PELOS CORRÉUS E DETERMINA O DESBLOQUEIO DOS BENS CONSTRITOS – ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO LIMINAR EXARADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DISTRIBUÍDO À 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, ONDE FOI DECRETADA A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS CORRÉUS – RECLAMAÇÃO DISTRIBUÍDA A ESTA QUE DELA NÃO CONHECEU E DETERMINOU SUA REMESSA AO C. ÓRGÃO ESPECIAL – COMPETÊNCIA PARA APRECIAÇÃO E JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO DA PRÓPRIA CÂMARA, NOS TERMOS DO ART. 35 DO RITJSP.

Reclamação não conhecida, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reclamação, com pedido liminar, formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Piracicaba, proferida nos autos da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa ajuizada em face de Barjas Negri, Paulo Roberto Coelho Prates, Waldemar Gimenez, Milton Sérgio Bissoli, Marcelo Magro Maroun, e J.P.A – Ambiental, Serviços e Obras Ltda., que deferiu o requerimento dos réus nos seguintes termos:

> *"Ante a ausência de prejuízo ao Erário, aceito as garantias oferecidas pelos réus Marcelo Magro Maroun (fls. 2961/2978), Milton Sérgio Bissoli (fls. 3003/3033) e Waldemar Gimenez (fls. 3103/3106), por serem as mesmas suficientes a assegurar o integral ressarcimento do dano em caso de eventual condenação. Assim, determino sejam desbloqueados os bens dos réus acima mencionados, mantendo-se o decreto de indisponibilidade com relação aos demais réus. Providencie a serventia o necessário".*

Sustenta o reclamante descumprimento do decidido no agravo de instrumento que interpôs, visando a reforma da decisão de primeiro grau que indeferiu a indisponibilidade dos bens dos réus, no qual foi concedido o efeito ativo pedido na forma pretendida, ou seja, a decretação da indisponibilidade dos bens dos réus: Barjas Negri até o limite de R$ 699.699,55; JPA – Ambiental, Serviços e Obras Ltda. até o limite de R$ 699.699,55; Paulo Roberto Coelho Prates até o limite de R$ 575.699,55; Waldemar Gimenez até o limite de R$ 124.000,00; Milton Sérgio Bissoli até o limite de R$ 357.025,52; e Marcelo Magro Maroun até o limite de R$ 342.674,03, restando indisponível a totalidade do patrimônio destes.

Os réus Marcelo Magro Maroun e Milton Sérgio Bissoli pleitearam a suspensão da liminar de indisponibilidade de bens e indicaram os bens descritos e caracterizados nas petições de fls. 2.961/2.962 e 3.003/3.005 da ação civil pública para garantir o futuro cumprimento de sentença no caso de procedência do pedido.

Acesso ao Sumário

Não obstante, mesmo não tendo concordado com o pedido formulado, como também tratar-se de questão que se encontra em segundo grau de jurisdição, ou seja, além da competência do MM. Juiz reclamado, este deferiu o requerimento.

Pede o reclamante, liminarmente, a suspensão da eficácia da decisão guerreada, até o julgamento do mérito desta reclamação, pois caracterizado o descumprimento da r. decisão da eminente relatora do agravo de instrumento, e para garantir a higidez da totalidade do patrimônio dos réus para o futuro cumprimento da sentença.

Anoto que esta reclamação foi distribuída à 6ª Câmara de Direito Público,

a I. Desembargadora Silvia Meirelles, que dela não conheceu e determinou a remessa dos autos ao C. Órgão Especial (fls. 220/223), e a mim foi distribuída (fls. 228).

Dispensável o pedido de informações. Passemos ao julgamento de plano.

É o relatório.

Ensina a doutrina que a reclamação é incidente processual de competência originária de tribunal, que tem como objetivo preservar e garantir a autoridade das suas decisões.

Há previsão desse incidente no Regimento Interno deste Tribunal, no seu artigo 195, que assim prescreve:

> *"**Art. 195.** A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, será processada na forma da legislação vigente (Lei nº 8.038, de 28.05.1990)".*

Por isso, se um Juiz de primeiro grau não cumpre decisão do Tribunal, a reclamação é dirigida à própria Câmara para o Relator da decisão descumprida, que cuidará de fazer preservar a autoridade da decisão proferida.

Dispõe o art. 35 do RITJSP, com a redação que lhe foi dada pelo Assento Regimental nº 552/2016, o seguinte:

> *"As Câmaras julgam os recursos das decisões de primeiro grau, os embargos declaratórios opostos a seus acórdãos, as ações rescisórias, as reclamações por descumprimento de seus julgados, os agravos internos e regimentais, 'habeas corpus', mandados de segurança e demais feitos de competência originária"* – grifei

No caso em apreço, a competência para apreciar e julgar a presente reclamação é da própria Câmara, já que tem por objeto suposto descumprimento de decisão liminar proferida em agravo de instrumento que o reclamante interpôs.

Assim sendo, com todo respeito aos I. Desembargadores integrantes da C. 6ª Câmara de Direito Público desta Casa, consoante disciplinado no art. 35 do RITJSP, a competência para apreciação e julgamento da presente reclamação não pertence a este Órgão Especial, uma vez que a decisão em tese descumprida foi pronunciada em sede de agravo de instrumento distribuído à referida Câmara, sendo relatora a eminente Des. SILVIA MEIRELLES.

Pelo exposto, NÃO CONHEÇO da presente reclamação e determino sua remessa à 6ª Câmara de Direito Público para a sua apreciação e julgamento.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2028894-93.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante MUNICÍPIO DE SOROCABA, é agravado D.L.M.B.O. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, de conformidade com o voto do Relator designado, que integra este acórdão, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o Relator sorteado com declaração de voto. Acórdão com o 3º Juiz.". **(Voto nº 41.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedores, e ALVES BRAGA JUNIOR, vencido.

São Paulo, 27 de março de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Relator Designado

Ementa: Agravo de instrumento – menor com Síndrome de Asperger – pretensão de disponibilização de um professor auxiliar à criança – inteligência do artigo 1º, da Lei nº 8.069/90 conjugado com os artigos 205, 208, incisos III e VII, e 227, II, da Constituição Federal, os artigos 53, I, 54, incisos III e VII, parágrafos 1º e 2º e 208, II e V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 59, I e III, da Lei nº 9.394/96 – enfermidade comprovada com necessidade de atenção e cuidado – possibilidade de imposição de multa contra o Poder Público – artigos 461, § 5º, do Código de Processo Civil e 213, *caput*, e § 2º, da Lei 8.069/90 – agravo improvido, mantida, no mais, a liminar concedida em primeiro grau.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto pelo Município de Sorocaba contra a decisão que, em ação de obrigação de fazer, deferiu a tutela antecipada e determinou que o agravante e o Estado de São Paulo providenciassem no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais), um professor auxiliar, além do professor que já cuida da sala de aula onde o autor está matriculado, para atender as necessidades especiais do adolescente D.L.M.B.O., portador da Síndrome de Asperger.

Alega que o agravado, matriculado em escola municipal, é acompanhado pela "Sala de Recursos Multifuncionais" e pela "Equipe Multidisciplinar da Divisão de Educação Especial", ferindo o pedido específico de "professor auxiliar" os princípios da legalidade, isonomia e da razoabilidade. Sustenta que a exigência de um profissional de apoio somente se justifica quando o estudante não for atendido dentro dos parâmetros disponibilizados aos demais estudantes, violando o princípio da impessoalidade. Reprova, por fim, a aplicação da multa fixada contra si.

Requer, liminarmente, a suspensão da decisão de primeiro grau e, no mérito, a concessão definitiva do afastamento da disponibilização do professor auxiliar, bem como a inadmissibilidade da multa aplicada (fls. 1/7).

Apresentada contraminuta (fls. 49/57), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 59/61).

É o relatório.

Primeiramente, o julgamento deste recurso se limita ao exame da presença ou não dos pressupostos autorizadores da manutenção da tutela antecipada concedida, vedado o confronto com o mérito do feito originário, sob pena de supressão de instância.

O princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no artigo 1º da Lei nº 8.069/90, conjugado com os artigos 205, 208, incisos III e VII, e 227, II, da Constituição Federal, os artigos 53, I, 54, incisos III e VII, parágrafos 1º e 2º e 208, II e V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 59, I e III, da Lei nº 9.394/96, impõem ao Estado, em seu sentido amplo, o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes, dentre os quais figura o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência.

Na hipótese dos autos, o laudo psiquiátrico assevera que o menor é portador da Síndrome de Asperger e faz uso de medicação para favorecer seu desenvolvimento social e comportamental.

Acesso ao Sumário

Além disso, aponta a necessidade do suporte individualizado durante o período escolar, sob pena de prejudicar seu aprendizado e desenvolvimento.

Atesta, ainda, que o paciente: *"É habilitado do ponto de vista cognitivo para receber esta atenção e progredir"* (fls. 19).

Do referido documento, juntado a fls. 19, aliado à disciplina legal retro mencionada, infere-se a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* necessários à concessão liminar requerida pelo agravado e deferida em 1º grau.

Assim, restou demonstrada, ao menos nesta fase processual, a imprescindibilidade de professor auxiliar ao menor durante as atividades pedagógicas, devendo o ente público oferecer-lhe os meios necessários para proporcionar as condições adequadas à sua saúde e educação, como forma de minimizar as consequências de sua condição, sem privá-lo, todavia, da necessária integração e convívio social, nos precisos termos do artigo 208, incisos III e VII, da Constituição Federal e dos artigos 54, III e VII e 208, II e V, ambos da Lei nº 8.069/90.

Em que pese o agravado tenha a assistência da "Sala de Recursos Multifuncionais" e da "Equipe Multidisciplinar da Divisão de Educação Especial" (fls. 38), ao menos por ora não é suficiente para afastar a concessão da tutela de urgência, como sugere a municipalidade.

Por fim, a imposição de multa contra a Fazenda Pública mostra-se possível, na forma do artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil, e artigo 213, *caput*, e § 2º da Lei nº 8.069/90.

Além disso, ela não é meio coercitivo, apenas se destina para garantir a efetividade da obrigação, e somente será exigida se a decisão for deliberadamente descumprida.

Do exposto, nega-se provimento ao agravo de instrumento, mantida a antecipação de tutela concedida em primeiro grau.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 04701)

Respeitado o entendimento da douta maioria, dela ousei divergir.

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado. É o que dispõe a Constituição Federal em seu art. 196[1]. O art. 208, inc. III da Carta Magna, bem

1 Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

como o art. 11 da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), asseguram atendimento integral à saúde e garantia de atendimento educacional especializado à criança portadora de deficiência[2].

Para garantia do acesso universal e igualitário, depende-se do emprego dos recursos públicos com o máximo de eficiência, e as decisões, que tratam de situações particulares, devem nortear-se pela excepcionalidade.

Da parte do solicitante, é de se exigir que demonstre a necessidade do medicamento, insumo ou tratamento. Poderá fazê-lo, por exemplo, mediante exibição de receita médica ou relatório médico fundamentado.

A Lei 13.146/15 esmiúça deveres estatais a respeito dos direitos das pessoas com deficiência, dentre eles, aqueles relacionados à educação.

A necessidade do infante veio estabelecida apenas por profissional médico (receituário), fls. 32, enquanto o Estatuto dispõe, em seu art. 2º, § 1º, que *"A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar"*.

O receituário médico é meio de prova da patologia, e tal análise é afeta à medicina. Ainda assim, pouco permite saber sobre o grau da deficiência e quais sejam as limitações de que padece o menor.

A prestação buscada em favor do adolescente adentra a área da educação e, nesse ponto, o receituário médico tem força probante reduzida.

O CPC estabelece (art. 273, *caput*) como requisito para a tutela de emergência, a prova inequívoca, que abrange tanto a causa (doença), quanto a necessidade do bem da vida (professor auxiliar).

Não há, também, suficiente demonstração liminar da urgência, ou seja, de que se trate de situação que não possa aguardar o término da demanda para ser decidida.

Não existem elementos suficientes para antecipação da tutela.

Com essas considerações, **dava provimento** ao recurso.

ALVES BRAGA JUNIOR, Desembargador, Relator sorteado vencido

2 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...)
III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
Art. 11 – É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.
§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.
§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2211698-29.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravada M.C.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao agravo regimental. Vencido o Relator sorteado com declaração de voto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.421)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, ALVES BRAGA JUNIOR, vencido, ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente).

São Paulo, 27 de março de 2017.

SALLES ABREU, Relator Designado

Ementa: AGRAVO INTERNO – ECA – PROCEDIMENTO ORDINÁRIO DISTINTO DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS CONSTANTES NOS ARTS. 152 A 197, ECA – SISTEMA RECURSAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INAPLICABILIDADE DO ART. 198, II, ECA – SÚMULA 113, TJSP – SISTEMA RECURSAL – FAZENDA PÚBLICA – PRAZO EM DOBRO – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL – CPC, ART. 183 – RECURSO TEMPESTIVO, EM CONFORMIDADE COM ART. 183, *CAPUT*, DO CPC – RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A INTEMPESTIVIDADE E CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, DETERMINANDO SEU REGULAR PROCESSAMENTO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pelo **Município de São Paulo** em

Acesso ao Sumário

face da decisão monocrática de fls. 13/15, que não conheceu o recurso interposto, por intempestividade, afirmando a inexistência de prazo em dobro em favor da Fazenda Pública, por força da regra do art. 198, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É o relatório.

Divirjo da solução dada ao presente agravo interno pelo E. Relator Sorteado.

Entendo ser caso de provimento do presente agravo interno, para conhecimento do recurso cuja intempestividade foi o fundamento da decisão monocrática de não conhecimento.

O art. 198, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, indica a aplicação geral do sistema recursal do Código de Processo Civil aos casos processados sob sua égide, respeitadas as regras particulares constantes do Estatuto, particularmente quanto ao prazo recursal geral adotado.

Ocorre que o presente caso não se enquadra naqueles cujo procedimento judicial é regulado pelo Estatuto de Criança e do Adolescente, embora se reconheça a competência da Justiça da Infância e da Juventude.

Cuida-se o caso de ação ordinária de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, em que se requereu o fornecimento de medicamento DIAZÓXIDO ORAL (PROGLYCEM) para criança com hipoglicemia, questão que não é pertinente a nenhum dos procedimentos especiais previstos nos arts. 152 a 197, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por este motivo, o procedimento adotado é o rito comum para a ação, do Código de Processo Civil, tanto para a fase inicial, quanto para questões recursais.

Ademais, a decisão do E. Relator Sorteado contraria o entendimento já pacificado na Câmara Especial, nos termos da súmula 113 do Tribunal de São Paulo:

> **Súmula 113: O prazo previsto no artigo 198, inciso II, do ECA, aplica-se apenas aos procedimentos previstos nos artigos 152 a 197 do mesmo diploma legal.**

Assim, tratando-se de ação ordinária comum ou mandado de segurança com matéria de competência da Justiça da Infância e da Juventude, o prazo a ser aplicado no caso de interposição de recursos de apelação é de 15 dias úteis (CPC/2015) ou de 15 dias corridos (CPC/1973).

De outro lado, há de se considerar outros instrumentos normativos cuja eficácia atinja direta ou indiretamente os procedimentos em trâmite pela Justiça da Infância e da Juventude, dentre elas, normas especiais que traduzem prerrogativa processual especial destinada à tutela da Fazenda Pública.

A fixação de prazo geral para a interposição de recursos nos processos vinculados ao Estatuto da Criança e do Adolescente não significa a ineficácia

do art. 183, *caput*, do Código de Processo Civil, que estabeleceu a regra geral da prerrogativa da contagem em dobro do prazo processual para manifestar-se em processo no qual se discutam interesses diretos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

Note-se que a regra geral da contagem do prazo em dobro caracteriza-se como uma prerrogativa da Fazenda Pública de natureza especial.

O fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente prever um prazo específico para a interposição de recursos sob sua égide, não desnatura a prerrogativa do prazo dobrado em favor da Fazenda Pública que, afinal, não tem a prerrogativa de fixação de prazos processuais específicos, mas sim a prerrogativa da **contagem em dobro dos prazos processuais**.

A previsão do art. 183, § 2º, do Código de Processo Civil ("Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público") somente significará não aplicação da regra da contagem do prazo em dobro se a norma de fixação do prazo for expressa a regular a atuação concreta da Fazenda Pública. Sem que haja tal especificidade, não se poderia falar em interpretação extensiva de normas limitadoras de prerrogativas legais da Fazenda Pública.

Prazos próprios se caracterizam pela indicação específica do sujeito processual que se sujeitará à norma temporal específica. Bem por isto, vê-se a imposição, por exemplo, ao Ministério Público, do prazo próprio para manifestação em conflitos de competência (art. 956, CPC) ou, ainda, nos casos de contagem de prazo para contestação de ação civil pública (art. 7º, IV, Lei nº 4.717/1965), a inexistência expressa de contagem em dobro do prazo processual nos juizados especiais da fazenda pública (art. 7º, Lei nº 12.153/2009) ou a fixação do prazo de 30 dias para a impugnação ao cumprimento de sentença emitida contra a Fazenda (art. 535, CPC).

Desse modo, considerando que o Município, ora agravante, foi intimado da decisão em 15/08/2016, (fls. 35 dos autos principais), com juntada nos autos do mandado cumprido em 30/08/2016, e que o prazo para interposição de recurso findou em 13/10/2016, tem-se que o agravo de instrumento, protocolado em 13/10/2016, está dentro do prazo legal.

Por tais fundamentos, **DOU PROVIMENTO** ao agravo interno para reconhecer a tempestividade do agravo de instrumento, determinando-se o regular processamento do recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 04777)

Respeitado o entendimento da douta maioria, dela ousei divergir.

Não se desconhecem os argumentos trazidos pelo agravante. No entanto, eles são incapazes de ensejar alteração de entendimento deste relator.

A decisão está pautada no art. 932, III, do NCPC, que autoriza o relator a não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Segundo o art. 208, I, II e VII, do ECA, *"**Regem-se pelas disposições desta Lei** as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular do **ensino obrigatório, de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência e de acesso às ações e serviços de saúde**"*.

E mais, o art. 209 do ECA estabelece que *"As ações (...) serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá **competência absoluta** para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores"*.

Por fim, dispõe o art. 148, IV, do ECA que *"**A Justiça da Infância e da Juventude é competente** para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209"*.

Ora, o art. 198 do ECA prevê que, nos procedimentos **afetos à Justiça da Infância e da Juventude**, adotar-se-á o sistema recursal do Código de Processo Civil.

Por sua vez, o art. 198, II, do ECA, com redação dada pela Lei 12.594/12, dispõe expressamente que, em todos os recursos, salvo nos embargos de declaração, o prazo para o Ministério Público e para a defesa **será sempre de dez dias**.

Note-se que o Estatuto, ao empregar genericamente a expressão *"defesa"*, não faz qualquer distinção entre advocacia privada, pública, dativa ou defensoria pública.

Não há, portanto, que se falar em prazo em dobro para recorrer, ante o princípio da especialidade.

Esse entendimento é reforçado nos arts. 180, § 2º, 183, § 2º, e 186, § 4º, do NCPC, que preveem a não aplicação da contagem em dobro quando a lei dispuser, de forma expressa (como o ECA), prazo próprio para o Ministério Público, Advocacia Pública ou Defensoria Pública.

Com essas considerações, **negava provimento** ao recurso.

ALVES BRAGA JUNIOR, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004117-44.2015.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é recorrente J.E.O., são recorridos L.M.A.S. (MENOR) e M.C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38953)**

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, 20 de fevereiro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: 1. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Estatuto da Criança e do Adolescente. Reexame necessário em mandado de segurança. Pretensão à obtenção de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, próxima à residência da parte. Interesse de agir configurado.

2. Direito constitucional auto-aplicável, previsto na norma do art. 208, IV, Constituição Federal, conforme posição pacífica da Suprema Corte (MC na ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04) e Colendo STJ (AgRg no REsp 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15). Competência da Municipalidade.

3. Astreintes. Possibilidade de fixação de multa diária como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública.

4. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reexame necessário, nos autos de mandado de segurança impetrado por menor, representado por sua genitora, contra ato do Prefeito do Município de Cotia. A r. sentença de fls. 87/89, cujo relatório se adota, concedeu a segurança para tornar definitiva a liminar concedida a fls. 21/22 e garantir a permanência da criança em unidade de ensino infantil em que foi matriculada.

Decorrido o prazo sem recurso voluntário (fl. 95), os autos foram remetidos a este Tribunal.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 99/103).

É o relatório.

Há reexame necessário conforme o disposto no art. 14, § 1º, Lei n. 12.016/09.

As preliminares alegadas a fls. 31/46 não convencem, pois a Administração Pública não comprova que tenha disponibilizado vaga para a parte antes do ajuizamento da ação.

A Suprema Corte é firme em reconhecer que há direito constitucional auto-aplicável à vaga em creche e acesso à pré-escola, conforme norma do art. 208, IV, Constituição Federal. Traz-se à colação excerto do precedente:

> *"ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)./ (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

Acesso ao Sumário

–, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de

Acesso ao Sumário

infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)./ (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade./ (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Da mesma forma, o Colendo STJ, em precedente recente, julgou no seguinte sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO./ 1. In casu, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades./ 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas./ 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da vexata quaestio pelo STJ estão bem delimitados no

Acesso ao Sumário

acórdão objurgado./ 4. Agravo Regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15).

O direito à educação, na medida em que deixa de ser cumprido pela Administração Pública de forma consistente à política pública, cujas linhas mestras estão na Constituição Federal, é passível de correção pelo Judiciário. Não há, portanto, violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

E o mínimo existencial, presente no "núcleo-duro" do direito fundamental à educação, prepondera até mesmo sobre a reserva do possível, certo que a escassez de recursos não restou comprovada pela Municipalidade.

Aliás, é atribuição primordial dos Municípios a atuação prioritária na educação infantil, conforme art. 211, § 2º, Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei 9.394/1996).

Frise-se que *"A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar"* (REsp 577.573/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. João Otávio de Noronha, em 17/4/07, DJe 6/11/08).

Esta E. Câmara Especial é forte nesse sentido, conforme precedentes com premissas fáticas análogas às do caso concreto:

"Recurso Oficial. Ação de Obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança, em unidade próxima de sua residência. Pedido procedente. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da igualdade. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento. Responsabilização do Município pelo transporte da criança em caso de matrícula em unidade distante de sua residência. Necessidade. Desdobramento do direito à educação. Recurso oficial desprovido" (Reexame necessário nº 0008950-25.2015.8.26.0114 – Campinas, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 14.12.15).

"Apelação – Vaga em creche – Obrigação de fazer – Ensino infantil – Procedência – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Direito fundamental – Ausência de violação aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes – Acesso da criança à educação – Ausência de intromissão indevida do Judiciário em questões de outro poder – Inteligência dos artigos 205, 208, I, e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA – Apelação do município e reexame necessário não

providos Apelação – Alteração da verba de honorários advocatícios – Majoração necessária para remuneração justa do trabalho – Inteligência ao art. 20 §§ 3º e 4º do CPC – Apelação do autor parcialmente provida" (Apelação Cível nº 0006982-60.2014.8.26.0286 – Itu, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Eros Piceli, j. em 14.12.15).

As Súmulas ns. 63 e 65, desta E. Corte são no seguinte sentido:

"Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

"Súmula 65: 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".

A escolha da unidade educacional deve ser interpretada no sentido de que a instituição de ensino próxima seja localizada até dois quilômetros da residência da criança, salvo se constatada alguma necessidade especial, sendo inviável a escolha específica pelo interessado (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

A matrícula da criança foi efetivada na unidade educacional apontada na inicial, no curso da demanda (fls. 09 e 48). Lá é assegurada a sua permanência.

No caso de eventual necessidade da Administração Pública, poderá providenciar vaga em outra instituição de ensino próxima da residência da criança. Mas será responsabilizada pelo transporte gratuito do interessado na hipótese de a nova unidade eleita situar-se a mais de dois quilômetros.

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).

Observe-se que eventual excesso poderá, se o caso, ser sanado até mesmo de ofício, uma vez que *"o valor da astreinte não faz coisa 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).

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029132-72.2014.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante H.A.S.J. (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 44.921)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta tipificada no inc. IV do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, de 22-12 – Estatuto do Desarmamento, na forma do art. 29 do Código Penal.

– Sentença que julgou procedente a representação – Prova de autoria e materialidade – Possibilidade de participação no delito de porte de arma.

– Adolescente primário – Imposição de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade cumulada com liberdade assistida, de acordo com o disposto no § 1º do art. 112 da Lei nº 8.069/1990, de 13-7 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Negativa de provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. H.A.S.J. apelou da r. sentença (fls. 81-5) que julgou procedente a representação contra ele oferecida, impondo-lhe a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, ante a prática de ato infracional equivalente ao delito previsto no inc. IV do § único do art. 16 da Lei nº 10.826/2003, de 22-12 – Estatuto do Desarmamento, na forma do art. 29 do Código Penal.

Apela o recorrente, sustentando que encontraram a arma com o imputável e que essa infração não admite a prática por mais de uma pessoa. Alega, ainda, a impossibilidade de cumulação de medidas. Requer a improcedência da

representação ou a substituição da medida socioeducativa pela advertência (fls. 89-95).

Recebido o recurso e ofertadas contrarrazões (fls. 98-101), mantido o *decisum* (fl. 102), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 106-10).

É a síntese do necessário.

VOTO:

2. Tira-se dos autos que, no dia (...), por volta das (...), na rua (...), esquina com a rua (...), na cidade de (...), o apelante, agindo em concurso e com unidade de desígnios com o imputável D.H.B.S.O., traziam consigo uma arma de fogo, com numeração suprimida, marca Rossi, calibre 38, cuja munição estava em poder do apelante, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3. A materialidade ficou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 9-13), pelo laudo técnico pericial da arma apreendida (fls. 71-3) e pela prova oral trazida aos autos.

4. Quanto à autoria, observa-se que o adolescente, em todos os momentos em que foi ouvido, confessou a posse da arma apreendida (fls. 5, 18, 26-7, 37-42). Alegou que a comprou para se defender do namorado enciumado de uma colega. Resolveu, com o auxílio de seu amigo D., que o apresentou a um comprador, vender a arma , momento em que policiais militares os abordaram.

Sem embargo da posse da arma em si mesma considerada já bastar para a caracterização do ato infracional, independentemente de ilações outras quanto à finalidade do porte, a versão do adolescente é corroborada pelas declarações das testemunhas, policiais militares que participaram da apreensão.

Os policiais militares, M.D.A.F.B. e R.A.C.A., estavam em serviço, no local dos fatos, quando avistaram três agentes, cujas circunstâncias despertaram suspeitas, o que motivou a abordagem. Os suspeitos empreenderam fuga, mas os policiais detiveram dois deles, encontrando, na posse de D.H.B.S.O., a arma de fogo descrita na inicial, e, com o apelante, munição com ela compatível. Os detidos, indagados, admitiram a intenção de realizar roubos (mídia digital).

5. De se ponderar, ainda, que a conduta de porte ilegal de arma, previsto no inc. IV do § único do art. 16 da Lei nº 10.826/2003, é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa e admitindo participação ou coautoria.

Neste sentido é a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. COAUTORIA. POSSIBILIDADE. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROCEDÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

Acesso ao Sumário

1. Conforme consignou o Tribunal de origem, as circunstâncias em que a prisão dos Acusados foi efetuada evidenciam que o porte ilegal da arma de fogo apreendida era compartilhado. Assim, presente a unidade de desígnios para o cometimento do delito, descabe falar-se em atipicidade da conduta. Precedentes.

2. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC 158.931/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NUMERAÇÃO RASPADA. ART. 16, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03. (...) ANULAÇÃO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

(...)

II. Não se vislumbra constrangimento ilegal na condenação de paciente e corréu pela posse de uma só arma de fogo com numeração raspada, uma vez que ficou evidenciado nos autos o concurso material consubstanciado na unidade de desígnios da sua manutenção e compartilhamento para fins de tráfico ilícito de entorpecentes.

III. Ordem denegada.

(HC 175292/RJ, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011)

No caso em exame, o conjunto probatório confirma a materialidade do fato e a autoria.

7. No mais, as medidas adotadas na sentença foram devidamente fundamentadas, podem ser cumulada se encontram amparo no § 1º do art. 112 e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069, de 13-7-1990), pois consideradas as condições pessoais do recorrente e a gravidade do ato infracional.

Diante desse quadro, em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de prestação de serviços à comunidade cumulado com liberdade assistidas são medidas que se impõem visando proporcionar um acompanhamento paideico e a ressocialização do jovem.

DO EXPOSTO, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003377-65.2013.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado I.A.B.G. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial 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 30.015)**

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, 20 de fevereiro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Saúde – Adolescente portador de "Diabetes Mellitus insulinodependente" – Sentença que julgou procedente a ação, condenando a ré ao fornecimento de aparelho de marca específica, além de insumos e outros materiais – Recurso fazendário se insurgindo contra a indicação de marca específica da "bomba de insulina" requerida – Admissibilidade – Comprovado o quadro clínico do adolescente, não houve demonstrada a imprescindibilidade do aparelho de marca específica e nem a eficácia da utilização de similar ou tratamento convencional disponibilizado pelo Poder Público – Precedentes – Apelo provido, com observação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Pública do Estado contra a respeitável sentença de fls. 238/241, que, tornando definitiva a antecipação de tutela concedida (fls. 72/73), julgou procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada pelo adolescente I.A.B.G., portador de "Diabetes Mellitus tipo 1" (CID E10.7), compelindo-a a fornecer bomba de insulina "Paradigm Real Time MMT-722" e demais materiais, insumos e acessórios, conforme relação de fl. 19.

Inconformada recorre a Fazenda Pública do Estado alegando, em síntese, a impossibilidade de fornecimento de bomba de insulina com marca específica, ressaltando que a Lei nº 8.666/93 veda a aquisição pela Administração Pública e bens e insumos com tal indicação. Acrescenta que existindo insumos similares àqueles pretendidos, com idêntico efeito terapêutico, há de se perquirir sobre a necessidade de compeli-la a fornecer, de maneira absolutamente particular e singular, aquela específica marca, não havendo justificativa de urgência ou gravidade, para se negar o equipamento usualmente fornecido pelo SUS, de mesma eficácia e valores reduzidos. Frisa, outrossim, que o relatório médico

Acesso ao Sumário

não faz prova de imprescindibilidade de produto de marca específica para o tratamento terapêutico requerido (fls. 263/268).

Bem processado o recurso, de se observar que não foi concedido efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil, somente com relação à confirmação da tutela de fls. 238/241, permanecendo o feito suspensivo em relação às demais questões (fl. 288).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 290/296), nesta instância manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da r. sentença recorrida (fls. 300/306).

É o relatório.

O apelo comporta provimento, com observação.

Cumpre consignar, de início, que o menor I.A.B.G. é portador de "Diabetes Mellitus tipo 1" (CID E10.7), necessitando fazer uso de uma "Bomba de Infusão Contínua de Insulina", bem como de insumos e acessórios, conforme documento de fl. 19, prescritos por médico competente.

E nesse particular, não se questiona o dever de o Poder Público disponibilizá-los ao menor, haja vista o disposto no artigo 196 da Constituição Federal ao estabelecer que *"a saúde é um direito de todos e dever do Estado"*, cujo atendimento deve ser integral (art.198, II).

A discussão travada nos autos, entretanto, recai na necessidade de a recorrente ser compelida a disponibilizar bomba, insumos e acessórios de marca específica, como ponderado pela recorrente (grifei).

De acordo com relatório médico Antonio Carlos Abujamra, *"o menor 'I.A.B.G.', com (...) anos de idade, sob meus cuidados profissionais há 4 anos, é portador de 'Diabetes Mellitus Insulinodependente' de difícil controle. Desde que foi detectado o diabetes, foram colocados em prática todas as terapias convencionais disponíveis, porém o paciente não respondeu a nenhuma delas, o que tem resultado em excursões acentuadas em seus níveis glicêmicos, desde a ocorrência de hipoglicemias alternadas com hiperglicemias, confirmadas através de diversas medições no decorrer de um mesmo dia"* (fl. 18).

Verifica-se do referido relatório, que ao descrever o quadro clínico do menor, evidenciando a necessidade de tratamento adequado, deixou o médico que acompanha o adolescente sobre a imprescindibilidade de "bomba de infusão contínua de insulina de marca específica", culminando, em seguida, com a realização de perícia médica a fim de se apurar, entre outros esclarecimentos, a necessidade de disponibilização de aparelho com marca específica (fls. 124 e 211), sendo relevante, no caso, a seguinte pontuação de perita oficial, respondendo que a enfermidade pode ser sim regularmente combatida com as medicações/terapias que são fornecidas pela rede pública estadual. Destacou, ademais, que na vigência do "Sistema de Infusão Contínuo de Insulina" (SICIn),

Acesso ao Sumário

"o autor apresentou uma melhora no controle glicêmico", mas não se manifestou acerca da necessidade do aparelho solicitado na inicial (grifei).

Na verdade, inexistem provas nos autos no sentido de que somente "a bomba de infusão" da marca apontada na inicial surtirá os efeitos desejados no tratamento do adolescente (grifei).

Observo que, não havendo nos autos prova segura de que outro aparelho e/ou tratamento convencional fornecido pelo Poder Público possam proporcionar os mesmos resultados positivos no controle de diabetes do autor e, desde que seja atestado por médico competente que tais meios alternativos possam ser utilizados com a mesma eficácia desejada, impõe-se reformar a r. sentença combatida.

Nesse sentido já se manifestou esta C. Câmara Especial:

"Obrigação de fazer. Fornecimento de medicamentos e Cadeira de rodas. Direito à saúde que é assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são complementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei nº 8.080/90. Dever que incumbe ao Estado, em todas as esferas da administração, mediante atendimento integral e fornecimento gratuito de recursos inerentes ao tratamento, habilitação e reabilitação dos necessitados. Existência de leis orçamentárias não autoriza o desatendimento de direito fundamental constitucionalmente assegurado, que, por sua natureza, demanda cumprimento imediato. Ausência de ofensa aos princípios da separação de poderes e da isonomia. Apelação da criança. Medicamento de marca específica. Não comprovação de imprescindibilidade da marca apontada. Apelação da Municipalidade. Multa diária. Imposição contra entes fazendários. Possibilidade. Questão pacificada na Superior Instância. Recursos improcedentes." (Apelação nº 041944-72.2012.8.26.0224, Rel. Des. Silveira Paulilo, Presidente da Seção de Direito Privado, j. 29.7.2013).

"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Médico que acompanha a menor que é o legitimado a propor o melhor tratamento que se adequa a saúde da paciente. Sentença de procedência determinando à ré a obrigação de fornecer os medicamentos e insumos indicados. Necessidade de fornecimento dos medicamentos a resguardar a saúde da menor. Previsão constitucional imputando ao Estado dever de zelar pela saúde (artigo 196). Aplicabilidade do artigo 4º do ECA que prevê a prioridade absoluta à efetivação dos direitos referentes à saúde do menor. Entretanto, o Estado fica obrigado ao fornecimento do princípio ativo necessário, não se restringindo à marca apontada na inicial caso não haja expressa justificativa para tanto. Apelação e Remessa Necessária parcialmente providas" (Apelação nº 1022895-51.2015.8.26.0053,

Acesso ao Sumário

Relatora Dra. Ana Lúcia Romanhole Martucci, j. 22.8.2016).

Pelo exposto, **dou provimento** ao apelo, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004907-47.2016.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante MUNICÍPIO DE DIADEMA, é apelado S.A.G. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41742)**

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, 13 de março de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – vaga em creche – mandado de segurança – creche – concessão da segurança – pretensão de reforma – impossibilidade – direito fundamental – ausência de violação aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes – acesso da criança à educação – ausência de intromissão indevida do Judiciário em questões de outro poder – inteligência dos artigos 205, 208, I, e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA – reexame necessário e recurso do Município não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Município de Diadema contra a sentença proferida pela MMa. Juíza Cláudia Maria Carbonari de Faria (fls. 51/52), que, em mandado de segurança, concedeu a ordem para determinar que a autoridade impetrada efetive a matrícula da impetrante em escola de educação infantil pública ou privada, neste último caso às suas expensas e próxima à sua residência, sob pena de multa diária no valor de R$

25,00. Sem condenação em honorários advocatícios, ordenou-se a expedição da certidão de honorários ao Defensor Dativo em valor a observar o percentual de 100% da Tabela.

Sustenta o Município apelante, em síntese, violações: a) à teoria da reserva do possível; b) ao princípio da isonomia e c) à tese da prioridade do convívio familiar em idades tenras. Afirma, ainda, ausência de comprovação sobre atividade laborativa da genitora, descabimento de aplicação da multa cominatória bem como da determinação de custeio de escola particular, tudo para concluir pela reforma da sentença.

Apresentadas contrarrazões (fls. 83/92), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 95/98).

É o relatório.

A criança está na faixa etária correspondente à vaga pleiteada (fls. 13) e só teve disponibilizada sua matrícula na unidade de ensino infantil após a concessão de liminar pelo Juízo "a quo" (fls. 26/27).

Não há como o Município negar a vaga pretendida.

A obrigação de disponibilizar gratuitamente vaga em creche próxima às residências dos menores decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, assegurando atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Nesse sentido a súmula 63 deste Tribunal:

"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

Assim, nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

Incumbe ao administrador prover o necessário para garantir o atendimento de creche e pré-escola, adequando o orçamento à demanda local e priorizando o acesso à educação.

As normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata. Portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar a efetividade dessas normas não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido dispõe a Súmula 65 deste Tribunal:

"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 de crianças ou adolescentes".

É inegável no caso a presença de direito líquido e certo a ser amparado, pois resta evidenciada a pretensão resistida ao direito pleiteado, sendo necessária a intervenção judicial para sua satisfação.

A propositura da ação pelo convênio da Defensoria Pública/OAB-SP, faz presumir a hipossuficiência da menor e de sua família.

Igualmente descabe a alegação de ausência de comprovação de vínculo empregatício por parte da representante da menor visto que o direito à educação pertence à infante, o que torna irrelevante a condição laborativa de seus genitores.

No que tange à tese de prioridade do convívio familiar aos menores de tenra idade, cabe a lúcida ponderação do I. Magistrado **AIRTON PINHEIRO DE CASTRO**:

"a prioridade do direito ao convívio familiar, a toda evidência, não tem o alcance maliciosamente propugnado pelo embargante, em argumentação de caráter nitidamente falacioso, única e exclusivamente deduzida no intuito escuso de criar artificiosa construção tendente a eximir o Estado de responsabilidade consagrada no texto constitucional.

Revela-se manifestamente leviano o entendimento de que o ingresso da criança na rede de ensino inviabiliza o salutar convívio com sua família. Nada mais absurdo.

A uma, porque a permanência da criança em equipamento público não se dará por período que inviabilize o referido convívio.

***A duas, porque não se mostra razoável que pais recorressem ao resguardo de tais equipamentos, caso não houvesse real necessidade de por a salvo sua prole durante período em que não dispõem de meios para dar-lhes a devida atenção."* (Câmara Especial, Agravo Interno nº 0011902-98.2013.8.26.0161/50000, j. 04/05/2015).**

De outra parte, a imposição de multa contra o Município está de acordo com o disposto no artigo 536, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, e com o artigo 213, *caput*, e § 2º da Lei 8.069/90, e sua aplicação garante a efetividade da decisão.

Do exposto, nega-se provimento ao reexame necessário e à apelação do Município.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001951-38.2015.8.26.0120, da Comarca de Cândido Mota, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CÂNDIDO MOTA.

ACORDAM, em Câmara Especial 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 41924)**

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, 27 de março de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Ação Civil Pública. Direito à saúde e à educação. Disponibilização de acompanhante especializado em rede de ensino pública para crianças portadoras de necessidades especiais. Educação que é direito fundamental (art. 6º da Constituição Federal). Município que tem a obrigação de acolhimento na educação infantil (artigo 211, § 2º, da CF). Obrigação indeclinável (Súmula nº 63 do TJSP). Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa (Súmula nº 65 do TJSP). Tratando-se de julgamento "ultra petita", basta que se reconheça sua ineficácia quanto à matéria excedente à pretensão contida na inicial. Recursos oficial e voluntário providos em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 112/114, que julgou procedente a ação civil pública, para condenar o ente público a: 1) disponibilizar cuidador devidamente capacitado para atuar na rede estadual de ensino circunscrita à Comarca de Cândido Mota; 2) prestado o atendimento de acordo com as necessidades de cada aluno, respeitada a proporção máxima de

um cuidador para até três alunos por período; 3) para que no início de cada ano letivo o réu faça levantamento de novos alunos com deficiência matriculados, e, constatando que o número de cuidadores por aluno supera a proporção acima fixada, providencie a contratação de novos cuidadores para suprir a demanda; 4) que o início das funções de cuidador dependerá de prévia capacitação, que deve ser contínua e com supervisão permanente da Secretaria Estadual da Saúde e Educação, sob pena de multa diária de cinco salários mínimos.

A Fazenda do Estado alega, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ser *ultra petita*, bem como a ausência de interesse de agir, pois as escolas estaduais já oferecem cuidadores para executar o serviço de apoio pleiteado (fls. 130/134).

Contrarrazões às fls. 157/159, postulando o Ministério Público provimento parcial ao recurso, para excluir os itens "3" e "4" da parte dispositiva da sentença.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento parcial do recurso (fls. 143/145).

É o relatório.

Inicialmente, considera-se interposta a remessa oficial, pois, independentemente do valor dado à causa, o pedido é ilíquido.

Esse o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça, respectivamente:

Súmula 490. "A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas".

Súmula 108: "A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei 10.352/01".

A preliminar de carência da ação deve ser afastada.

Não encontra respaldo a alegada falta de interesse de agir, pois há muito se consolidou o entendimento de que não é necessário esgotar a via administrativa para ajuizamento da ação.

Outrossim, a medida pretendida pela parte autora não vinha sendo oferecida rede de ensino público e, até o ajuizamento da presente ação, não havia atendimento ao quanto requerido na inicial.

Quanto ao mérito, verifica-se que a ação é procedente.

O artigo 6º da Constituição Federal alçou o direito à educação à categoria de direito social, incluindo-o entre os fundamentais.

O direito à educação, e em especial à educação infantil, está assegurado nos artigos 205 e seguintes da Carta Magna.

Acesso ao Sumário

Tratando-se de norma expressa e de eficácia plena, e não de norma programática, porque não há a exigência de regulamentação da matéria por legislação complementar, a única conclusão possível é a de que as crianças têm constitucionalmente garantido o direito efetivo de atendimento em escola infantil.

Ademais, o artigo 206, inciso I da Constituição Federal estatuiu o Princípio da Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, no que foi seguido pelo inciso I, do artigo 53, da lei nº 8.069/90, que também obriga o Município a propiciar o ensino infantil público à todas as crianças que desejarem e necessitarem, de modo que, futuramente, possam ingressar no ensino fundamental em paridade de condições com as crianças que tiveram acesso ao ensino infantil da rede privada. Não pode, pois, o Município, dar prioridade a algumas crianças, marginalizando as demais. Todas que necessitarem têm o direito constitucionalmente assegurado ao acesso ao ensino público infantil.

Em suma, o Estado está obrigado a viabilizar o acesso ao ensino infantil a quem por ele optar e necessitar, ao passo que não é lícito ao genitor decidir ou não pelo ingresso e permanência dos filhos no ensino fundamental. Para esses há a obrigatoriedade de matriculá-los. O acesso tanto à creche, quanto à pré-escola e ao ensino fundamental é, pois, direito público subjetivo.

Por outro lado, a norma constitucional disposta no artigo 211 disciplina a educação infantil como dever do Estado, dispondo que a União, os Estados Membros e os Municípios atuarão em regime de colaboração.

O autor trouxe aos autos documentos suficientes a comprovar a clara necessidade de auxílio de terceiros para que a criança A.A.P.C. tenha garantido o acesso à educação (fls. 34/52).

E apesar de o Estado alegar que fornece acompanhamento pedagógico adequado às necessidades especiais da criança, a liminar foi deferida em 16/06/2015 (fls. 71) e apenas cumprida em 03/08/2015, por meio de contratação temporária de cuidador (fls. 109).

Em verdade, em tema de educação que envolve direito e garantia fundamental, o Estado não tem discricionariedade. Ao contrário, está vinculado às normas constitucional e infraconstitucional que lhes impõem tais obrigações como serviços públicos essenciais e relevantes.

Quando a lei impõe obrigação dessa ordem, o poder público não tem a faculdade de optar entre cumpri-la ou não. Está obrigado ao cumprimento. Há, é verdade, certa discricionariedade, mas somente quanto à forma de satisfazer a obrigação.

A atuação do Poder Judiciário, em cumprimento ao mandamento constitucional que assegura a todos o livre acesso para assegurar direitos postergados ou violados, implica no exame da matéria à luz das normas que

Acesso ao Sumário

concedem ou asseguram tais direitos, garantindo-lhes, em consequência, o exercício ou a eficácia. Assim, pois, não tem a conotação de violar a autonomia do município, sob pena de impedir o cumprimento da própria Constituição da República que assegura o pleno acesso à Justiça, quando um direito é violado ou está na iminência de o ser.

Como cediço, *"o respeito à norma legal não está sujeito ao arbítrio do administrador público. Só há discricionariedade quando de duas ou mais providências possíveis, qualquer delas possa atender o escopo legal"* (TJSP, AC nº 94.168-0/9).

A doutrina trilha igual entendimento. É de mediana clareza a lição de Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 90, ensina que *"pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omisso e autoriza a obtenção do ato omitivo pela via judicial"*.

Não se ignora haver limitação orçamentária, mas, no escopo da concretização de direito fundamental à educação e sem a excepcionalidade motivada por real e específica impossibilidade objetiva demonstrada, a omissão da Administração não comporta justificação na cláusula da "reserva do possível", que, como bem ensina Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo elaborado em parceria com Mariana Filchtiner Figueiredo, tem sido usada de forma falaciosa, *"(...) como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. (...)"* (SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *in* "Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". p. 32. "Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010).

Acesso ao Sumário

O direito da criança ao ensino público é liquido e certo e é por isso que não se deve dar a essa atuação do Poder Judiciário qualquer conotação de violação da autonomia da Administração Pública, seja ela Federal, Estadual ou Municipal, sob pena de se impedir o cumprimento da própria Constituição da República, que assegura o pleno acesso à Justiça e garante a revisão judicial dos atos administrativos.

De outro lado, reconhece-se que o julgamento foi *ultra petita*, compreendendo a análise de matéria além daquelas suscitadas na petição inicial.

Isso, porém, não é suficiente para que se desconstitua a sentença inteiramente, eis que, por força do *caput* do art. 1.013, § 1º, do Código de

Processo Civil, tendo o réu se insurgido contra esse aspecto, dele o Tribunal conhecerá, de modo a remediar eventual violação ao art. 141 do CPC, bastando que se reconheça a ineficácia da parte do julgado que excede às pretensões formuladas pela autora, como será visto mais à frente.

Assim, de rigor o acolhimento do pedido inicial, excluindo-se os itens "3" e "4" da parte dispositiva da r. sentença.

Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário e à remessa oficial, nos termos acima indicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026603-41.2013.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.S.N., são apelados A.F.L. e R.H.L.

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 39353)**

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, 27 de março de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: Apelação. Ação de guarda movida por vizinhos da infante, que assumiram os seus cuidados desde os três meses de vida. Pai biológico falecido no curso do processo. Genitora não localizada pelo oficial de justiça. Validade da citação por edital. Procedência bem decretada, em razão do desinteresse da mãe biológica em acompanhar o destino da filha. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por A.S.N. contra a sentença de procedência proferida na ação de guarda promovida por A.F.L. e R.H.L. em

benefício de B.F.S.A. (fls.173). Alega, em suma, que não lhe teria sido assegurada a ampla defesa, uma vez que, embora os autores tivessem conhecimento de sua localização, a citação se realizou de forma ficta. Ademais, até a morte de seu companheiro, E., foi vítima de constantes atos de violência doméstica, não exercendo as escolhas de forma livre com relação aos filhos. Aduz que existem laços afetivos entre a criança e a sua família biológica, tendo tentado visitar a filha em diversas ocasiões, mas os apelados teriam dificultado os contatos. Pede a anulação da sentença e, alternativamente, a reversão do julgado. Em caráter subsidiário, solicita a fixação de regime de visitas em seu favor.

Apresentadas as contrarrazões recursais (fls.197/204), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 230/233).

É o relatório. DECIDO.

1. O recurso não comporta provimento.

2. Primeiramente, não há que se falar em nulidade da r. sentença ou cerceamento de defesa, já que todos os esforços foram encetados para que a genitora fosse encontrada e citada pessoalmente.

Os apelados informaram os endereços da mãe biológica constantes do banco de dados da Diretoria Regional de Ensino (...), porém não foi possível localizá-la. Também foram expedidos os ofícios de praxe, em vão (fls. 141/152).

Dessa forma, a citação deu-se de forma válida, conforme preveem os artigos 231, II e 232, I do Código de Processo Civil de 1973, vigentes à época da citação (artigos 256, II e 257, I do Código de Processo Civil de 2015). Neste sentido, confira-se:

> *CITAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. UMA VEZ EFETIVADAS VÁRIAS TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO DO RÉU, OBSERVADAS AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, É VÁLIDA A CITAÇÃO POR EDITAL (ARTIGOS. 231, II E 232, I, CPC/73). RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação nº 001042-72.2012.8.26.0019; Relator: Alberto Gosson; Comarca: Americana; Órgão julgador: 21ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 02/02/2017; Data de registro: 07/02/2017)*

3. No mérito, a sentença deu a correta solução à lide.

Como é cediço, as ações judiciais envolvendo menores devem ser decididas com obediência aos princípios do melhor interesse da criança ou adolescente e de sua integral proteção.[1]

No caso em tela, os elementos de convicção angariados aos autos

1 O melhor interesse da criança foi consagrado pelo art. 227 da Constituição Federal, que dispõe ser "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Acesso ao Sumário

evidenciaram que B. se encontra adaptada à rotina familiar que mantém com A. e R., seus atuais guardiães, não sendo conveniente qualquer alteração em sua vida, ao menos neste momento.

A criança se encontra sob a guarda de fato da família há sete anos, anotando-se que, consoante a versão do Sr. R., "quando seu pai biológico a levou para o (...), ela não comia e somente chorava, pedindo pela *mãe* C." (fls. 79/80).

A propósito, na entrevista para a assistente social judiciário, foi possível perceber a existência de vínculos afetivos entre eles e a menor, já que ela se refere a eles como "pai" e "mãe", chama a filha do casal de "irmã" e mãe de A. de "avó", nutrindo afeto por eles (fls. 79/80).

A psicóloga judiciária constatou, em entrevista com os apelados, que estes possuem bom relacionamento entre si e com B., mostrando preocupação com seu bem-estar (fls. 97). Neste sentido, nada justifica a mudança do quadro atual, que atende aos interesses da menor.

4. Por fim, não há que se falar em regulamentação das visitas, ao menos neste momento.

Após a morte do ex-companheiro, A. não compareceu aos estudos sociais, não fornecendo satisfações sobre o seu paradeiro – nem mesmo aos seus defensores (fls. 222). Tudo isso revela que não ostenta interesse em acompanhar o destino da filha, não se justificando que se lhe garanta um direito que não pretende exercer. Caso sobrevenha real interesse na visitação em momento futuro, a genitora poderá manejar ação própria para ter o seu direito resguardado.

5. Pelo exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015632-82.2015.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado P. DE J. DA V. I. E J. DE M., é apelado/apelante J.V.A.S. (MENOR) e apelado L.B.R. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram: Por maioria, negaram provimento ao recurso do menor J.V.A.S. e deram provimento ao recurso do Ministério Público para responsabilizar o menor L.B.R pela prática de ato infracional equiparado ao delito do art. 217-A do C.P.P. e aplicaram a ambos, a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado. Vencido, em parte, o

Acesso ao Sumário

Relator Sorteado que declara voto. Acórdão com o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.002)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencido e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 13 de março de 2017.

SALLES ABREU, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato Infracional – Estupro de vulnerável e Fornecimento de bebida alcoólica a adolescente – Materialidade e autoria demonstradas em relação a ambos os adolescentes – Palavra da vítima – Relevância – Relatos da ofendida corroborados pelas provas orais colhidas durante a instrução processual – Provas seguras – Responsabilização de rigor – Medida socioeducativa de internação necessária e adequada ao caso – Recurso defensivo não provido – Recurso ministerial provido.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 204/207, que julgou parcialmente procedente a representação oferecida contra **J.V.A.S.** e **L.B.R.** e submeteu o primeiro à medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo de 06 meses, c.c. prestação de serviços à comunidade, por 03 meses pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 217-A, do Código Penal, e art. 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente. L.B.R. foi absolvido das acusações que lhe foram imputadas. Inconformadas, recorreram as partes. A defesa pleiteou a absolvição de J.V.A.S. por insuficiência de provas (fls. 223/229). O representante do Ministério Público, por sua vez, requereu a responsabilização de L.B.R. e a aplicação da medida socioeducativa de internação para ambos os adolescentes (fls. 212/218).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 243/248-283/288-292/295), a r. decisão foi mantida (fl. 296).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do apelo ministerial (fls. 304/309).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Consta da representação que no dia (...), aproximadamente às (...), na Av. (...), nº (...), (...), na cidade de (...), J.V.A.S. e L.B.R. forneceram bebida alcoólica a S.C.B., de 13 anos de idade e constrangeram-na a com eles praticar atos libidinosos.

Conforme o relato do Ministério Público, a ofendida, L.B.R., A.B.N. e E.M.B. foram até a casa de J.V.A.S. com o propósito de assistirem um filme, mas quando lá chegaram S.C.B. foi instigada pelos representados a ingerir várias doses de bebidas alcoólicas, até que ficasse completamente embriagada e indefesa.

Ato contínuo, J.V.A.S. pegou a vítima no colo e a carregou até um dos quartos da residência, onde começou a passar as mãos em seus seios e vagina, forçando-a, em seguida, a praticar sexo oral nele.

Pouco tempo depois, L.B.R. entrou no quarto e também abusou da ofendida, passando as mãos em seus seios e vagina. Em seguida, J.V.A.S. saiu do quarto e L.B.R. continuou com as investidas, forçando a vítima a também fazer sexo oral nele.

Em dado momento, A.B.N. e E.M.B., prevendo que o pior poderia acontecer, pediram para entrar no quarto, porém não foram atendidos.

Passado algum tempo, J.V.A.S. levou a ofendida para o banheiro e a fez novamente praticar sexo oral nele, além de tentar praticar com ela coito anal.

A materialidade do ato infracional ficou demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 05/08) e pelos laudos periciais (fl. 33/35-49/52-53/56).

A autoria é incontroversa em relação a ambos os adolescentes.

L.B.R. disse que estava na piscina do condomínio, quando J.V.A.S. o chamou, juntamente com S.C., E.M.B. e A.B.N., para assistir um filme em sua residência. Na estante da sala havia algumas garrafas com bebida alcoólica. S.C.B. perguntou se poderia tomá-las, recebendo resposta positiva de J.V.A.S. Diante daquilo, decidiu retornar para a piscina onde encontrou L. e ficou conversando por uns 20 minutos. Retornou ao apartamento e se deparou com a vítima embriagada. J.V.A.S. pediu para que procurasse uma camisinha, mas não encontrou. Ele próprio conseguiu localizar e foi com S.C.B. para o banheiro, onde permaneceram por 20 minutos. Perceberam que a situação da ofendida não era boa, razão pela qual decidiram dar a ela um soro caseiro e levá-la ao parque do condomínio. A mãe de L. percebeu o ocorrido e conduziu S.C.R. para casa (fls. 136/137).

J.V.A.S. confirmou que convidou a todos para assistir um filme em sua casa. Em dado momento, saiu da sala para beber água e quando voltou deparou-se com S.C.R. ingerindo pinga da própria garrafa. Pegou o objeto das mãos dela, mas ela já estava alterada em razão da bebida. Negou ter mantido relação sexual

Acesso ao Sumário

com a ofendida, tampouco praticado qualquer tipo de abuso contra ela. Devido ao estado de S.C.R., desceram-na até o parque, onde a mãe de L., percebendo que ela não estava bem, levou-a para casa (fls. 138/139).

A ofendida **S.C.R.** narrou que foi convidada, assim como os demais que estavam na piscina, para irem até a casa de J.V.A.S. tomar um "goró". Quando chegaram lá, J.V.A.S. pegou uma garrafa, colocou a bebida em um copo e deu para todos beberem, exceto A.B.N. e E.M.B. Ficou tonta e enjoada, mas como eles ofereceram, decidiu beber mais. Em seguida, J.V.A.S. a pegou no colo e a levou para um dos quartos. Foi colocada na cama e J.V.A.S. a fez praticar sexo oral nele. Quis ir ao banheiro e J.V.A.S. foi junto. Olhou pra trás e viu uma camisinha jogada no chão. J.V.A.S. a empurrou contra a parede e tentou manter coito anal, mas não conseguiu. Lembra-se que L.B.R. também passou as mãos em seu corpo, seios e vagina enquanto estava no quarto. L.B.R. também quis que fizesse sexo oral nele. A mãe de L. a levou para casa. Contou o que se lembrava para sua genitora (fls. 159/161).

A genitora da ofendida disse que sua filha ficou muito embriagada e lhe disse que J.V.A.S. e L.B.R. passaram as mãos em seu corpo, seios e vagina. O primeiro colocou o pênis em sua boca e tentou praticar sexo anal com ela. O segundo também queria que ela praticasse sexo oral nele, porém isso não chegou a acontecer (fls. 159/161).

A.B.N. relatou que estavam na casa de J.V.A.S. quando S.C.R. e L.B.R. começaram a beber. J.V.A.S. e S.C.R. foram para um dos quartos. L.B.R. também entrou no quarto e fechou a porta. Algum tempo depois, L.B.R. saiu procurando por uma camisinha. Depois, S.C.R. e J.V.A.S. foram para o banheiro. S.C.R. estava "loucona". Deixaram-na perto do parquinho. Ficou sabendo que a mãe de L. a levou para casa. Indagou J.V.A.S. e L.B.R. sobre o que aconteceu no quarto e eles disseram que "não fizeram nada que ela queira" (fls. 162/163).

E.M.B. asseverou que J.V.A.S. serviu bebida a S.C.R. em um copinho. Por conta disso, ela ficou embriagada. Em seguida, J.V.A.S. a carregou para um dos quartos. Posteriormente, J.V.A.S. saiu pedindo uma camisinha. Disse que L.B.R. não ficou fechado no quarto com os dois. J.V.A.S. e S.C.R. foram até o banheiro onde ficaram por bastante tempo. Como S.C.R. estava muito bêbada, deram a ela água com açúcar e levaram-na ao parque do condomínio (fls. 164/165).

S.M.L.F., vizinha de S.C.R., afirmou ter visto quando ela andava pela rua cambaleando. Em conversas, a ofendida lhe contou que estava na casa de J.V.A.S. bebendo. L.B.R. a instigou para que ingerisse bebida alcoólica. Questionada, a vítima disse que estava com J.V.A.S. e L.B.R. e teve que fazer um "boquete" neles para que eles não fizessem coisas erradas com ela (fls. 166).

As demais testemunhas nada acrescentaram para a elucidação do ocorrido

Acesso ao Sumário

(fls. 167-168-169).

As versões dos fatos apresentadas pelos adolescentes não convencem, pois, contraditórias e dissonantes dos demais elementos probatórios colhidos durante a instrução processual.

Repise-se que a ofendida foi categórica ao afirmar que tanto J.V.A.S. quanto L.B.R. forneceram-lhe bebida alcoólica e aproveitaram-se do seu estado de embriaguez para praticarem diversos atos libidinosos consistentes em passar as mãos pelo seu corpo, seios e vagina. Ainda, J.V.A.S. foi muito além, introduzindo o pênis em sua boca e tentando forçá-la ao coito anal.

Como é cediço, em crimes contra a liberdade sexual, geralmente cometidos longe de outras testemunhas, a palavra das vítimas é de suma importância para a elucidação dos fatos, uma vez que seu único intento é apontar o autor da crueldade a que foram submetidas.[1]

No mais, o relato da testemunha presencial A.B.N. deixa claro que J.V.A.S. e L.B.R. estavam trancados no interior do quarto com a vítima, infirmando, portanto, o que foi dito por eles.

Corroborando a palavra da ofendida, tem-se ainda o depoimento de sua genitora e de sua vizinha, que apesar de não terem presenciado os fatos, souberam por meio dela que os dois adolescentes a embriagaram e com ela praticaram atos libidinosos.

Não resta dúvida, pelo exposto, do envolvimento de J.V.A.S. e L.B.R. nos atos infracionais narrados na representação, com o que a responsabilização de ambos é medida de rigor.

No tocante à medida socioeducativa, a internação mostra-se necessária e adequada ao processo de reeducação e ressocialização dos adolescentes, pese embora o respeito aos argumentos lançados no voto E. Desembargador Relator.

Apesar de primários, não se pode olvidar que a conduta praticada por J.V.A.S. e L.B.R. é extremamente grave, análoga a crime hediondo em razão do elevado grau de repulsa que causa na sociedade.

Diga-se que nem mesmo a existência de um núcleo familiar estruturado os impediu de praticar fato de tal gravidade, o que reforça a necessidade da internação, para reeducá-los e prepará-los para a vida em sociedade, materializando-se o princípio da proteção integral.

De mais a mais, as circunstâncias fáticas em que a infração foi praticada indicam a necessidade de uma resposta estatal com maior rigor, tudo a fim de impedir que os adolescentes tenham a clara sensação de impunidade e tornem à prática infracional.

Cumpre repisar que o ato infracional foi cometido contra vulnerável,

1 (STJ, HC 326991/SP, 5ª Turma, Min. Ribeiro Dantas, jg. 13/09/2016, Dje 21/09/2016).

Acesso ao Sumário

posta em estado de completa embriaguez, sem qualquer condição de apresentar reação às ofensas praticadas.

Relevante frisar que, se aproveitando da ausência dos pais de J.V.A.S., os adolescentes atraíram a ofendida para a residência dele, onde passaram a oferecer-lhe bebida alcoólica, vindo a embriagá-la, com a finalidade preordenada de com ela praticar atos libidinosos sem consentimento.

Com isso, os adolescentes demonstraram possuir personalidade desajustada, ardil e indiferente às normas sociais e morais, não se importando com as consequências que seus atos, tanto para eles quanto para a ofendida, com o que uma medida em meio aberto não seria o condão de reabilitá-los, tampouco de reeducá-los.

Ademais, não restam dúvidas de que a medida extrema trará benefícios aos próprios adolescentes, porquanto buscará prepará-los para uma vida socialmente saudável e os conscientizará sobre desvalor de suas ações.

Os adolescentes também receberão acompanhamento e orientação de equipe técnica especializada, o que lhes permitirá refletir e reavaliar suas condutas, mediante o despertar do senso crítico acerca dos atos praticados, bem como de suas consequências, quer no meio social, quer em suas próprias vidas.

Nunca é demais esclarecer que a medida socioeducativa de internação possui forte cunho pedagógico e ressocializante, e, no caso, mostra-se necessária medida mais enérgica de censura social, diante da gravidade dos atos perpetrados pelos adolescentes.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto por **J.V.A.S.** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo **Ministério Público** para responsabilizar L.B.R., pela prática de atos infracionais equiparados ao delito previsto no art. 217-A, do Código Penal e art. 243, do ECA, e também para aplicar a ambos os adolescentes a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Expeçam-se mandados de busca e apreensão.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 39034)

Vistos.

Ouso divergir da d. maioria, pelos fundamentos a seguir expostos.

Narra a representação que, no dia (...), por volta das (...), os adolescentes J.V.A.S. e L.B.R., valendo-se da tenra idade da vítima S.C.B. (13 anos de idade), embriagaram-na e violentaram-na. Consta que S.C.B., A.B.N.L. e E.M.B., foram até a casa de J.V.A.S., localizada na Av. (...), nº (...), (...), na cidade de

(...), com o propósito de assistirem a um filme, mas, lá chegando, a adolescente S.C.B. e L.B.R. passaram a ingerir bebidas alcoólicas, sendo S.C.B. foi instigada por L.B.R. e J.V.A.S. a beber várias doses de bebidas até ficar completamente embriagada e indefesa. J.V.A.S., então, pegou-a no colo e levou-a para um dos quartos da casa, onde passou as mãos por seus seios e vagina e, segurando a vítima pela cabeça, forçou-a a chupar seu pênis. Pouco tempo depois, L.B.R. também entrou naquele quarto e, juntamente com J.V.A.S., passou as mãos pelo corpo da vítima, incluindo os seios e a vagina. Em seguida, J.V.A.S. saiu do quarto e ali deixou S.C.B. com L.B.R., tendo este continuado com os abusos contra S.C.B. e também forçado a mesma a chupar o seu pênis. Após algum tempo, J.V.A.S. retornou para o quarto, levou a vítima para o banheiro e novamente a fez chupar seu pênis e tentou manter coito anal, passando seu pênis pelo ânus de S.C.B., não conseguindo penetrá-la.

A materialidade dos fatos restou comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 5/8, pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 33/35, com resultado positivo para o exame de dosagem alcoólica (0,6 g/l, sugerindo que a menor encontrava-se embriagada na hora dos fatos), pelo laudo pericial de fls. 53/56, que confirmou a presença de líquido seminal nas vestes da vítima, e pelos relatos da vítima e demais testemunhas, colhidos em juízo, sob o crivo do contraditório.

De seu turno, a autoria restou demonstrada em relação a ambos os representados, nada obstante a negativa deduzida em juízo (fls. 136/137 e 138/139), que restou isolada das demais provas coligidas aos autos.

Realmente, é incontroverso nos autos que os representados, juntamente com a vítima e dois outros amigos, foram à casa de J.V.A.S. a pretexto de assistir um filme e que, ali, a vítima consumiu bebida alcoólica, ficando embriagada. Nesse sentido, são os relatos coerentes dos próprios representados, bem como da vítima e das demais testemunhas (fls. 159/170).

Por sua vez, os depoimentos dos menores A.B.N.L. e E.D.B., que também estavam no local dos fatos, comprovam que os representados forneceram bebida alcoólica e instigaram S.C.B. a consumi-la e que, ainda, beberam junto com ela (fls. 16/18, 102/103, 162/163 e 164/165), o que também foi confirmado pelas palavras da vítima, tanto na fase policial quanto em juízo (fls. 19/20 e 159/161).

Caracterizada, assim, está a conduta tipificada no artigo 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que J.V.A.S. e L.B.R. forneceram à vítima menor, S.C.B., a título gratuito, produto cujo componente pode causar dependência física ou psíquica (álcool), sendo irrelevante o fato de a menor ter consumido a bebida voluntariamente, porquanto o simples fato de disponibilizá-la e oferecê-la é suficiente para a configuração do ato infracional.

De seu turno, no que se refere ao ato análogo a estupro de vulnerável, é igualmente induvidoso que ambos representados praticaram atos libidinosos

Acesso ao Sumário

com S.C.B.

A testemunha A.N.B.L. narrou que tanto J.V.A.S. quanto L.B.R. entraram no quarto com a vítima e que, posteriormente, L.B.R. saiu do cômodo para procurar uma camisinha. Contou que, em seguida, S.C.B. entrou no banheiro e que J.V.A.S. entrou junto com ela, sendo que ambos permaneceram ali "um tempo razoável para fazer um 'xixi'" (fls. 89 e 162).

Já E.D.B., na fase policial (fls. 102/103), afirmou que J.V.A.S. carregou S.C.B. no colo para um quarto e que trancou a porta. Relatou que depois L.B.R. também levou a vítima para o quarto, mas que J.V.A.S. não gostou e fez com que saíssem do cômodo. Depois, J.V.A.S. entrou no banheiro com S.C.B., de onde demoraram para sair. Já em juízo, confirmou a narrativa no que se refere a J.V.A.S., mas afirmou que L.B.R. não ficou no quarto com a vítima (fls. 164).

Por sua vez, a vítima relatou que foi levada ao quarto por J.V.A.S., que lhe forçou a realizar sexo oral. Narrou que L.B.R. também esteve no cômodo e passou a mão em seu corpo, em seus seios e vagina, e que queria que fizesse sexo oral nele, mas que conseguiu se recusar a fazê-lo. Contou que, depois, J.V.A.S. entrou no banheiro junto com ela e tentou fazer sexo anal, mas que não conseguiu diante de sua resistência.

Nesse cenário, nota-se que o relato da vítima é coerente e consistente e foi corroborado pelo depoimento das demais testemunhas. E, como é sabido, *"Nos delitos de natureza sexual, por muitas vezes não deixarem vestígios, a palavra da vítima é de suma importância, desde que em consonância com os demais meios de prova dos autos"* (AgRg no AREsp 568.478-SP, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz em 4/8/15, DJe de 18/8/15).

De outra banda, muito embora L.B.R. não tenha praticado sexo oral ou anal com a vítima, restou comprovado que tocou a vítima de forma libidinosa, sem seu prévio e válido consentimento e aproveitando-se de sua condição de embriaguez, o que é suficiente para caracterizar a conduta delituosa prevista no art. 217-A, do Código Penal.

Tenha-se em mente que *"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso"* (AgRg no REsp 1.154.806-RS, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, em 28/2/12, DJe de 21/3/12). Não é demais lembrar, ainda, que, *"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção*

carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime" (REsp n. 1.480.881/PI, 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, em 26/8/15, DJe de 10/9/15).

A procedência da representação era, portanto, de rigor com relação a ambos os adolescentes representados.

De seu turno, no que toca à medida socioeducativa, tem-se que as medidas aplicadas – prestação de serviços à comunidade c/c. liberdade assistida – revelam-se adequadas ao caso concreto.

Com efeito, não se ignora que, *"diante da prática de ato infracional equiparado ao estupro de vulnerável, está autorizada a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente"*, tendo em vista que *"a violência, ainda que presumida, habilita a imposição de medida de internação"* (HC 325.907-SP, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., em 13/10/15, DJe de 3/11/15).

Contudo, não se pode olvidar também que, consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, *"As medidas socioeducativas são aplicadas levando-se em conta, principalmente, as circunstâncias e a gravidade do ato infracional, bem como as condições pessoais do menor infrator, em atendimento à finalidade precípua da Lei n. 8.069/1990, que é conferir proteção integral à criança e ao adolescente"* (HC 304.117-ES, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, em 23/09/15).

Pois bem. No caso concreto, cuida-se de adolescentes sem antecedentes infracionais e que contam com respaldo familiar, já que ambos pertencem a famílias estruturadas, não havendo, outrossim, relatos de evasão escolar.

Nesse cenário e levando-se em conta que as medidas socioeducativas não têm por escopo a punição dos representados, mas sim seu acompanhamento, auxílio e orientação, não apenas a fim de evitar a reiteração de práticas de atos infracionais, mas, sobretudo, para ajudá-los a construir um novo projeto de vida, respeitando os limites e regras de convivência social, tem-se que as medidas aplicadas atendem às condições pessoais dos infratores.

Vale lembrar que *"a submissão de um adolescente a 'prestação de serviços à comunidade' tem um sentido altamente educativo, particularmente orientado a obrigar o adolescente a tomar consciência dos valores que supõem a solidariedade social praticada em seus níveis mais expressivos. Assistir aos desvalidos, aos enfermos, aos educandos (atividades que devem ser prestadas em 'entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres') é tarefa que impõe a confrontação com o alter coletivo, de modo*

Acesso ao Sumário

que possa demonstrar-se uma confiança recíproca que, por sua vez, está presente em todos os códigos de ética comunitária" (Roberto Bergalli, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, coordenador Munir Cury, 2013, p. 591).

Isto posto, pelo meu voto, negava provimento ao recurso de J.V.A.S. e dava provimento em parte ao recurso do Ministério Público para julgar procedente a representação pela prática de atos infracionais equiparados aos crimes previstos no art. 217-A, do Código Penal, e no art. 243, do Estatuto da Criança Adolescente, também em relação ao representado L.B.R., aplicando-lhe medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, cumulada com liberdade assistida, pelo prazo de seis meses.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0000623-09.2015.8.26.0594, da Comarca de Duartina, em que é apelante O.J.M. (MENOR), é apelado P. DE J. V. I. E J. DE D.

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 n. 45.067)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de março de 2017.

RICARDO DIP, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. MENOR. ATO INFRACIONAL.

– Conduta tipificada nos incs. II e IV do § 2º do art. 121 c.c. inc. II do art. 14 ambos do Código Penal.

– Sentença de procedência da representação – Aplicação de internação.

– Autoria e materialidade confirmadas nos autos.

– Gravidade concreta do ato infracional objeto e condições pessoais do actante que justificam a aplicação da medida socioeducativa de internação.

– Consonância com disposto no § 1º do art. 112 e inc. I do art. 122 da Lei n. 8.069/1990.

Não provimento do recurso.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Apela O.J.M. da r. sentença, que julgou procedente representação contra ele oferecida, pela prática de ato infracional equiparado ao crime de homicídio tentado, tipificado nos incs. II e IV do § 2º do art. 121 c.c. inc. II do art. 14 ambos do Código Penal, impondo-lhe medida socioeducativa de internação.

O apelante sustenta, em suma, que não teve intenção de matar a vítima e agiu movido por relevante valor moral. Pede, subsidiariamente, a aplicação de medida mais branda (e-págs. 95-9).

Oferecidas contrarrazões (e-pág. 106), mantido o *decisum* (e-pág. 116), a digna Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (e-págs. 148-52).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença originária.

VOTO:

2. Passaram-se os fatos sob exame no dia (...), por volta das (...), no Cemitério (...), na cidade de (...), na Comarca de (...), ocasião em que o apelante, com *animus necandi*, por motivo fútil e utilizando recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiu golpes com um pedaço de pau na vítima L.M.S., causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito e não a levando à morte por circunstâncias alheias a sua vontade.

3. A materialidade decorre do boletim de ocorrência (e-págs. 7-9) e do laudo de exame de corpo de delito (e-págs. 69-70).

4. Não há dúvidas quanto à autoria. O adolescente admitiu, tanto em fase inquisitiva, quanto em oitiva informal (e-págs. 27-8), que se dirigiu ao cemitério e, usando uma madeira, efetuou golpes contra a vítima. A confissão, realizada na promotoria, foi ratificada em audiência de instrução e julgamento (mídia audiovisual).

As testemunhas T.K.H. e K.D.S., tanto na fase inquisitiva, quanto na judicial, confirmaram que o representado disse que matou a vítima (e-págs. 74 e 76, mídia audiovisual).

T.K.H. afirmou que estava no cemitério com a vítima, quando o representado os abordou e tentou agredi-lo. Para evitar o confronto, saíram do local, momento em que a ofendida, L.M.S., retornou e o apelante a seguiu. O infrator, pouco tempo depois, saiu com as mãos sujas de sangue, anunciando ao irmão da vítima, K.D.S., que a matou.

Acesso ao Sumário

A testemunha R.D. relatou que ouviu a avó da vítima, Z.B.L., chorando, porque mataram sua neta no cemitério. Deslocou-se ao local e, iluminando o sítio com o celular, encontrou a vítima inconsciente, caída, sangrando muito e convulsionando. Prestou-lhe primeiros socorros e a levou ao posto de saúde. A declarante, em seguida, afirmou que todos souberam que foi o apelante quem agrediu a vítima (e-pág. 77 – mídia audiovisual).

5. A prova dos autos é persuasiva para apontar, com segurança, a autoria da conduta descrita na representação.

Não se pode reconhecer que sua atuação se revestiu de caráter defensivo contra apontado relevante fator moral. A só existência de traição em seu relacionamento amoroso com a vítima não implica, *simpliciter*, em reconhecimento que a conduta do adolescente se reveste em legítima defesa da honra.

6. Extrai-se a intenção de matar pela quantidade de golpes na região da cabeça e tórax, quando a vítima já estava sem ação, causando traumatismo craniano e outros ferimentos graves descritos no laudo de exame de corpo de delito.

7. No que tange com a medida a ser adotada, molda-se ao caso a internação.

O envolvimento do ora recorrido na prática de ato infracional correspondente ao crime de homicídio tentado justifica a aplicação da medida socioeducativa mais gravosa, com fundamento legal no inciso II do § 2º do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que se considere alguma excepcionalidade na medida.

Trata-se, na espécie, de conduta expressiva de ousadia e perigosidade inequívoca, a exigir, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal, em defesa não só da sociedade política.

Com efeito, este o caso dos autos, agente que pratica ilícito de homicídio, ainda que na modalidade tentada, faz desvelar, com sua **própria conduta**, dados vistosos de sua periculosidade, o que acarreta **prognose reservada quanto à sua não iteração ilícita**.

Acesso ao Sumário

Nesse quadro, a reação jurídica deve ser **eficaz** para prevenir um estímulo ao ilícito e a trivialização da violência.

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar um acompanhamento paideico ao menor, que poderá contar com suporte psicológico e profissionalizante.

No mais, averbe-se que em consulta ao lugar eletrônico da Fundação CASA, constata-se que a referida medida socioeducativa foi objeto de progressão para liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade, em 10 de fevereiro de 2017.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000922-63.2011.8.26.0452, da Comarca de Piraju, em que é apelante C.C.M.J.L.M.G.P., é apelado P. DE J. V. I. E J. DE P.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (DECANO), vencedor, ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), vencido, e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 13 de março de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator Designado

Ementa: ECA – Infração Administrativa – Apelo que se volta contra sentença que condenou o réu ao pagamento de 4 (quatro) salários de referência ante a violação do disposto no artigo 258, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ter permitido a venda de bebida alcóolica para menores de 18 anos – Fatos que se reportam a meados de fevereiro de 2011, ou seja, antes da inovação decorrente da Lei nº 13.106, de 2015, que acrescentou o artigo 258-C ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever o descumprimento da proibição estabelecida no inciso II do artigo 81 do referido Estatuto Menorista – Incidência do princípio "tempus regit actum" – Atipicidade – Precedentes – Apelo provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *"C.C.M.J.L.M.G."* contra a respeitável sentença de fls. 526/532, que julgou parcialmente procedente a representação, declarando o réu como incurso nas penas do artigo 258, do Estatuto da Criança e do Adolescente, condenando-o à pena de 4 (quatro)

Acesso ao Sumário

salários de referência.

Alega o recorrente, em apertada síntese, que: (a) não ocorreu qualquer conduta negligente a ser considerada como merecedora de punição por sua reprovabilidade; (b) os menores com idade superior a 14 anos de idade, na forma do alvará judicial de f. 82, tinham acesso permitido nos eventos da entidade, sob fiscalização do Conselho Tutelar, razão pela qual descabida, em virtude da observação das recomendações do Alvará Judicial, a alegação de omissão e negligência; (c) não há provas quanto à venda de bebidas alcóolicas para menores de 18 anos de idade, sendo de rigor a improcedência da representação, vez que não configurada a hipótese prevista no artigo 258, do Estatuto da Criança e do Adolescente; (d) subsidiariamente sustenta que se impõe a redução da multa para o mínimo legal (fls. 541/550).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fl. 551), houve apresentação de contrarrazões (fls. 553/563), ficando mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fl. 564) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 570/573).

O apelo comporta provimento.

Depreende-se dos autos que o *"C.C.M.J.L.M.G.P. – '(...)'"*, entidade privada sem fins lucrativos, cuja atividade principal é a prestação de serviços assistenciais a menores, ao organizar evento denominado *"(...)"*, em (...), teria permitido a venda de bebida alcoólica a adolescentes, razão pela qual houve por bem o juízo *a quo* em julgar parcialmente procedente a representação, condenando-o à sanção de 4 (quatro) salários de referência, como incurso somente no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls.526/532).

Entendo, data vênia, que em razão de os fatos terem ocorrido em 2011, quando, ainda, o referido artigo 258, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não encampava a conduta de venda de bebida alcoólica, a situação narrada nos autos não pode se subsumir ao previsto no referido dispositivo legal, cuja transcrição se impõe para melhor elucidação dos fatos:

"Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo."

Nesse contexto, verifica-se que, à época, o fornecimento de bebida alcoólica a menores não era contemplado pelo artigo 258 da Lei nº 8.069/90.

Observa-se, assim, que a inovação decorrente da Lei nº 13.106, de 2015, que acrescentou o artigo 258-C ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever o descumprimento da proibição estabelecida no inciso II do artigo 81 do referido Estatuto Menorista, não se aplica à hipótese em comento, porque em vigência somente após 4 (quatro) anos dos fatos narrados na exordial – ***tempus***

Acesso ao Sumário

regit actum.

Assim, em respeito aos princípios da legalidade e tipicidade (*nullum crimen nula poena sine lege*), tem-se que a infração prevista no artigo 258 da Lei nº 8.069/90 objetivava, à época, tão somente a regulamentação de entrada de menores desacompanhados e é certo que o alvará previu a possibilidade da frequência de maiores de 14 anos desacompanhados dos pais e tal foi devidamente respeitado pelo apelante.

Ademais, tem-se que a discussão sobre o mérito se voltou exclusivamente para a venda de bebida alcoólica a adolescentes, não podendo o sindicado se defender de acusações por infração outra que não lhe alcança, pois, a vulnerar seu direito de defesa.

A respeito do tema, aliás, já se pronunciou recentemente esta C. Câmara Especial:

> *"Infração administrativa – Art. 258 ECA – Fornecimento de bebida alcóolica a menores – Atipicidade – Conduta não alcançada pelo elenco de infrações administrativas do Estatuto Menorista – Comportamento que se subsome ao crime previsto no art. 243 do ECA – Recurso provido, com extensão de seus efeitos aos demais corresponsabilizados"* (Apelação nº 3006644-64.2013.8.26.0320, Rel. Renato Genzani Filho, j. 15.12.2016).
>
> *"APELAÇÃO. Estatuto da Criança e do Adolescente. Venda de bebida alcóolica a adolescente por supermercado. Procedência de representação por infração administrativa, condenando o estabelecimento ao pagamento de multa no valor de três salários de referência. Violação dos artigos 81 e 243, da Lei 8.069/90 que não configura infração prevista no artigo 258 do mesmo diploma. Procedimento administrativo que deve ser julgado improcedente. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. Recurso provido"* (Apelação nº 0015222-71.2011.8.26.0309, Relator Camargo Aranha Filho, j. 13.5.2013).
>
> *"MENOR – Infração administrativa – Presença de adolescentes em baile, desacompanhados de seus pais ou responsáveis não comprovada – Descaracterização da infração prevista no artigo 258 do ECA – Venda de bebida alcóolica a menores – Relevância penal que não constitui infração administrativa – Recurso provido"* (Apelação nº 0224306-40.2009.8.26.0000, Relator: Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 18.01.2010).

Pelo exposto, **dou provimento ao apelo**, para afastar a responsabilidade do apelante pela falta ao artigo 258, do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que, na ocasião, atípica a conduta.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048024-06.2016.8.26.0000, da Comarca de Birigui, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE BIRIGUI, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE BIRIGUI.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente para processar e julgar a demanda o MM. Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37002)**

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: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de tutela cautelar de sustação de protesto movida em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Magistrada da 3ª Vara Cível da Comarca de Birigui que declina da competência, ao argumento de que a matéria deveria ser decidida pela Vara dos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública da Comarca. Procedimentos especiais e tutelas cautelares incompatíveis com o rito da Lei nº 9.099/95. Conflito procedente, com a atribuição da competência do juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Birigui em face do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da

ação de tutela cautelar de sustação de protesto movida contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Argumenta que o procedimento ajuizado pela autora, previsto nos artigos 306 a 310 do Código de Processo Civil, seria semelhante às antigas medidas cautelares, portanto incompatível com o sistema dos Juizados Especiais.

O MM. Juízo suscitado foi designado para apreciar e resolver as medidas urgentes.

Não há interesse a justificar a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

O conflito de competência está configurado, pois ambos os Juízos declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do novo Código de Processo Civil.

O incidente foi tirado em ação de tutela cautelar ajuizada por Mania de Moça Ltda-EPP em face da Fazenda Pública Estadual, distribuída originariamente ao MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Birigui, que determinou a remessa do feito ao Juizado Especial da mesma Comarca, ao argumento que a competência dos Juizados da Fazenda Pública seria plena, porquanto já decorrido o prazo constante no artigo 23 da Lei nº 12.153/2009.

Ao receber os autos, o magistrado da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Birigui suscitou o presente conflito, aduzindo que a ação de tutela cautelar antecedente seria incompatível com o sistema dos Juizados Especiais.

Razão assiste ao juízo suscitante.

De fato, as tutelas cautelares postuladas em caráter antecedente guardam similitude com as medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil de 1973, possuindo rito bastante peculiar e incompatível com a Lei nº 9.099/95.

Neste sentido, Antônio Raphael Silva Salvador leciona que "as ações que possuem rito especial, como a monitória, ou a de consignação em pagamento, a de depósito e outras iguais, não podem ser propostas nos Juizados Especiais, pois o procedimento que seguem, que é o especial, afasta o procedimento diverso que existe nos Juizados" (Juizados Especiais Cíveis, Atlas, 2000, página 43).

Ademais, no Encontro Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE realizado em Belo Horizonte-MG, no período de 25 a 27 de novembro de 2015, foi aprovado o seguinte enunciado: *"Os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos arts. 303 a 310 do CPC/15 são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais."*

Neste passo, evidencia-se a competência do juízo suscitado.

Isto posto, JULGA-SE PROCEDENTE o conflito e declara-se competente para processar e julgar a demanda o MM. Juízo suscitado, da 3ª Vara Cível da

Acesso ao Sumário

Comarca de Birigui.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0064656-10.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE OSASCO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito para declarar a competência do Juízo Suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.406)**

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, 20 de fevereiro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de Competência – ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenizatória de danos morais e pedido de tutela de urgência – distribuição no domicílio do réu – relação de consumo – remessa de ofício ao foro do domicílio do autor – impossibilidade – competência concorrente que é fixada por opção do consumidor e não pode ser declinada de ofício – inteligência da Súmula 77 deste Tribunal – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, em face do MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Osasco, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenizatória de danos morais e pedido de tutela de urgência, ajuizada por Marcos Alexandrino da Silva contra Bradesco Cartões S/A.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os

juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, Marcos Alexandrino da Silva ajuizou ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenizatória de danos morais e pedido de tutela de urgência contra Bradesco Cartões S/A.

O Juízo para o qual a ação foi originariamente distribuída, por entender que o banco réu atua em todo o território nacional por meio de agências e sucursais, possuindo domicílio em todas as localidades e, ainda, que o critério para a fixação de competência nas ações derivadas das relações de consumo é de ordem pública, portanto, declinável de ofício, determinou a remessa dos autos à Comarca da Capital, foro do domicílio do consumidor (fls. 14).

Divergindo do entendimento apontado, a Magistrada da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, ao receber o processo, suscitou o presente conflito de competência (fls. 15).

Assiste razão ao Juízo suscitante.

A ação que versa sobre relação de consumo pode ser ajuizada no foro da sede da ré, de acordo com o artigo 53, III, "a", do Novo Código de Processo Civil, ou no foro do domicílio do autor, consoante artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, o autor possui a faculdade de exercer ou não o direito de demandar no foro de seu domicílio, sendo possível a propositura no juízo de domicílio do réu, no caso, foro da Comarca de Osasco, uma vez que deve apenas optar por uma das alternativas viabilizadas pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 77 deste Tribunal:

"A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no do domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos".

Desse modo, nem o suscitante e nem o suscitado são incompetentes para o julgamento do feito. O que define a questão sobre a competência concorrente é o fato de o autor ter preferido demandar no Juízo suscitado, que, diante da escolha, fica impedido de remeter a ação para outro Juízo.

Veja-se a respeito o conflito de competência nº 0023942-42.2015.8.26.0000, do relator Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, julgado em 6.07.2015:

"Conflito Negativo de Competência. Ação declaratória cumulada com indenização, fundada em contrato de adesão – Relação de consumo – Propositura da ação no foro da sede da empresa ré – Opção do consumidor – Competência territorial indeclinável de ofício – Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 77 do

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado".

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, 1ª Vara Cível da Comarca de Osasco.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0058263-69.2016.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é suscitante MMª JUÍZA DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE SANTANA DE PARNAÍBA, é suscitada MMª JUÍZA DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE BARUERI.

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 29.980)**

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, 20 de fevereiro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação de execução de título extrajudicial – Direito Pessoal – Inexistência de matéria afeta a direito real de propriedade – Comarca de Barueri contratualmente eleita pelas partes – Outrossim, trata-se de competência territorial, de natureza relativa, sendo, destarte, vedada a declinação 'ex officio' – Incidência da Súmula nº 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Validade da eleição de foro para processos oriundos de contrato, 'ex vi' do disposto na Súmula nº 335 do Colendo Supremo Tribunal Federal – Conflito julgado procedente para reconhecer a competência do Juízo suscitado para processar e julgar o feito – Precedentes desta Corte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª Juíza da Vara Única da Comarca de Santana de Parnaíba em face da MMª Juíza da 5ª Vara Cível da Comarca de Barueri, em autos da ação de execução de título extrajudicial ajuizada por *Premium* Tamboré Empreendimentos Ltda. contra Luiz Antônio Ribeiro e Selma Mazzei Ribeiro (fls. 1/2v.).

Designou-se a MMª Juíza de Direito suscitante para apreciar e resolver medidas urgentes (fls. 185) e a D. Procuradoria Geral de Justiça entendeu que de acordo com o Novo Código de Processo Civil não é hipótese de intervenção do *Parquet* (fls. 188).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os Juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Conforme já exposto, a ação foi originariamente distribuída ao MM. Juízo da 5ª Vara Cível de Barueri, que declinou de sua competência encaminhando os autos à Vara Única de Santana de Parnaíba, sob o argumento de que por ser esta, agora, Comarca, deverá então processar e julgar a execução (fls. 70v. e 75).

Por sua vez, a Magistrada da Vara Única da Comarca de Santana de Parnaíba, ao receber os autos, declarou que a incompetência relativa é indeclinável de ofício, nos moldes da Súmula 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e suscitou o presente conflito (fls. 182/v.).

A relação de direito material tratada entre as partes não enfoca questão atinente a direito real sobre bem imóvel. Destarte, a competência para apreciação do feito obedece, pois, as regras atinentes às ações de natureza pessoal. As partes, de fato, elegeram foro para dirimir os conflitos havidos da relação contratual, opção cabível, por conta da natureza da ação *ex vi* do disposto no artigo 47, § 1º, do novo Código de Processo Civil.

E, ademais, o critério de fixação de competência, no caso, é territorial, e, consequentemente, de natureza relativa, não podendo ser declarada de ofício, a teor do que dispõem os artigos 112 e 114, ambos da Lei Processual Adjetiva Anterior, bem como dos vigentes artigos 64 e 65 do Novo Código de Processo Civil. Ressalte-se, outrossim, que esta questão já está consolidada no Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula nº 33: *'A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício'*.

Esta Corte, por diversas vezes, já se pronunciou acerca da matéria: *'Conflito Negativo de Competência. Ação de execução de título extrajudicial. Opção pela propositura da ação no foro de eleição. Juízo suscitado que determinou a redistribuição dos autos para a comarca de Barueri, local de domicílio da empresa executada. Hipótese de competência relativa. Impossibilidade de*

Acesso ao Sumário

declinação ex officio. Exegese da súmula 33, do Superior Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 7ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, ora suscitado' (Conflito de competência nº 0058591-33.2015.8.26.0000, Relator Issa Ahmed, Comarca: Barueri; Câmara Especial, j. em 18/04/2016); *'Conflito Negativo de competência. Ação de reparação de danos – Contrato de prestação de serviços – Cláusula de eleição de foro considerada pelo M. Juízo suscitado – Redistribuição dos autos de ofício – Impossibilidade – Competência relativa indeclinável de ofício – Incidência da súmula n. 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Competência do M. Juízo suscitado, para apreciar e decidir a espécie'* (Conflito de competência nº 0076334-56.2015.8.26.0000, Relator: Ricardo Dip (Pres. da Seção de Direito Público), Comarca: São Paulo, Câmara Especial, j. em 11/04/2016); *'Conflito Negativo de Competência – Varas Cíveis de Comarcas distintas – Ação de busca e apreensão de maquinário industrial proposta no juízo do foro de eleição – Suscitado que determinou a redistribuição da demanda ao foro do domicílio da empresa ré – Impossibilidade – Incidência da Súmula 33 do STJ – Prevalência do foro eleito – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitado'* (Conflito de competência nº 0202420-43.2013.8.26.0000; Relatora: Claudia Grieco Tabosa Pessoa; Comarca: Mogi-Guaçu; Órgão julgador: Câmara Especial; j. em 30/06/2014).

Não bastasse, dispõe a Súmula nº 335 do Colendo Supremo Tribunal Federal: *'É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato'*. Sendo assim, a ela não se pode opor a regra geral de competência prevista no Código de Processo Civil.

Do exposto, julga-se **procedente** o conflito e declara-se competente o MMº Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Barueri, Comarca para onde deverão ser remetidos os autos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0010310-75.2017.8.26.0000, da Comarca de Mirante do Paranapanema, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE MIRANTE DO PARANAPANEMA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE PRESIDENTE PRUDENTE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 4ª Vara Cível de Presidente Prudente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 45.914)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de março de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Ação de cobrança – Diferença de indenização do seguro obrigatório de veículos automotores – Ação proposta no local do acidente – Declinação de ofício ao foro do domicílio do autor – Impossibilidade – Competência territorial insuscetível de declinar-se de ofício – Súmula n. 33 do STJ.

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 Vara Única de Mirante do Paranapanema em face do M. Juízo da 4ª Vara Cível de Presidente Prudente, nos autos de ação de cobrança de indenização do seguro obrigatório de veículos automotores – Dpvat ajuizada por Cícero Cabral de Oliveira contra Operadora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat.

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.

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de competência está configurado, a teor do inciso II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. A hipótese dos autos concerne à cobrança de indenização do seguro obrigatório. Recai, portanto, sob a espécie a regra de competência do inc. V do art. 53 do vigente Cód. Pr. Civ.

A demanda ajuizou-se, originalmente, perante a 4ª Vara Cível de Presidente Prudente, correspondente ao local onde ocorreu o acidente, a qual *motu proprio* se deu por incompetente e determinou a redistribuição dos autos ao foro do domicílio do autor, na Comarca de Mirante do Paranapanema.

Ocorre que, tratando-se aí de competência relativa, e não havendo (como

Acesso ao Sumário

não houve) provocação da parte em preliminar de contestação (*caput* do art. 64 do atual Cód. Pr. Civ.), era inviável que o magistrado houvesse declinado *ex officio*, nos termos do verbete n. 33 da súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 4ª Vara Cível de Presidente Prudente.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 0053853-65.2016.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DE PERUÍBE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM competente o M. Juízo suscitado, qual seja o da digna 1ª Vara Criminal de Praia Grande. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 44.986)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de março de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação penal – Carta precatória para interrogatório de réu preso em comarca diversa do local da infração – Distância de mais de setenta quilômetros entre os Juízos deprecante e deprecado – Excepcionalidade da situação autoriza o cumprimento da precatória pelo M. Juízo suscitado – Precedentes do STJ.

Competência do M. Juízo suscitado, para apreciar e decidir na espécie.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de jurisdição suscitado pelo M. Juízo da 2ª Vara Judicial de Peruíbe em face do M. Juízo da 1ª Vara Criminal de Praia Grande, nos autos de ação penal movida contra Severino Soares de Barros pela prática de crime previsto nos incisos II e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Desfiou-se o conflito, pelo M. Juízo suscitante, sob o argumento de que a expedição de carta precatória para o interrogatório do réu na comarca onde está preso, não viola o princípio da identidade física do juiz (§ 2º do art. 399 do Código de Processo Penal).

Propiciou-se vista dos autos à digna Procuradoria Geral de Justiça (fls. 28-31).

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. O princípio da identidade física do juiz (§ 2º do art. 399 do Código de Processo Penal) determina que o magistrado que presidiu os atos instrutórios deverá proferir a sentença. Sendo assim, o interrogatório do acusado seria ato privativo do Juízo perante o qual tramita o processo.

Sobre o tema, o entendimento do Superior Tribunal é de que "a introdução do princípio da identidade física do Juiz no processo penal (art. 399, § 2º do CPP), o Juiz Natural da causa deve, **preferencialmente**, presidir os atos instrutórios e proferir a sentença, descabendo, em regra, que o interrogatório do acusado, visto expressamente como autêntico meio de defesa, seja realizado por meio de carta precatória, mormente no caso de réu preso; todavia, não está eliminada essa forma de cooperação entre os Juízos, conforme recomendarem as dificuldades e as peculiaridades do caso concreto, devendo, em todo o caso, o Juiz justificar a opção por essa forma de realização de ato". (CC 99.023-PR – Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 10-6-2009).

No mesmo sentido, os julgados do STJ: RHC 71.740 – Rel. Min. NEFI CORDEIRO, j. 4-10-2016; RHC 47.729-SC – Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 1-8-2016 e O julgado do STF: Ag. Reg. no Recurso Ordinário em HC 129.871-AM – Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 24-5-2016.

4. Na hipótese dos autos, o M. Juízo suscitante optou pela expedição da carta precatória, com fundamento na periculosidade do réu, nos riscos de segurança e os custos com o deslocamento do custodiado, na ausência de efetivo prejuízo e na distância entre as comarcas de Peruíbe e Praia Grande (mais de 70 km).

Acrescente-se, ainda, que a Resolução n. 742/2016 deste Tribunal de Justiça permite a expedição de carta precatória para comarcas não agrupadas por esta resolução, como é o caso de Peruíbe e Praia Grande (art. 5º).

Acesso ao Sumário

Diante desse quadro, considerando que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto e comporta flexibilização e diante da excepcionalidade do caso, determina-se a competência do M. Juízo suscitado.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja o da digna 1ª Vara Criminal de Praia Grande.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2005406-75.2017.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é impetrante A.L.S.A. e paciente C.G.R.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.993)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 27 de março de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *HABEAS CORPUS*. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES, POR TRÊS VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. APLICADA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR LIBERDADE ASSISTIDA INDEFERIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONSTATADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 84 DO E. TJSP. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO APTAS A JUSTIFICAR A R. DECISÃO. ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Defensor Público A.L.S.A., com pedido liminar, em favor do paciente **C.G.R.S.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Jacareí.

Alega que o paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado e submetido a medida socioeducativa de internação. Esclarece que após o cumprimento das metas estabelecidas no PIA, a equipe técnica da Fundação CASA apresentou relatório conclusivo sugerindo a substituição da medida de internação por outra mais branda. Informa que a autoridade coatora indeferiu o pedido de progressão elaborado pela defesa do adolescente em decisão carente de fundamentação, o que configura constrangimento ilegal. Argumenta com o disposto no artigo 42, § 2º, da Lei 12.594/12. Aduz que foram violados os princípios da brevidade e excepcionalidade. Requer, em liminar, que sejam sustados os efeitos da r. decisão, determinando-se a liberação do paciente. No mérito, pugna pela procedência da ação.

Indeferida a liminar (fls. 24/27), vieram aos autos as informações prestadas pela autoridade apontada coatora (fls. 32/231).

A d. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer nos autos (fls. 233/239).

É o relatório.

A presente ordem de *habeas corpus* deve ser denegada.

O paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional análogo ao delito de roubo majorado pelo concurso de pessoas, em continuidade delitiva, por três vezes, e submetido a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, buscando o i. impetrante a sua liberação.

É certo que o adolescente iniciou o cumprimento da internação em 23/06/16, sobrevindo em 23/11/16, relatório conclusivo sugerindo sua colocação em medida mais branda.

A r. decisão que indeferiu o pedido defensivo de progressão à medida de liberdade assistida está fundamentada e deve ser mantida.

O adolescente foi responsabilizado por atos infracionais praticados mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa e após o cumprimento de apenas 5 meses de medida, sobreveio relatório conclusivo para que fosse progredido ao meio aberto.

Nota-se que C.G. responde a processo socioeducativo por conduta idêntica e foi beneficiado com remissão por ato infracional análogo ao crime de porte de entorpecentes, demonstrando que em liberdade, envolve-se reiteradamente com o meio ilícito, indicando a necessidade de maior cautela por parte do magistrado ao recolocá-lo em sociedade.

Acesso ao Sumário

A r. decisão não se mostra ilegal ou teratológica, vez que o retorno do adolescente infrator ao meio social só deve ocorrer diante de elementos que evidenciem inequívoca aptidão para tal, agindo a autoridade coatora com amparo na súmula 84 deste E. Tribunal de Justiça e no princípio do livre convencimento motivado.

Outrossim, em Consulta de Processos de Primeiro Grau, no Sistema de Automação da Justiça – SAJ – deste E. Tribunal de Justiça, verifica-se que aportou aos autos do processo de execução do paciente novo relatório conclusivo, elaborado no dia 24/02/17, de maneira que a magistrada, com base em novos apontamentos feitos pelos profissionais, poderá modificar sua decisão.

Ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem é de rigor.

Isto posto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor de **C.G.R.S.**, nos termos acima descritos.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0002181-95.2015.8.26.0115, da Comarca de Campo Limpo Paulista, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos G.H.V.M. (MENOR) e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPO LIMPO PAULISTA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO à remessa necessária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.595)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA – ECA – MANDADO DE SEGURANÇA – VAGA EM CRECHE – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL – EXIGIBILIDADE

INDEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO – NORMA DE EFICÁCIA PLENA – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA DOS PODERES OU DETERMINAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – SÚMULA 65, TJSP – CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PELO FORNECIMENTO DE VAGAS EM CONDIÇÕES DE SEREM USUFRUÍDAS – RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADA – LIMITAÇÃO À ORDEM CRONOLÓGICA DE ATENDIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADA – REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de remessa necessária da r. sentença de fls. 54/58, que julgou procedente *mandado de segurança* impetrado por **G.H.V.M.** (criança), determinando que o Senhor **Prefeito do Município de Campo Limpo Paulista** proceda à matrícula, em definitivo, do impetrante na unidade de ensino infantil mais próxima a sua residência.

Não houve interposição de recurso pelas partes (fl. 71).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 74/77).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

A criança **G.H.V.M.**, impetrou *mandado de segurança*, com pedido de liminar, contra ato do **Prefeito Municipal de Campo Limpo Paulista**, requerendo sua matrícula em creche municipal, de preferência na creche "Casa do Pequeno cidadão", ou outra creche próxima à sua residência (fls. 02/07).

O direito à educação se caracteriza como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização do direito ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O art. 208, IV, CF determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população: fornecer meios para a educação infantil:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco)

Acesso ao Sumário

anos de idade;"

Da mesma forma, previu o art. 54, IV, do ECA:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

(...)"

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional fixa a educação infantil como direito do cidadão e dever do Estado:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)."

Assim, seja pela ótica constitucional, seja pela ótica legal, observa-se a obrigação direta do Município providenciar, às suas expensas, o atendimento **integral** e **universal** das crianças de até cinco anos em suas creches e pré-escolas.

O cumprimento da ordem constitucional coube, por determinação legal, exclusivamente aos Municípios, que se incumbirão de *"oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino."* (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

Nem se diga pelo caráter programático das normas, eis que "**a educação infantil**, por qualificar-se *como direito fundamental* **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental" (STF – AgRg no ARE 639.337 – SP – rel. Min. Celso de Mello – j. 23.08.2011).

São normas de eficácia plena, não só pela previsão constitucional, mas também pela concretização suficiente junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, "descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito à educação" (STJ – AgRg no RE 1.545.039/DF – 2ª T. – rel. Min. Herman Benjamin – j.

Acesso ao Sumário

05.11.2015).

Da mesma forma, submeter a criança à espera em uma fila, quando já buscado o atendimento do direito de índole constitucional na esfera extrajudicial, significa retirar-lhe o exercício do direito à educação até que a administração se adeque para tal atendimento, o que não se admite. O dever do Estado é prover a todos que necessitem do acesso à educação e não somente a aqueles que estejam em determinada posição em uma lista que só existe pelo descumprimento reiterado da Administração Pública do comando constitucional de acesso pleno ao direito à educação.

Tratando-se de direito subjetivo previsto em norma de eficácia garantida pela legislação infraconstitucional, não há que se falar em ilegal intervenção do Poder Judiciário nas decisões que cabem ao Poder Executivo. É que ao direito subjetivo lesado cabe, por normativa constitucional, o direito de ação a ser exercido perante o Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Assim, "ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional." (STJ – REsp 575.280-SP – 1ª T. – rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux – j. 2.9.2004).

Bem por isto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento sumulado:

> **Súmula 65, TJSP:** Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais da criança. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.* ***Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras****."* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512-513).

Acesso ao Sumário

Neste ponto, não há como se afastar a responsabilidade do administrador pelas escolhas feitas na formulação e execução do orçamento público. Se as escolhas tornaram insuficientes os recursos para o atendimento da ordem constitucional, há de se adequar a destinação de valores para o atendimento primordial do comando constitucional em favor de crianças e adolescentes, não sendo aqui suficiente a teoria da "reserva do possível" como excludente do descumprimento da constituição. No dizer do Min. 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. **Magistério da doutrina**.
>
> – **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)

Acesso ao Sumário

Há de se impedir a aplicação da teoria da "reserva do possível" no caso de pedido de disponibilização de vaga em creche, ante a existência de uma situação social e econômica diretamente resultante de escolhas do administrador no direcionamento das verbas públicas. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, "esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. **Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação**

de uma educação de qualidade." (STJ – AgRg no AREsp 790.767-MG – 2ª T. – rel. Min. Humberto Martins – j. 3.12.2015).

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional, mantendo-se a determinação de primeiro grau para a concessão da vaga em creche municipal próxima a residência do menor.

Ante o exposto e com estes fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1000510-86.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente J.E.O., são recorridos R.S.C. (MENOR) e FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 40161)**

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, 27 de março de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – Obrigação de fazer – Direito à saúde – Fornecimento de medicamento "Somatropina no formato de caneta (Norditropin Nordiflex)" – Criança que sofre de deficiência de hormônio do crescimento – Necessidade médica e hipossuficiência comprovadas – 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 e das súmulas nºs 65 e 66, TJSP – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 138/141, integrada via embargos de declaração de fls. 148/150, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação ajuizada por R.S.C. em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo para condená-la ao fornecimento mensal e gratuito do medicamento **Somatropina no formato de caneta – Norditropin Nordiflex**, na quantidade e no prazo prescritos pelo médico, por padecer o autor de "deficiência do hormônio do crescimento".

Decorrido o prazo para a interposição de recursos voluntários (fl. 167), os autos são remetidos a esta Corte de Justiça por força de reexame necessário.

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso *ex officio* (fls. 171/173).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O autor sofre de "deficiência de hormônio do crescimento" e comprovou a necessidade de se submeter a tratamento com o uso do medicamento **"Somatropina Recombinante Humana – Norditropin Nordiflex"**, tal como prescrito às fls. 36/38 e laudo médico de fls. 37 e 89/91.

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 aos adolescentes programas de assistência integral nessa área (art. 227, "caput" e § 1º, Constituição Federal).

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"*.

Nesse sentido, 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 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

Acesso ao Sumário

Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Marco Aurélio, em 22/2/00, DJ de 31/3/00, p. 60).

Não é demais ressaltar que inexiste violação ao princípio da separação de poderes. 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. un., 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 nºs 65 e 66:

> *"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".*
>
> *"A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município".*

Desse modo, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo é responsável pelo fornecimento do medicamento ao menor, consoante prescrição médica.

Por fim, os honorários advocatícios foram arbitrados em montante módico e razoável na sentença recorrida e, por isso, ficam mantidos.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso oficial.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1027173-17.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes URBANO PROCOPIO DE SOUZA MEIRELLES NETO, RENATA MEIRELLES PIRES FERREIRA e ANA PAULA DE SOUSA MEIRELLES, é apelado 5º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.599)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) E SALLES ABREU.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Proprietária casada no regime da separação obrigatória de bens – Bem adquirido na constância da união – Cônjuges falecidos – Escritura de inventário da falecida esposa por meio da qual a totalidade do imóvel é partilhada – Impossibilidade de registro – Aplicabilidade da Súmula 377 do STF – Comunhão que se presume – Necessidade de prévia inscrição do formal de partilha extraído do inventário do falecido marido, no qual sua parte no imóvel será dividida – Alegação de prescrição da ação de sonegados – Matéria estranha ao procedimento de dúvida – Apelação desprovida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Urbano Procópio de Sousa Meirelles Neto, Renata Meirelles Pires Ferreira, e Ana Paula de Souza Meirelles contra a sentença de fls. 120/124, que manteve a recusa ao registro na matrícula nº 20.182 do 5º Registro de Imóveis da Capital de escritura pública de inventário

e partilha dos bens deixados por Olívia Casella de Sousa Meirelles.

Em preliminar, arguem os apelantes cerceamento de defesa. No mérito, sustentam: que a causa que determinou a adoção do regime da separação obrigatória de bens do casamento (art. 1.523, I, do CC) foi superada há muitos anos; que tanto os filhos do primeiro como os filhos do segundo casamento de Victor Lara de Souza Meireles consideram o bem objeto da matrícula nº 20.182 de propriedade exclusiva dos herdeiros de Olívia Casella de Souza; e que embora não tenha havido sonegação, o direito dos filhos do primeiro casamento de reaver o bem foi fulminado pela prescrição. Pedem, assim, a improcedência da dúvida (fls. 131/140).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 153/156).

É o relatório.

Inicialmente, afasto a preliminar de cerceamento defesa.

Com efeito, a colheita do depoimento das partes é medida totalmente inócua no procedimento de dúvida, cujo único objetivo é a análise da legalidade da exigência formulada pelo Oficial para desqualificar o título que lhe foi apresentado.

No mérito, segundo consta, em 11 de julho de 1960, Victor Lara de Sousa Meirelles e Olívia Casella, que passou a se chamar de Olívia Casella de Sousa Meirelles, se casaram sob o regime da separação obrigatória de bens. De acordo com as informações trazidas pelos apelantes (fls. 36 e 134), a adoção desse regime se deu em virtude de Victor, viúvo com filhos advindos da primeira união, ao tempo de seu segundo casamento, não ter realizado o inventário dos bens do primeiro.

No ano de 1978, na constância de seu casamento com Victor, Olívia adquiriu o imóvel matriculado sob o nº 20.182 no 5º Registo de Imóveis da Capital (cf. R.1 – fls. 4).

Em 16 de julho de 1988, Victor Lara de Sousa Meirelles faleceu (fls. 17) e, segundo os apelantes (fls. 134/135), o bem acima referido não foi incluído em seu inventário, uma vez que todos os seus filhos, tanto da primeira como da segunda união, concordavam que o imóvel era de propriedade exclusiva de Olívia.

Com o falecimento de Olívia, em julho de 2015 (fls. 19), seus herdeiros lavraram escritura de inventário (fls. 7/14), no bojo da qual partilharam a integralidade do imóvel objeto da matrícula nº 20.182 (fls. 9), na proporção de um terço para cada um.

O título foi desqualificado em virtude do que dispõe a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os bens adquiridos a título oneroso na constância de casamento contraído no regime da separação legal se comunicam.

Acesso ao Sumário

Desse modo, segundo o Oficial, antes do ingresso da escritura ora em análise, necessário o registro do formal de partilha dos bens deixados por Victor Lara de Souza Meirelles, a fim de que seja partilhada entre seus herdeiros a parte que lhe cabia no imóvel (fls. 5).

O óbice foi mantido pela MM. Juíza Corregedora Permanente (fls. 120/124).

O recurso não merece provimento.

Preceitua a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal:

"No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Embora haja certa discussão doutrinária a respeito da aplicabilidade dessa súmula após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a posição deste Conselho Superior é de que ela ainda produz efeitos. Nesse sentido:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida. Escritura pública de venda e compra de imóvel. Aquisição da nua-propriedade pela mulher e do usufruto pelo marido. Regime de separação obrigatória de bens. Falecimento do cônjuge usufrutuário. Cancelamento do usufruto vitalício. Recusa do registro da compra e venda realizada pelo cônjuge sobrevivente sem a apresentação do formal de partilha. Comunicação dos aquestos nos termos da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Recusa do registro mantida. Recurso não provido" (Apelação nº 0000376-81.2013.8.26.0114, Rel. Des. Elliot Akel, j. em 18/3/2014).

"Registro de Imóveis. Dúvida julgada procedente. Negativa de registro de escritura pública de alienação de imóvel sem prévio inventário do cônjuge pré-morto. Regime de separação legal de bens. Imóvel adquirido na constância do casamento. Comunicação dos aquestos. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Ofensa ao princípio da continuidade. Registro inviável. Recurso não provido" (Apelação nº 0045658-92.2010.8.26.0100, Rel. Des. Maurício Vidigal, j. em 27/10/2011).

Em função da Súmula, como o bem foi adquirido na constância de casamento celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens, presume-se a comunicação, de modo que, em princípio, nenhum dos cônjuges pode, sozinho, transferir a integralidade do imóvel a seus herdeiros.

Note-se que a causa que determinou a incidência do regime da separação obrigatória de bens – qual seja, casamento de viúvo, com filhos advindos da primeira união, sem que se tenha ultimado o inventário dos bens do casal – estava prevista no Código de 1916 e foi repetida pelo Código de 2002.

De acordo com o Código Civil de 1916:

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

(...)

Acesso ao Sumário

XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226).

(...)

Art. 226. No casamento com infração do art. 183, nºs XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro.

(...)

Art. 258 – Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

E preceitua o Código Civil de 2002:

Art. 1.523. Não devem casar:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

(...)

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

Nem se argumente que a realização posterior do inventário da primeira esposa de Victor teria o condão de, automaticamente, cessar a incidência do regime da separação obrigatória de bens e, portanto, da Súmula 377 do STF.

Isso porque o regime de bens, mesmo que obrigatório, passa a vigorar a partir da data do casamento (artigo 1639, § 1º, do CC) e rege as relações econômicas entre os cônjuges até o fim da união. Ainda que a causa que determinou o regime obrigatório desapareça na constância do casamento, não há que se cogitar de alteração automática do regime de bens.

Ressalte-se que, por ocasião do término da sociedade conjugal, em decorrência da morte de Victor (fls. 17), vigorava o Código Civil de 1916, estatuto que, ao contrário do atual (artigo 1.639, § 2º, do CC), sequer permitia a alteração do regime de bens adotado (artigo 230 do Código Civil de 1916).

Por essas razões, antes da inscrição da escritura de inventário dos bens deixados por Olívia, necessário que se adite o formal de partilha extraído do inventário de Victor, a fim de que a porção do imóvel que cabia ao falecido seja dividida entre seus herdeiros. Se os filhos do primeiro casamento de Victor entendem que o bem não lhes pertence – como alegam os apelantes –, basta que renunciem aos seus quinhões em favor de seus irmãos unilaterais.

Acesso ao Sumário

Por fim, também não se pode aceitar para o ingresso do título o argumento de que, mesmo se houvesse interesse por parte dos filhos do primeiro casamento de Victor, a pretensão de reaver o bem estaria fulminada pela prescrição.

Isso porque a ocorrência de prescrição é matéria que escapa da alçada administrativa, como já restou decidido em diversos precedentes deste Conselho:

"É sabido que prescrição é matéria inerente ao âmbito jurisdicional, o que reclama a observância do contraditório e do direito de defesa, e consequentemente impossibilita o seu reconhecimento no âmbito administrativo. O exame do título pelo Oficial é restrito aos seus aspectos formais e extrínsecos, o que inviabiliza o reconhecimento da prescrição como forma de comprovar a quitação do preço avençado no título" (Apelação nº 9000001-18.2013.8.26.0407, Rel. Des. Elliot Akel, j. em 7/10/2015).

"Registro de imóveis – Dúvida julgada improcedente – Formal de partilha – Inexistência de prova do recolhimento do imposto de transmissão causa mortis – Prescrição do imposto que não pode ser reconhecida neste procedimento de dúvida, de que não participa a Fazenda do Estado – Provas, ademais, insuficientes para reconhecer a inexistência de causa interruptiva ou suspensiva da prescrição – Recurso provido para julgar a dúvida procedente" (Apelação nº 460-6/0, Rel. Des. José Mário Antônio Cardinale, j. em 15/12/2005).

Frise-se, por fim, que a suposta ausência de prejuízo aos envolvidos e a terceiros é irrelevante. A desqualificação decorre de uma análise formal do título, de modo que a existência ou não de prejudicados é matéria estranha à análise feita pelo Oficial ou pela Corregedoria, Geral ou Permanente. Não bastasse isso, a inobservância à Lei ou o desrespeito aos princípios que regem a matéria registral geram, por si só, prejuízo que se presume.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000668-50.2015.8.26.0129, da Comarca de Casa Branca, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARCOS RENAN ZANERATO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para julgar procedente a dúvida suscitada e obstar o registro do título em voga, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.589)**

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, 2 de fevereiro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes desse Conselho – Apelação provida.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença que julgou improcedente dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis de Casa Branca, para determinar registro de cédula rural pignoratícia cujos prazos de garantia e de vencimento da obrigação garantida são distintos.

O recorrente alega, em síntese, que divergência havida na cédula rural entre os prazos de garantia e vencimento da obrigação configuram novação de crédito, de modo que a emitente deveria contrair nova dívida para substituir e extinguir a anterior, como forma de evitar a prorrogação automática de instrumento creditício. Requer a modificação da r. sentença, para que se julgue procedente a dúvida.

Intimado (fls. 115), o recorrido não ofereceu resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

À luz do art. 61 do Decreto-Lei 167/67:

"Art. 61. O prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário não excederá o prazo da obrigação garantida e, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.

Parágrafo único. A prorrogação do penhor rural, inclusive decorrente de prorrogação da obrigação garantida prevista no caput, ocorre mediante a averbação à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor."

Já o artigo 1439 da Lei Civil estipula:

"Art. 1.439. O penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas.

§ 1º Embora vencidos os prazos, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.

Acesso ao Sumário

> § 2º A prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor."

Desta feita, contraria os expressos termos da lei a emissão de cédula de crédito rural pignoratícia cujo prazo de vencimento seja superior ao da obrigação garantida. Frise-se que as redações de ambas as normas foram atribuídas pela Lei 12.873/13, afastando debates preteritamente havidos acerca da recepção do texto original do art. 61 da Lei 167/67, pela Carta Magna de 1988.

Na hipótese dos autos, a cédula de crédito rural levada a registro tem vencimento em 10/01/20. A obrigação garantida pelo penhor, todavia, tem vencimento em 28/1/16, é dizer, quatro anos antes do vencimento da cédula de crédito rural.

Incide, pois, a vedação explicitamente traçada pelos artigos retrocompilados. De todo ilegal a prática de renovação automática de crédito, garantida por cédula rural pignoratícia, como pretendido pelo recorrente em voga. Note-se que a situação subsume-se a óbice expressamente veiculado por lei ordinária, que, à evidência, sobrepõe-se hierarquicamente a eventuais resoluções ou recomendações de órgãos gestores do sistema financeiro pátrio.

Idêntica orientação está de todo sedimentada por este Egrégio Conselho Superior da Magistratura:

> "Registro de Imóveis – Recusa de ingresso de cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes desse Conselho – Apelação desprovida." (Apelação Cível 0006933-25.2014.8.26.0575, Rel. Des. Pereira Calças, j. 2/6/16, com citação de diversos outros julgados no mesmo sentido)

Bem postada a recusa do Sr. Oficial, dou provimento ao recurso, para julgar procedente a dúvida suscitada e obstar o registro do título em voga.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1108424-91.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada LAURINDA COSTEIRA LEITE.

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 29.583)**

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, 2 de fevereiro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – FORMAL DE PARTILHA – APONTAMENTO DE EQUÍVOCO NA ORDEM DE SUCESSÃO – LIMITES DA QUALIFICAÇÃO DO OFICIAL REGISTRADOR – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de improcedência de dúvida, suscitada pelo Oficial do 10º Cartório de Registro da Capital, que não registrou formal de partilha, porque verificou equívoco na sucessão hereditária.

A sentença julgou a dúvida improcedente, forte nos precedentes do Conselho Superior da Magistratura, no sentido de que não cabe ao Oficial, no exercício de função administrativa, rever decisão judicial.

O Ministério Público recorreu, afirmando que o Juízo do inventário não analisou expressamente a questão da sucessão hereditária e, portanto, o registro do formal, na maneira como feita a partilha, feriria a legalidade.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Não obstante os títulos judiciais também possam ser objeto de qualificação, inclusive, negativa, o Oficial não pode ultrapassar a análise dos elementos extrínsecos a eles.

Aqui, embora se louve o zelo do Oficial, ele ultrapassou os limites da qualificação, na medida em que adentrou em seara jurisdicional. Vejamos.

A autora da herança faleceu solteira, não deixando descendentes nem ascendentes. O óbice ao registro do formal decorre do fato de que a única herdeira, na linha colateral, até o terceiro grau – uma tia da autora da herança –, não foi contemplada, mas, sim, primos, herdeiros colaterais de quarto grau.

O Oficial, com fundamento nos artigos 1840 e 1843 do Código Civil, lembra que, na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos. Portanto, a tia excluiria os primos, questão que, no seu entender, não foi enfrentada pelo juízo do inventário.

No entanto, o fato é que a colateral mais próxima, a tia, compareceu ao

Acesso ao Sumário

formal de partilha e concordou com seus termos. E isso foi verificado pelo Juízo do Inventário, ao homologá-la. O trânsito em julgado da sentença homologatória cobriu o deduzido e o dedutível.

Ainda que se entenda que a renúncia, advinda do comparecimento da tia e concordância quanto a partilha, implique translação aos colaterais mais remotos, com consequente incidência de tributo, não é atribuição do Oficial impor sua cobrança. Tal tarefa cabe ao Fisco.

Não há como, na atividade administrativa, o Oficial afastar a decisão judicial, transitada em julgado. Trata-se de posição já assentada pelo Conselho Superior da Magistratura, como se vê, por exemplo, nas apelações n.º 0000434.2015.8.26.0439 e 0006128-03.2012.8.26.0362:

"Louvável embora o zelo do registrador, verifica-se que, no caso, desbordou ele de seu poder-dever de qualificação, na medida em que, na esfera administrativa, tentou reabrir discussão acerca do que já fora objeto de decisão judicial transitada em julgado.

Com efeito, se o Juízo da Família e das Sucessões adjudicou ao herdeiro..., não cabe ao registrador, sobrepondo-se ao entendimento judicial, recusar o ingresso do título sob o fundamento de que há outro herdeiro a ser incluído na partilha dos bens adjudicados ao outro herdeiro, ou de que eventual renúncia deste deve ser comprovada.

O mínimo que se deve presumir é que, se o juiz assim decidiu, é porque entendeu de forma contrária ao Oficial de Registro, contudo, esta questão é de natureza jurisdicional e alheia ao exame formal que deve nortear a qualificação do título.

Assim, cabia ao registrador realizar o exame extrínseco do título e confrontá-lo aos princípios registrais e verificar se algum deles foi rompido. Ao questionar o fato de existir herdeiro não incluído na partilha de bens considerando a universalidade, ingressou no mérito e no acerto da sentença proferida no âmbito jurisdicional, o que se situa fora do alcance da qualificação registral por se tratar de elemento intrínseco do título. Assim não fosse, estar-se-ia permitindo que a via administrativa reformasse o mérito da jurisdicional.

Afrânio de Carvalho ensina:

"Assim como a inscrição pode ter por base atos negociais e atos judiciais, o exame da legalidade aplica-se a uns e a outros. Está visto, porém, que, quando tiver por objeto atos judiciais, será muito mais limitado, cingindo-se à conexão dos respectivos dados com o registro e à formalização instrumental. Não compete ao registrador averiguar senão esses aspectos externos dos atos judiciais, sem entrar no mérito do assunto neles envolvido, pois, do contrário, sobreporia a sua autoridade à do Juiz" (Registro de Imóveis, Forense, 3ª ed. , pág. 300).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, decisão da 1ª Vara de Registros Públicos, de lavra do MM. Juiz Narciso Orlandi Neto, quando se anotou:

"Não compete ao Oficial ***discutir as questões decididas no processo de inventário****, incluindo a obediência ou não às disposições do Código Civil, relativas à ordem da vocação hereditária (art. 1.603). No processo de dúvida, de natureza administrativa, tais questões também não podem ser discutidas. Apresentado o título, incumbe ao Oficial verificar a satisfação dos requisitos do registro, examinando os aspectos extrínsecos do título e a observância das regras existentes na Lei de Registros Públicos. Para usar as palavras do eminente Desembargador Adriano Marrey, ao relatar a Apelação Cível 87-0, de São Bernardo do Campo, "Não cabe ao Serventuário questionar ponto decidido pelo Juiz, mas lhe compete o exame do título à luz dos princípios normativos do Registro de Imóveis, um dos quais o da continuidade mencionada no art. 195 da Lei de Registros Públicos. Assim, não cabe ao Oficial exigir que este ou aquele seja excluído da partilha, assim como não pode exigir que outro seja nela incluído. Tais questões, presume-se, foram já examinadas no processo judicial de inventário." (Processo nº 973/81)*

Precedente antigo deste Conselho Superior da Magistratura já apontava neste sentido:

"O estado de indivisão aberto com a morte de um dos cônjuges somente será solucionado com a decisão do juízo competente relativa à partilha, na qual se possa verificar quais os bens que a integraram e quais aqueles dela excluídos, questões de ordem fática e jurídica que somente podem ser resolvidas na via judicial, vedada qualquer análise probatória no campo administrativo. Essa decisão deverá, por fim, ingressar regularmente no fólio real, para que então sejam disponibilizados os imóveis, cabendo ao registrador apenas a regular qualificação do título para verificação do atendimento aos princípios registrários, sob o estrito ângulo da regularidade formal. Isso significa, em face da inviabilidade de que se venha a questionar, na via administrativa, matéria que envolve questão de mérito da decisão judicial precedente, que nos casos em que o bem objeto do ato de registro tenha sido excluído da partilha ou partilhado como próprio do autor da herança, deverá o registrador, quanto a este aspecto, apenas verificar se houve expressa referência ao imóvel e se no processo judicial houve a ciência ou participação do outro cônjuge ou de seus herdeiros, eventuais interessados no reconhecimento da comunhão de aqüestos." (Ap. Civ. nº 51.124.0/4-00, rel. Des. Nigro Conceição, j. 29.11.99)

Mais recentemente, em julgamento do qual participei, este Conselho, sob a relatoria do ilustre Desembargador que me antecedeu na Corregedoria, ratificou a impossibilidade de o registrador examinar o mérito da decisão judicial:

Acesso ao Sumário

"No caso em exame, o Oficial recusou o ingresso do formal de partilha, pois da análise do formal de partilha percebe-se que...

A qualificação do Oficial de Registro de Imóveis, ao questionar o título judicial, ingressou no mérito e no acerto da r. sentença proferida no âmbito jurisdicional, o que se situa fora do alcance da qualificação registral por se tratar de elemento intrínseco do título. Assim não fosse, estar-se-ia permitindo que a via administrativa reformasse o mérito da jurisdicional." (Ap. Cível nº 0001717-77.2013.8.26.0071, Rel. José Renato Nalini).

Neste mesmo sentido foi decidido em julgamento do qual fui relator, na Apelação Cível nº 1025290-06.2014.8.26.0100.

Em caso de eventual desacerto da r. sentença proferida no âmbito jurisdicional, poderá o interessado valer-se dos recursos e ações previstos no ordenamento jurídico, inclusive, neste sentido se manifestou neste procedimento (fls. 137/138). O que não se permite é que a qualificação registrária reveja o mérito da sentença judicial que já transitou em julgado."

Nesses termos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002869-23.2015.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante EDVANIA GARRIDO TATEISI, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PRESIDENTE PRUDENTE.

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 29.610)**

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 fevereiro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – O art. 108 do CC refere-se ao valor do imóvel, não ao preço do negócio. Havendo disparidade entre ambos, é aquele que deve ser levado em conta para considerar a

escritura pública como essencial à validade do negócio jurídico. À míngua de avaliação específica, prevalece, para tais fins, o valor venal do imóvel, quando superior ao preço pactuado entre os contratantes – Dúvida Procedente – Recurso Desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Presidente Prudente, que julgou procedente dúvida suscitada, para o fim de manter a recusa a registro de contrato particular de compra e venda de imóvel, com preço pactuado inferior a trinta salários mínimos, embora seja o valor venal do bem superior a tal patamar.

A apelante afirma, em síntese, ser o preço convencionado entre os contratantes que há de reger a necessidade de forma pública para validade do negócio jurídico, nos termos do art. 108 do Código Civil, pouco importando o valor venal do imóvel, de fins exclusivamente tributários.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À luz do art. 108 do Código Civil:

> "Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

A norma em comento traça regra geral, impondo forma pública como essencial à validade dos negócios jurídicos que impliquem compra e venda de imóvel. Note-se que o valor "superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País" é referente, na dicção legal, ao próprio imóvel. Não ao preço entabulado, coisa bem diversa.

Cumpre analisar, pois, o valor de mercado do bem, ou, à falta, quando menos, seu valor venal. Superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, ainda que o preço pactuado seja-lhe inferior, a escritura pública será de rigor. Do contrário, entendendo-se obstada qualquer verificação acerca do efetivo valor do imóvel e tomando-se como parâmetro, de modo absoluto, o preço contratado, estaria ao alvedrio dos contratantes esvaziar de todo o comando do aludido art. 108.

Neste passo, frise-se que o preço pactuado entre as partes é de menos de um terço do valor do imóvel, considerada a avaliação da municipalidade (fls. 21).

Na esteira dos magistérios de Valestan Milhomem da Costa:

Acesso ao Sumário

O ponto escorregadio diz respeito à admissibilidade do instrumento particular para negociar direitos reais sobre imóveis com fundamento na parte final do art. 108 do CC, **cujo requisito é o valor do imóvel transacionado, o que não pode ser confundido com o preço do negócio**. À toda evidência, valor do imóvel e preço do negócio são coisas distintas. Todo imóvel tem um valor, mas nem todo negócio tem um preço, como ocorre com a doação pura (sem ônus ou encargo). A questão é: quando o registrador pode considerar preenchido o requisito do art. 108 do CC, referente ao valor do imóvel, para autorizar a instrumentação do negócio por documento particular? Nos negócios de doação, venda, permuta e dação em pagamento, pode-se considerar como valor do imóvel a avaliação da coletoria estadual (doação) ou municipal (venda, permuta, dação em pagamento) para fins de cobrança do imposto devido, e não, necessariamente, o valor atribuído ao imóvel nos contratos gratuitos ou o valor da transação (preço) declarado nos contratos onerosos, por razões óbvias: nem sempre o valor declarado é real. **Assim, num escrito particular em que a compra e venda é realizada por valor inferior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no País e a guia do imposto de transmissão apresenta avaliação do imóvel com valor superior, está patente que o escrito particular não atende o disposto no art. 108 do CC, devendo ser exigida a escritura pública.** (COSTA, Valestan Milhomem da. "Indispensabilidade da escritura pública na essência do art. 108 do CC". Revista de Direito Imobiliário , nº 60, janeiro-junho de 2006, p. 162)

Para o mesmo Norte aponta a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Hipótese em que o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis suscitou dúvida ao Poder Judiciário, referente à interpretação do art. 108 do CC. O oficial cartorário e a empresa requerente do registro divergem quanto ao valor a ser considerado para fins de incidência da regra legal em questão: para aquele, a escritura de compra e venda deve ser feita por instrumento público, já que o fisco municipal avaliou o imóvel em valor superior a 30 (trinta) salários mínimos; para esta, a escritura de compra e venda pode ser feita por instrumento particular, pois o valor do negócio declarado pelas partes no contrato foi inferior a 30 (trinta) salários mínimos. **As instâncias ordinárias entenderam que o valor a ser considerado, para fins de aferição da necessidade de escritura pública no caso concreto, não deve ser aquele declarado pelas partes, mas o da avaliação realizada pelo fisco**, destacadamente quando o propósito dos interessados e a finalidade precípua do instrumento é a transferência de propriedade do bem, e não apenas o de retratar uma mera transação.

1. **A interpretação dada ao art. 108 do CC pelas instâncias ordinárias é mais consentânea com a finalidade da referida norma**, que é justamente conferir maior segurança jurídica aos negócios que

Acesso ao Sumário

envolvem a transferência da titularidade de bens imóveis.

2. **O art. 108 do CC se refere ao valor do imóvel, e não ao preço do negócio. Assim, havendo disparidade entre ambos, é aquele que deve ser levado em conta para efeito de aplicação da ressalva prevista na parte final desse dispositivo legal.**

3. **A avaliação feita pela Fazenda Pública para atribuição do valor venal do imóvel é baseada em critérios objetivos previstos em lei, refletindo, de forma muito mais consentânea com a realidade do mercado imobiliário, o verdadeiro valor do imóvel objeto do negócio.**" (Recurso Especial 1.099.480 MG, Rel. Min. Marco Buzzi, DJ 25/5/15)

Igual entendimento adotou o E. TJMG:

"SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA – IMÓVEL AVALIADO PELO FISCO POR VALOR SUPERIOR A TRINTA SALÁRIOS MÍNIMOS – NECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA. A escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 108, Código Civil). **O valor do imóvel a ser considerado deve ser o da avaliação efetivada pelo Fisco – e não o constante do instrumento da transação pactuada.** Os enunciados disponibilizados pelo Conselho da Justiça Federal, e elaborados durante a 4ª Jornada de Direito Civil, não têm força de lei – e não produzem os efeitos almejados pela apelante.

O legislador quis, ao editar o artigo 108, possibilitar transações imobiliárias sem muito custo às partes de baixa renda. Soa lógico que ao referir ao valor que permite a escritura particular o fez ligando-o ao do imóvel e não ao do negócio. Exatamente para evitar fraudes e sonegação de toda sorte. O fisco faz a avaliação o imóvel de maneira objetiva e próxima da realidade mercadológica, considera uma pauta legalmente aprovada seja pelo Município ou pelo Estado, servindo de parâmetro para todos os demais cálculos sejam de custas judiciais ou emolumentos extrajudiciais. O argumento de que as partes exprimiram sua vontade ou de que se trata de pessoas próximas ou parentes, antes de conferir transparência ao negócio, o põe em dúvida, dada a subjetividade da declaração quanto ao valor do bem transacionado que pode nem mesmo ser o real, como pode pretender simular situação fática diversa da efetivamente transacionada. Pertinente a manifestação do Ministério Público quando questiona o valor do bem, valor do negócio e a situação do negócio sem valor, como no caso da doação pura, reforçando a idéia de que é necessário um parâmetro real para considerar o valor do imóvel. A prevalecer o entendimento defendido, bastaria que as partes, ao realizarem o negócio jurídico de compra e venda de imóveis, estampassem no respectivo instrumento valores ínfimos, desvirtuando, totalmente, o espírito e a finalidade da lei, com a exclusiva finalidade

Acesso ao Sumário

de burlar o fisco e não recolher os tributos e emolumentos devidos." (Apelação Cível nº 1.0432.07.013693-7/001, Rel. Des. Wander Marotta, DJ 15/1/08)

Nem se olvide que o legislador ainda cuidou de ressalvar, no texto do art. 108 da Lei Civil, eventuais previsões legais a permitir, excepcionalmente, forma particular para contratos que versem sobre direitos reais imobiliários de valor superior a trinta salários mínimos. Não obstante, lei alguma há que autorize, para a validade do negócio jurídico versado nestes autos, contato particular.

Ademais, uma vez que a regra geral, para hipóteses tais, é a escritura pública, as situações excepcionais comportam interpretação restritiva. À míngua de lei expressa permitindo o uso da forma particular, a solução de eventuais hipóteses dúbias, ainda que esse fosse o caso dos autos, haveria de pender para a imposição da escritura pública como requisito de validade do negócio.

Adotadas as premissas previamente expostas e considerando que o valor do imóvel é superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país (fls. 21), bem postada a recusa do Sr. Oficial, razão por que nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

CYNTHIA THOMÉ (Juíza Diretora do Fórum Hely Lopes Meirelles)

Discurso proferido por ocasião da instalação das 15ª e 16ª Varas da Fazenda Pública – 100% digitais (Cerimônia realizada em 09.03.2017).

Bom dia a todos

Hoje é um dia muito importante para nós e para todas as pessoas que atendemos pois estamos presenciando a inauguração da Décima Quinta e Décima Sexta Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Nós da Justiça já estamos acostumados a lutar muito para cumprir as nossas metas.

A importância desta inauguração está basicamente nisso, receber melhores condições físicas para continuar cumprindo o nosso papel.

Todos devem estar lembrados da conquista que foi a informatização deste Tribunal.

Este prédio se tornou digital em 2013 e desde então são incontáveis os progressos que fizemos.

Não é preciso dizer muita coisa. Ganhamos condições para fazer a Justiça funcionar com mais celeridade.

E agora, com a inauguração destas duas varas da Fazenda Pública, estaremos mais próximos de dar conta das responsabilidades que temos em nossos ombros, como é natural que ocorra no maior Tribunal da América Latina.

E precisamos reconhecer e agradecer o trabalho daqueles que se empenharam vigorosamente para que essa demanda se tornasse realidade.

Eu estou me referindo ao EXCELENTÍSSIMO Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente deste Tribunal de Justiça.

Ao Excelentíssimo Desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, nosso Vice-Presidente.

Ao EXCELENTÍSSIMO Desembargador MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, nosso Corregedor-Geral da Justiça.

Também agradeço os EXCELENTÍSSIMOS SENHORES Magistrados e

Acesso ao Sumário

funcionários das Varas de Acidentes do Trabalho, os dedicados funcionários da Secretaria de Administração, comandados por Eduardo Roberto Alcântara, da Secretaria de Abastecimento, sob a direção de Adriano Teocrito Pissolatto, e da Secretaria de Tecnologia e Informação, sintonizados com a nossa Rosely Padilha de Sousa Castilho.

E, por fim , não poderia deixar de agradecer a todos os Juízes das Varas da Fazenda Pública e funcionários da Administração deste prédio que tanto se empenharam para a instalação das novas varas, especialmente a Rose e José Carlos.

Com a colaboração de todos, muitas vezes sacrificando seu já reduzido espaço e horário de trabalho, chegamos a este dia em que essas novas varas entram em operação.

Parece pouco porque ainda temos várias demandas na pauta da nossa jornada a serviço da Justiça.

Recebemos a ampliação do número de varas de atuação como o sinal de que estamos melhorando cada vez mais no sentido de trabalhar pelo bem comum, por esse anseio que não é só nosso, é de todo povo brasileiro.

Muito obrigada.

SIMONE VIEGAS DE MORAES LEME (Juíza da 15ª Vara da Fazenda Pública do Fórum Hely Lopes Meirelles)

Discurso proferido por ocasião da instalação das 15ª e 16ª Varas da Fazenda Pública – 100% digitais (Cerimônia realizada em 09.03.2017).

Acesso ao Sumário

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, DIGNÍSSIMO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, na pessoa de quem cumprimento os demais presentes,

Senhoras e senhores,

Sinto-me honrada com a oportunidade de proferir algumas palavras para esta solenidade e, de início, peço vênia para lembrar frase do ilustre Ruy Barbosa:

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

A lição do mestre tem pertinência na data de hoje, cerimônia da inauguração das 15ª e 16ª Varas da Fazenda Pública da Capital, criadas pela Lei Complementar 762 de 30 de setembro de 1994 (artigo 32, I, "c"), na medida em que representa o compromisso da Justiça Bandeirante para com a sociedade na entrega de resposta ágil às demandas postas em Juízo.

Como é cediço, as Varas da Fazenda Pública tem volume colossal de feitos em andamento e elevadíssima distribuição de demandas novas e, em contrapartida, reduzido número de magistrados, servidores e aparato necessário. A combinação - excesso de feitos e reduzido número de servidores dificulta a fluidez da atividade jurisdicional. As novas Varas representam alento às dificuldades que nós, integrantes do mundo forense, enfrentamos diariamente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo sempre enfrentou os desafios de maneira competente e inovadora e assume, agora, postura de vanguarda, com instalação de varas da fazenda pública 100% digitais.

A data de hoje representa mais um passo nesta árdua caminhada e o momento não poderia ser mais simbólico, pois, mesmo diante das crises financeira e política que assolam o País e da descrença da população nas instituições, o Poder Judiciário Bandeirante encontra meios de atuar de maneira firme e coerente, prezando seus jurisdicionados.

E é com o espírito renovado que tenho privilégio de instalar a nova Vara.

Finalmente, impossível deixar de mencionar que integro a Justiça Bandeirante há quase 24 anos, ingressei na carreira por vocação e abracei meu ofício com afinco e dedicação desde então, mesmo diante de adversidades. E nos momentos difíceis, lembro sempre das palavras da querida Cora Coralina que agora partilho com os senhores:

"Desistir... eu já pensei seriamente nisso, mas nunca me levei realmente a sério; é que tem mais chão nos meus olhos do que o cansaço das minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do que tristeza nos meus ombros".

Muito obrigada.

DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 28.03.2017).

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São

Paulo Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, na pessoa de quem cumprimento os demais componentes da Mesa;

Exmo. Sr. Desembargador Roberto Caruso e Costábile Solimene, caro amigo e colega de longos anos;

Senhores Desembargadores, Senhores Procuradores de Justiça, Senhores Magistrados;

Senhores Promotores de Justiça;

Senhores Defensores Públicos e Procuradores do Estado, Senhores Advogados;

Senhores Militares

Senhores Serventuários da Justiça; Caros amigos, queridos familiares;

Amada Mãe.

Serei breve em minhas palavras porque a emoção toma conta da minha fala.

Mesma emoção que me acompanha, graças a Deus, desde a minha formatura na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, passando pela alegria na minha posse na Procuradoria do Estado, e pela honra do ingresso na Magistratura paulista.

Emoção que não me largou quando tomei posse como Juíza Substituta em São Bernardo do Campo/Diadema, Juíza Titular em Bariri, Santa Bárbara D'Oeste, São Bernardo do Campo, 2ª Vara de Família e Sucessões de Itaquera, 6ª Vara Cível de Santo Amaro, Colégio Recursal Unificado e como Juíza Substituta em Segundo Grau.

Após 28 anos de carreira, chego ao cargo de Desembargadora.

É o ápice da carreira. Mas não o fim.

Ao contrário. Dou início a uma nova jornada. Uma nova fase de muito trabalho para honrar, cada vez mais, o nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sua incansável luta para outorgar ao jurisdicionado a real, célere e esperada Justiça.

Acesso ao Sumário

E a palavra "luta", aqui, não é um exagero. O Tribunal de Justiça de São Paulo é o maior tribunal do país e, quiçá, o maior tribunal do mundo.

Nele tramitam 20,9 milhões de ações... repito... 20,9 milhões de demandas para serem julgadas por apenas 359 Desembargadores e 2.180 Juízes...

Somente a título de simples comparação, a Suprema Corte norte-americana possui 9 Magistrados, recebem 8 mil processos por ano e julgam apenas 80....

No Tribunal paulista, em 2016, foram ajuizadas 5,8 milhões de ações. E foram proferidas 4,8 milhões de decisões nas 1ª e 2ª instâncias. Produtividade acima de qualquer expectativa graças aos esforços de todos os Magistrados, amparados por programas implantados pelo nosso Presidente, Desembargador

Paulo Dimas.

Trabalho hercúleo do qual nenhum Magistrado paulista foge!

Pois é nossa missão de vida seguir, sem pestanejar, os preceitos do Direito deixados por Ulpiano.

É dever dos Magistrados, de qualquer Grau de Jurisdição, da mais alta Corte do país até a minúscula Comarca nos longínquos rincões, agir conforme os atributos da Deusa Themis:

a) Usar a balança, com a qual se equilibra a razão e a compaixão no julgamento.

b) Empunhar a Espada, para garantir a força e o poder com equilíbrio**,** punindo o culpado,protegendo o inocente, e incentivando as pessoas a assumirem a devida responsabilidade por suas ações.

c) Ter os olhos vendados, para ser imparcial nos julgamentos, qualidade imprescindível ao caráter de um Juiz, **mas jamais** para ser cega à realidade que lhe rodeia.

O filósofo grego Sócrates já ensinava que: *"Três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente."*

O Juiz deve ser "*la bouche de la loi*", a boca da lei, como dizia Montesquieu. Seguir a Lei, em sua plenitude, pelo princípio da legalidade vigente em nosso ordenamento, traz segurança jurídica à sociedade.

Entretanto, o Direito não é estático. Evolui. E evolui com pressa, seguindo os passos ansiosos do ser humano.

E nós, Magistrados, não podemos ficar parados no tempo! Devemos evoluir junto com a sociedade.

E para isso, o Juiz deve ser Sociólogo, Filósofo, Educador, Psicólogo, ter conhecimento da vida sob todos os aspectos, sempre com um olhar no presente e outro no futuro, para entender as finalidades da Lei e os anseios e sentimentos do Homem. E, ainda, ser Humano, na mais alta expressão do vocábulo, a fim de que se torne guardião dos interesses individuais e coletivos. Como são sábias essas palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Oscar Tenório!!

Só assim poderemos dar uma resposta **efetiva** à sociedade, trazendo de volta os ideais de Moral, Ética e Justiça.

É o mínimo que se espera de um verdadeiro Poder do Estado!

E assim age o Tribunal de Justiça de São Paulo, expoente de modernidade e exemplo de conduta escorreita no cenário jurídico brasileiro.

E nele me espelhei para, desde o primeiro dia na Magistratura, pedir a Deus que de minha caneta de julgadora somente saíssem decisões justas. Espero

tê-las proferido, apesar dos desacertos involuntários.

É com grande honra que visto a Toga e uso o Colar do Tribunal bandeirante. E reassumo, agora, o eterno compromisso de contribuir para a manutenção de seu alto conceito nacional, o que só aumenta minha responsabilidade de bem exercer a Judicatura.

Foi-me dito, um dia, que *"se te foi permitido chegar onde chegou, na hora certa, apenas faça o que precisa ser feito"*.

Fiz e continuarei a fazer: Distribuir Justiça espelhando-me sempre no Julgador Supremo.

Meus eternos agradecimentos aos Desembargadores e Juízes que sempre me apoiaram e ajudaram em minha trajetória e com os quais aprendi e continuo aprendendo importantíssimas lições jurídicas e de vida! Nominá-los aqui seria estender por demais esta cerimônia. Mas cada qual sabe a sua importância na minha vida.

Cito, em especial, o Desembargador Roberto Solimene, não só pelas emocionantes palavras que aqui proferiu a meu respeito, fruto de total suspeição de Vossa Excelência..., mas também pela amizade atemporal e inabalável, pelo carinho que sempre deu a mim e a meus pais e pelas valiosas orientações na carreira.

Agradeço, igualmente, aos caros funcionários das comarcas por onde passei, sempre competentes, gentis, colaborativos e amigos!

Faço, aqui, um agradecimento especial, aos meus queridos e competentíssimos assistentes e escreventes do meu gabinete, Alessandra Zanaroli, Auro Rodrigues dos Reis, Beatriz Ferreira Sá Molinari, Bruno Brito Cruz Queiroz Silva, Marcia Catelan de Mendonça Silva e Sarita Pelosini Mota, por todo apoio em absolutamente todos os momentos, bons e ruins, passados nesses quase sete anos juntos. O inestimável carinho de vocês terá minha eterna gratidão.

Aos meus familiares, amigos e irmãos de coração, pela força e cumplicidade na caminhada, imprescindíveis suportes nos momentos difíceis.

Claro, agradeço aos meus amados pais. Sem eles não seria o que sou hoje. Amor, compaixão, força, educação, moral, honestidade, ética, civismo, caráter e retidão são valores que com eles aprendi em atitudes diárias e os levarei comigo até o fim. Eterna, eterna... gratidão...

E, enfim, a Deus, por ter me dado o privilégio e a honra de ter a todos em meu caminho de Vida.

Muito obrigada.

Acesso ao Sumário

ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da Posse de Denise Andréa Martins Retamero no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 28.03.2017).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti (biênio 2016/2017), Presidente deste e. Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ademir de Carvalho Benedito, Vice-Presidente;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, Corregedor Geral de Justiça;

Senhores Desembargadores Presidentes de Seção Renato de Salles Abreu Filjo, Luiz Antonio de Godoy e Ricardo Henry Marques Dip;

Senhores Desembargadores da 24ª Câmara de Direito Privado;

Des. Luiz Augusto de Salles Vieira;

Des. Plínio Novaes de Andrade júnior;

Des. Walter Rocha Barone;

Desª. Jonize Sacchi de Oliveira;

Excelentíssimo Senhor...

Para os termos do art. 57, §3º do Regimento Interno, por ocasião de sua posse formal, neste 28 de março de 2017, em nome desta e. Corte Centenária saúdo a e. Dra. DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO, em razão de sua assunção neste ato ao cargo de desembargadora deste e. Tribunal de Justiça de S. Paulo.

Reconheço que entre nós, colegas magistrados deste e. Sodalício, existem vários com muito maior verve do que a deste orador, para abrilhantar o ato deste elevado ingresso formal. Todavia, comovido com a escolha da e. desembargadora empossanda, a ela e aos demais presentes, autoridades deste e dos outros poderes do Estado, seus convidados, amigos e parentes, prometo fazer a presente saudação formal inspirado pelo mais fraternal afeto, pela mais elevada lealdade, que são predicados desta Casa de Justiça. E, assim procedendo, creio eu, estarei legitimado para este encargo com que fui dignificado.

A empossanda é filha do Sr. MIGUEL RETAMERO FILHO, um dedicado chefe de família, honesto, trabalhador incansável, a quem tive o privilégio de conhecer. Como testemunha realmente ocular, de público, me é dado afirmar com segurança inabalável o amor inimaginável, ilimitado, exemplar que nutria pela filha, que observo, o fez por merecê-lo em sua inteireza.

A mãe da empossanda é minha querida amiga, Dra. ZENAIDE MARTINS RETAMERO, 1ª mulher a graduar-se em administração de empresas em nosso Estado, que enfrenta com galhardia os percalços da vida, sua saúde minada por uma existência repleta de esforço e dedicação, retribuída em afeto pelo marido amado e pela filha amiga, que hoje mereceu do Criador a dádiva de poder tê-la como assistente de mais este êxito pessoal.

Conheço nossa nova colega de Tribunal desde os bancos escolares, em meados de 1982, pois fui seu colega na Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Seu comportamento como estudante sempre foi exemplar. Era admirada pelos professores, respeitada pelos colegas e lembrada pelos servidores da velha Academia como alguém diferenciadamente generosa, refinada no trato e com incontroverso aproveitamento escolar.

Tanto assim, que graduada há pouco mais de dois anos, foi aprovada no dificílimo concurso de ingresso aos quadros da Procuradoria Geral do Estado de S. Paulo. E logo em seguida, noutras provas tão ou mais exigentes, tornou-se Juíza substituta da comarca de S. Bernardo do Campo.

Recordo-me, com muita saudade e incontida alegria, do dia em que, tomando conhecimento de sua aprovação no 155º concurso de ingresso, compareci a sua residência, para abraça-la e aos pais, celebrando com sorrisos inesquecíveis a realização do sonho profissional da nossa homenageada.

Anos depois tornei-me a encontrar com a Dra. Denise Andrea Martins Retamero na comarca de São Bernardo do Campo, quando S. Exa. Já ocupava a cadeira de MM Juíza Titular da 2ª Vara Cível.

Antes, foi Juíza Titular da comarca de Bariri (1990) e, em seguida, por merecimento, promovida para a 2ª Vara de Santa Bárbara d'Oeste.

Mais tarde, tornamos a nos reencontrar agora no Colégio Recursal Unificado, experiência pioneira, qual seja, a criação de Corte Única para os Juizados Cíveis e Criminais de nosso estado, e que perduro entre 2007 e 2009.

Acesso ao Sumário

Nesse interim, e sem prejuízo, na capital a Desembargadora Denise Retamero foi juíza da 2ª Vara da Família de Itaquera e, pouco depois, removeu-se para a 6ª Vara Cível do Fórum Regional de Santo Amaro, onde prosseguiu até ser chamada para compor os quadros de juízes substitutos de 2º grau, em fins de 2011.

Uma longa carreira, começada em 2.1.1989, uma vida dedicada à causa da Justiça, e que agora é consagrada pela promoção ao cargo de desembargadora deste que é o mais antigo Tribunal do país, fazendo jus a ter seu honrado nome inscrito em dourado ao lado dos colegas desembargadores nas paredes que circundam a sede do Órgão Especial no 5º andar deste prédio.

Consigno ter, S. Exa., eventualmente representado nosso Poder Judiciário

Estadual junto do Conselho Superior da Magistratura italiana em evento celebrado na cidade de Roam, no ano de 1999, em meio a convênio de nossa Escola Paulista da Magistratura com a Corte de Cassação daquele país.

Feitos estes poucos destaques profissionais da Sra. Desembargadora, tirados dentre outros vários mais, tenho a especial incumbência de, representando nossos 360 colegas desembargadores, efusivamente cumprimentar Vossa Excelência pela vitoriosa ascensão, anoto e destaco, sem quaisquer percalços, ingressando neste sagrado salão de cabeça erguida, orgulhosa dos próprios êxitos e, por certo, grata pelo apoio de uma massa incomensurável de amigos, admiradores e colaboradores, tendo à frente seus valorosos pais.

E é chegada a hora de encerrar nossa fala, privado nossa seleta plateia de ladainhas enfadonhas e mesmices sacrificantes da paciência alheia.

Não posso fechar nossa fala e deixar passar em branco a oportunidade de renovar nossos votos de empenho em prol da causa pública, de honestidade a qualquer custo, de imparcialidade como homenagem aos cidadãos de bem, que contribuem com seu trabalho honrado na forma de tributos.

Sem nenhuma dúvida, a chegada de mais outro desembargador à plenária deste e. Tribunal é mais uma chance inestimável de portar a todos, colegas togados e cidadãos não togados, a nossa constante preocupação em aperfeiçoar os atendimentos que prestamos, com maior celeridade, maior retidão nos procedimentos e maior faixa de acerto nas deliberações.

A promoção de um juiz de carreira, a nomeação de um membro do Ministério Público ou de Advogado, estes últimos pela regra do 5º Constitucional, é evento oportuno para repetir que não há sociedade organizada sem magistratura comprometida com a democracia. Magistratura que zela pela própria independência para melhor servir aos cidadãos, para deixa-los, os cidadãos, livres de qualquer ingerência maligna, para protegê-los na fruição plena de seus direitos subjetivos. Uma judicatura aplicadora dos rigores da Lei, sem tergiversação.

A República e a Lei.

Ou o caos.

A prova de respeito por nossos concidadãos é a fleuma como temos recebido críticas, nem sempre construtiva, muitas injustas e até mentirosas, sem jamais produzirmos reações corporativistas, agindo sobre o pálio da humildade, continuando nossa marcha imparável no sentido de dar a cada um o que é seu, no sentido de garantir a ordem e segurança públicas como direitos fundamentais das pessoas de bem.

Agora, reforçados pela e. Desembargadora empossanda, continuamente unidos pela fé inquebrantável na Constituição, liderados pelos colegas que elegemos para as mais elevadas cátedras da Casa, estamos e continuaremos

Acesso ao Sumário

a estar sempre presentes ao lado dos nossos conterrâneos na realização de um Grande Brasil, que, auguramos, rapidamente se faça livre de quaisquer malfeitores.

Posso garantir distinta plateia, posso garantir estimada Desembargadora Denise Retamero, posso garantir Senhor Presidente, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, que dentro deste Tribunal pulsam firmes e decididos os corações de gente corajosa que não abrirá jamais mão de valores como decência, imparcialidade e prudência. Estamos todos nós alertas, atentos, para a que a Justiça, que é um bem de todos, sempre prevaleça. Custe o que custar.

Oro para que estas sagradas paredes, que coletam nossas palavras de esperança e de júbilo, em mais um século, pelo menos, continuem firmes e de pé, e que as novas gerações que venham por mérito tomar nossos lugares igualmente carreguem em seus corações o dístico que nos anima.

'Pelo Brasil,

Façam-se Grandes Coisas'

('*Pro Brasilia Fiant Eximia*').

Muito Obrigado.

RENATA APARECIDA DE OLIVEIRA MILANI (Juíza Diretora do Fórum da Comarca de Itupeva)

Discurso proferido por ocasião da instalação do CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Itupeva (Solenidade realizada em 28.03.2017).

Acesso ao Sumário

Doutor Presidente, Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, na pessoa do Senhor saúdo todos os presentes.

Estamos aqui reunidos em solenidade para instalação oficial do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC); Juizado Especial Cível e Setor das Execuções Fiscais.

Primeiramente, destaco que este Foro Distrital de Itupeva foi inaugurado no dia 29 de agosto de 2014. Com menos de três anos de instalação já contamos com mais de 9000 feitos em andamento e um crescimento populacional e de processos vertiginoso.

Digo que, sem menosprezar o grande desafio que teremos pela frente, com a instalação de três novos setores, nós nos sentimos empolgados com a missão

confiada e esclareço.

É com muita honra que recebemos Vossa Excelência Presidente do Tribunal de Justiça, Dr. Paulo Dimas aqui em Itupeva, pois a sua gestão soube compreender os números e particularidades da Comarca e muito nos tem auxiliado, bem como hoje nos honra com sua presença. Cumprimento e agradeço a presença de Vossa Excelência e dos Assessores.

E prossigo dizendo que eu me sinto confortável com a ampliação, pois temos grandes parceiros, além é claro da Presidência, aderindo aqui na cidade ao lema de "gestão participativa".

O Município, na pessoa do Prefeito Marco Antonio Marchi, é um dos principais parceiros do Poder Judiciário local, tanto que informado que teríamos as instalações, veio nos procurar para oferecer ajuda e esta veio com a cessão de funcionários, com obras para a instalação e com muita disponibilidade para que esta parceria fosse ampliada não só no aspecto formal do convênio, mas para que possamos traçar método de trabalho que beneficie a população e otimize esforços. Esta inclusive foi a nossa conversa ontem com o Dr. Cleber Gomes de Castro, Secretário de Gestão do Município. Cumprimento e agradeço a presença do Prefeito, da Primeira Dama, do Vice-Prefeito ALEXANDRE RIBEIRO MUSTAFA, do Dr. Cleber, Procuradores Municipais e Funcionários Públicos.

A Câmara Municipal de Itupeva, também sempre estende os braços ao poder judiciário, tanto que nossas sessões de Júri são realizadas naquele prédio. Cumprimento os senhores vereadores, na pessoa do senhor ERIVALDO EVANGELISTA CAMPOS, Presidente da Câmara, aqui presente.

Certa feita, fui procurada pela Ordem dos Advogados do Brasil para tratar de uma pauta aberta e a reunião, iniciou com a seguinte fala: "Viemos aqui dizer que sabemos das dificuldades que Itupeva tem enfrentado e queremos saber no que podemos ajudar." Isso por óbvio espelha a preocupação da CASA DO ADVOGADO de defender as prerrogativas de seus membros e o estado de direito dos habitantes locais, mas demonstra a consciência de que é com parceria que enfrentaremos os problemas. Cumprimento e agradeço a presença do Presidente da OAB/Subseção Jundiaí Dr. Airton Sebastião Bressan, de sua Vice-Presidente Dra. Daniela Marchi Magalhães e de seu Presidente da Subsede de Itupeva Dr. Marcos Rafael Calegari Cardoso, estendendo aos demais advogados e estagiários de direito presentes.

O Ministério Público, representado nesta cidade pela Doutora Roberta Tonini Quaresma, muito dignifica a instituição com a sua serenidade e discrição, estando sempre disposta a nos auxiliar para a busca de justiça. Cumprimento e agradeço a presença, estendendo a todos os membros do Ministério Público.

Acesso ao Sumário

Em algumas oportunidades fui procurada por Funcionários do fórum para me dizer o quanto se sentiam orgulhosos de trabalhar no Fórum de Itupeva e que sabiam a importância do nosso trabalho para a população. Digo que a equipe nomeada para assumir a chefia dos três setores tem este valor e compromisso. Cumprimento e agradeço a presença do Amadeu, Fabio e Maria Cleuza, estendendo aos demais servidores públicos e funcionários municipais que trabalham neste Fórum.

Acreditamos que o Juizado tem que estar perto de seus jurisdicionados e nada mais justa a presente instalação, deixando os feitos desta área de competência de tramitar por Jundiaí, como um presente à população. E quanto a Doutora Renata, Diretora do Fórum de Jundiaí e Juíza Titular do Juizado de Jundiaí, já demonstrou que está disposta a colaborar conosco com toda a sua experiência. Cumprimento e agradeço a presença.

Por fim, ressalto que Itupeva conta com grandes colaboradores que não posso deixar de nominar e agradecer a presença, pois estão conosco em todos os momentos: Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Doutor Massami Uyeda. Muita honra tê-lo conosco. Cumprimento e agradeço a presença.

Ainda, destaco a presença de grandes colaboradores e amigos.

Paulo Sérgio Fernandes de Oliveira, nosso patrono e saudoso Magistrado que na presente data está muito bem representado pelas filhas Letícia e Maria Paula. Cumprimento e agradeço a presença.

Desembargador Cláudio Antonio Soares Levada, Coordenador da 5ª Circunscrição Judiciária de Jundiaí.

JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 29.03.2017).

AGRADECIMENTO – EGRÉGIO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – INTEGRANTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – PROMOÇÃO PARA O HONROSO CARGO DE DESEMBARGADOR DO NOSSO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Senhor Presidente, Desembargador Paulo Dimas, Autoridades nominadas, desembargadores e magistrados que gentilmente comparecem a essa solenidade.

Acesso ao Sumário

Agradeço as palavras do amigo orador.

Agradecimento – amigos.

Eu tenho a **sorte de fazer aquilo o que eu gosto.**

Sou uma **pessoa grata e abençoada** por ser juiz.

A **Magistratura me proporcionou a conquistar de quase tudo** o que tenho.

A **Magistratura** me deu **amigos maravilhosos**. Como juiz eu **sou uma pessoa feliz.**

Tive muitas experiências que tocaram a minha alma e me tornaram alguém melhor.

Feliz e abençoado aquele que vive intensamente a sua profissão.

Muito bom **fazer aquilo que gostaria que fosse feito para si mesmo.**

Ser juiz significa exercer a função de dar a cada um o que é seu.

Saber cuidar – tudo o que existe precisa ser cuidado. É necessário saber cuidar – tônica que inspira todas as profissões.

Como juiz penso que se deve cuidar das pessoas, daqueles que nos procuram, dos nossos servidores, do interesse comum, da coisa pública – agindo assim o juiz também será cuidado.

Saber cuidar do próximo, criando uma corrente que reúne pessoas dispostas a saber cuidar, como se houvesse **uma cadeia de cuidadores** – contribuindo para o bem estar comum.

Importante ter a consciência sobre a falibilidade humana conjugada com a manifesta vontade de fazer o melhor – ter a capacidade de se indignar com o mal feito.

Fazer o melhor possível dentro das melhores condições igualmente possíveis.

Como **qualquer outra profissão,** acredito que também o **juiz deve buscar o seu aperfeiçoamento** e o **tempo será seu aliado para servir de instrumento para tal fim.**

Não basta o tempo.

O tempo toca a todos indistintamente, não significa apenas envelhecer, é preciso aproveitar o tempo para somar a experiência e aprender, querer aperfeiçoar-se, estudar, aprender e aprender.

O que se espera de um juiz é que ele possa reavaliar seu trabalho para melhor se capacitar e tentar fazer o seu melhor.

Acesso ao Sumário

O juiz tem o compromisso com o direito, guiar-se pela Constituição Federal.

Ser juiz não significa deixar-se envolver pelo microcosmo do poder, onde tudo é transitório.

Tenho que usar a parcela de poder que me é confiada para exercer minha profissão de maneira a dela extrair seu melhor proveito.

Como fazer? A resposta parece simples.

É nossa obrigação tentar dar a cada um aquilo que lhe pertence.

A magistratura me deu amigos do coração, pessoas que simplesmente por existirem, me estimulam a continuar tentando fazer o melhor possível nas melhores condições possíveis.

Posso citar vários juízes que são exemplos para mim. Hoje aqui me sinto feliz por avistar alguns juízes que me honram com suas presenças.

Não apenas juízes, mas também advogados que muito bem compreendem o sentido da Advocacia, o compromisso prestado para servir como condutor da Justiça – minhas homenagens a todos eles.

Além de bons juízes, nosso Tribunal conta com uma legião de servidores comprometidos com a tarefa de servir ao público, dedicando parte de suas vidas ao Tribunal de Justiça e ao Serviço Público.

Agradecimentos – Servidores de Campinas (Gilberto), de Guará (Vilmar, Roberto, Geralda), de Avaré (Marineusa, Nardo), de São Caetano (Marcia, Roseli, Mônica), do Jabaquara (Vera Pereira, Luciana), do FJMJ (Armando, Lucia).

Assessoria da Presidência do Tribunal – conheci valiosos funcionários que impulsionam a máquina administrativa. Poeta Paulo Bomfim, compartilhamos o Gabinete (“Dois amigos, duas verdade que se reconhecem”).

Acesso ao Sumário

Agora, em Segundo Grau, agradeço muito aos meus amigos do gabinete pelo esforço, confiança, comprometimento, compreensão quanto à função exercida, com o incansável empenho na pesquisa e estudos para elaboração de decisões.

Meu agradecimento a todos os amigos Magistrados, Advogados, Procuradores, Promotores e Defensores, todos pacientes comigo – motivaram e impulsionaram meu caminho.

Reservo o silêncio para lembrar da minha família.

Devemos ter confiança no Poder Judiciário. A Magistratura reúne homens e mulheres de bem.

SÉRGIO RUI DA FONSECA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da Posse de José Maria Câmara Júnior no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 29.03.2017).

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, MD Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem saúdo as eminentes autoridades nominadas pela Coordenadoria de Cerimonial, queridos servidores da Corte, minas senhoras, meus senhores.

Desembargador José Maria Câmara Júnior, dileto filho de José Maria Câmara e Teresinha Bilia Câmara, paulistano, nascidos por estas plagas em 09 de janeiro de 1961, bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1984, sagrando-se Mestre na área de concentração de Direito das Relações Sociais e Doutor em Processo Civil.

Tomamos posse, Excelência, amigo de fé e irmão camarada, também corintiano de quatro costados, como juízes substitutos em 20 de junho de 1986, o Desembargador José Maria Câmara Júnior judicou – na nomenclatura de outrora – em 1ª Entrância no Foro Distrital de Guará da Comarca de Ituverava, em 2ª perante a 2ª Vara da Comarca de Avaré, em 3ª na 5ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul e na então Especial perante a 3ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, quando se removeu para o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau a partir de 1º de dezembro de 2011 até promoção, por merecimento, a Desembargador da Corte a contar de 16 de março de 2017.

O Desembargador José Maria Câmara Júnior exibe em sua profícua atividade jurídica expressiva trajetória como Coordenador de Cursos de Iniciação Funcional e Aperfeiçoamento para Servidores da Escola Paulista da Magistratura, Coordenador do Ciclo de Aulas Magnas – Atualização Permanente de Juízes e Servidores, promovido pela Presidência do tribunal de Justiça e Escola Paulista da Magistratura, Coordenador do Centro de Treinamento e Apoio aos Servidores do Tribunal de Justiça – CETRA, Professor de Graduação do Departamento Processual Civil, do Curso de Especialização e também Coordenador do Curso de Extensão do Departamento Processual Civil da PUC/SP, Palestrante em diversos certames sobre o Novo Código de Processo Civil, além de trabalhos publicados.

Acesso ao Sumário

Da cepa de Dom Hélder Câmara, um dos maiores líderes do século XX, que lutou pela paz através da promoção da justiça social no exercício diário de valores básicos mas não sempre fáceis de serem praticados, Vossa Excelência, Desembargador José Maria Câmara Júnior, nestes mais de 30 anos de convívio, também professa bondade, paciência, respeito, humildade, humor, disposição para aprender com os mais jovens e os pobres, e, quando necessário, silêncio.

Como alguém, com autoridade já vaticinara, seremos lembrados apesar de nossas próprias personalidades. Nenhuma significância ou insignificância pessoal poderá separar qualquer de nós.

O atribulado processo que atravessamos nos manterá iluminados, para honra ou desonra, através de toas as gerações. Haveremos de salvar com nobreza, ou perder com mediocridade, a última boa esperança da terra. Outros meios podem lograr sucesso. Esse nosso meio não pode fracassar. O caminho é simples, pacífico, generoso, justo, caminho este que, se for seguido, o mundo reconhecerá para sempre, e Deus abençoará eternamente. Ao parafrasear o hilário, se mais não disse, Desembargador José Maria Câmara Júnior, foi porque não soube, e, a propósito, muito bem que Vossa Excelência merecia, mas disse o que o coração recomenda, o protocolo abona e a paciência do próximo tolera.

Seja bem-vindo Desembargador José Maria Câmara Júnior.

DÉBORA TIBÚRCIO VIANA (Juíza de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Andradina (Solenidade realizada em 30.03.2017).

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades que compõem a mesa, cujos nomes já foram declinados pelo cerimonial.

Senhores representantes do Ministério Público, Advogados, Servidores desta Casa, senhoras e senhores que prestigiam essa solenidade.

É com muita honra e imensa satisfação que na data de hoje inauguramos o Anexo de violência doméstica e familiar contra a mulher na comarca de Andradina. Cumpre-me, como juíza responsável deste Anexo, trazer à lume o contexto histórico do procedimento que tornou possível a

implementação de tão relevante instrumento.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atuando na vanguarda e exercendo a jurisdição de modo a sempre tornar efetiva os mandamos da lei, através do Provimento 2.174, editado pelo Conselho Superior da Magistratura, no ano de 2014, regulamentou a possibilidade de convênio junto a municipalidade, para a instalação de anexos com competência exclusiva para as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Diante disso, em maio de 2015, o zeloso Dr. Thiago Henrique Teles Lopes, juiz de Direito, à época, diretor deste Fórum, enviou ofício as prefeituras de Andradina e Castilho, convidando-as a firmar mencionada parceria.

As municipalidades locais, em clara demonstração de harmonia e cooperação entre os Poderes, visando o implemento de políticas públicas que visem a garantir os direitos humanos das mulheres, inclinou-se, de pronto, a firmação do referido convênio, assentindo e comprometendo-se com todos os termos propostos.

Encaminhada a mencionada anuência dos Poderes Executivos à presidência do colendo Tribunal de Justiça, este, sempre célere em atender as necessidades dos seus jurisdicionados, em Julho do mesmo ano autorizou a dita instalação.

Todavia, muitas eram as providências e diligências a serem adotadas. Urgia a imprescindibilidade de espaço físico adequado, maquinário de informática, mobiliário, equipe técnica, equipe de apoio e todo o acervo mínimo necessário para o funcionamento efetivo do mesmo.

Iniciou-se, então, uma árdua caminhada em busca de soluções viáveis para que o convênio fosse, de fato, implementado. Neste ponto, merece menção honrosa a rotineira colaboração e solicitude do proeminente Excelentíssimo Desembargador Dr. Paulo Magalhães, que teve participação decisiva para que Andradina seja hoje a terceira comarca no Estado de São Paulo a contar com o Anexo de Violência Doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, após superados todos os obstáculos, que, diga-se, *a priori* pareciam invencíveis, em 16 de Junho de 2016 foi firmado o Convênio entre a Prefeitura Municipal de Andradina e o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo com vistas à instalação do anexo.

A relevância do anexo, que conta com equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados, não apenas na área jurídica, mas também da saúde e psicossocial, se dá em razão do

asseguramento, de modo dirigido, dos direitos e garantias fundamentais das mulheres, com medidas integradas de prevenção à violência doméstica e familiar, dando todo o aporte necessário para que a consagrada Lei Maria da Penha alcance seu fim social.

Assim, neste dia histórico, no qual Andradina tem a inigualável honra de receber o digníssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça para a inauguração do quarto anexo de violência doméstica do Estado, sinto-me especialmente prestigiada por figurar como juíza responsável do Anexo.

Diante de tão grande mister, deixo, para registro nos anais da história desta casa, meu compromisso solene de desempenhar com o máximo afinco, empenho e dedicação a tarefa de atender as jurisdicionadas, com atuação justa e célere, em estrita consonância e respeito com o que preceitua a Constituição, o que, diga-se, me propus desde o ingresso neste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Finalizo deixando meus mais sinceros agradecimentos e reconhecimento de todo o primoroso, incessante, incansável e excelente trabalho que os oficiosos servidores desta comarca prestam diuturnamente, sem os quais jamais seria possível dar movimento a esta grande e complexa máquina judiciária, que tem nos seus funcionários, em especial os de Andradina, sua força motriz, que nos impulsiona a alçar grandes voos, tais como este.

A todos, o meu muito obrigada!

EDUARDO GARCIA ALBUQUERQUE (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da Inauguração das Novas Instalações do Fórum da Comarca de Ilha Solteira (Solenidade realizada em 30.03.2017).

Excelentíssimo Sr. Dr. Presidente do TJSP Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Exmo. Sr. Corregedor Geral de Justiça Manoel de Queiroz Pereira Calças, na pessoa de quem estendo meus cumprimentos aos demais membros do Tribunal de Justiça aqui presentes, Exma. Promotora de Justiça Dra. Marilia Gomes, na pessoa de que estendo meus cumprimentos aos demais membros do Ministério Público; Exmo. Sr. Prefeito municipal Otavio Gomes; Ilmo. Dr. Fabio Corcioli Miguel, na pessoa de quem estendo meus cumprimentos aos demais advogados presentes; Prezados Servidores.

Quis o destino que coubesse a mim a honraria de ocupar a função de diretor do Fórum de Ilha Solteira neste momento histórico para a Comarca. História esta que se confunde com a desta cidade. Ilha Solteira começou a receber seus primeiros moradores em **15 de outubro de 1968**, em razão da construção da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira, pela Companhia Energética do Estado de São Paulo – CESP, tendo alcançado sua emancipação política apenas em 30 de dezembro de 1991.

Antes mesmo de o município de Ilha Solteira ser emancipado, no dia **22 de dezembro de 1989**, por meio da Lei 6.166/1988, foi solenemente instalada a Vara Distrital de Ilha Solteira, pertencente ao Foro da Comarca de Pereira Barreto.

Para o funcionamento provisório da Vara Distrital, foi cedido pela UNESP, pelo período de um ano, o "Edifício do Centro Cultural", localizado na Praça dos Paiaguás.

Contudo, apesar do caráter provisório, a Vara Distrital se manteve no "antigo cinema" por seis anos, quando, por questões de insalubridade extremas, e outros fatores que dificultavam o exercício das atividades judiciais, as instalações precisaram ser transferidas.

Assim, foi construído e cedido, pela Prefeitura Municipal, o prédio localizado no Passeio Parati, onde permaneceu instalado o Fórum de Ilha Solteira até data recente.

No dia **29 de abril de 2005**, através da Lei Complementar nº 877/2000, a então Vara Distrital de Ilha Solteira foi elevada à Comarca, recebendo o Fórum a denominação de "*Desembargador João Del Nero*".

Evidentemente que, ao longo dos anos, desde a emancipação do município, o crescimento da cidade de Ilha Solteira não se manteve estático. Ao contrário, desenvolveu-se de forma progressiva, interferindo significativamente na movimentação processual do Judiciário: aumentaram-se o número das relações jurídicas e, logo, o número de demandas levadas ao conhecimento deste Órgão.

Neste contexto, com o exponencial crescimento do acesso a justiça, as instalações, outrora consideradas adequadas, passou a não mais atender aos anseios dos jurisdicionados, advogados e servidores.

Desde a instalação da Vara Distrital de Ilha Solteira, em 1989, o Poder Judiciário jamais foi acomodado em um ambiente projetado especialmente para o desenvolvimento das atividades jurisdicionais.

A princípio, a Vara Distrital foi instalada em um prédio destinado ao cinema, na praça central, onde se enfrentava os mais variados problemas: não havia

sanitários em número suficiente para o público e os servidores; diversos setores, como os dos Oficiais de Justiça, Serviço Social, Administração Geral, Protocolo Geral e Arquivo não dispunham de espaço próprio; ventilação precária, por inexistir janelas; no pavimento superior situava-se o "Bar da Cultura" e "Diretório Acadêmico da UNESP", onde se realizavam várias festividades, dentre outros inconvenientes que atrapalhavam o exercício da Função Pública.

Mesmo com a transferência das acomodações do Fórum para o prédio cedido e construído pela Prefeitura, situado no Passeio Parati, persistiu, ainda, a necessidade de um espaço físico apropriado para atender com a qualidade devida ao público, realizar os atos processuais e oferecer aos servidores e advogados um meio ambiente de trabalho adequado, nos moldes traçados pela Constituição Federal.

Com a construção do Prédio do Fórum de Ilha Solteira, que só foi possível mediante o esforço conjunto do Governo do Estado, do Município, dos Servidores e dos Magistrados que passaram pela Comarca (em especial do Dr. Marcelo Eduardo Souza, responsável pela escolha da excelente localização deste prédio), pode-se dizer que a população ilheense dispõe da infraestrutura necessária ao acesso à ordem jurídica justa, com espaço democrático e adequado para a solução dos conflitos.

Construído especialmente para as atividades Judiciais, o prédio conta com espaço suficiente para o instalação de 3 Varas, Juizado Especial Cível e Criminal, Centros de Solução de Conflitos, onde poderão ser realizadas as audiências de conciliação e Mediação, Setor Técnico, com atendimento especializado de profissionais da área da psicologia e assistencial, Brinquedoteca etc.

Por fim, gostaria de agradecer ao Presidente Paulo Dimas, sempre solicito a atender nossos pedidos; ao Corregedor de Justiça. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças, por ter me aprovado no concurso de ingresso na Magistratura; agradecer e enaltecer a atuação dos advogados desta Comarca, que sempre terão no Poder Judiciário ilhense um parceiro na busca pela pacificação social. Ao Ministério Público, nas pessoas das Dras. Luciane e Marilia, as quais desempenham um trabalho sem precedentes nesta Comarca na busca por Justiça; e por fim, mas não menos importante, aos servidores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que faço na figura do Elias, nosso servidor mais antigo, da Cleusa, que organizou, em conjunto com a Dona Fátima, a recepção aos convidados deste evento, e da Bia que, depois de 27 anos de valorosa prestação de serviços, ira se aposentar nesta semana. Vocês são a força que move a justiça e este prédio é a sua casa!

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

MARÍLIA GONÇALVES GOMES (Promotora de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da Inauguração das Novas Instalações do Fórum da Comarca de Ilha Solteira (Solenidade realizada em 30.03.2017).

DISCURSO – MINISTÉRIO PÚBLICO

Excelentíssimo Sr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. PAULO DIMAS DE BELIS MASCARETTI;

Exmo. Sr. Corregedor Geral de Justiça, Dr. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, na pessoa de quem estendo meus cumprimentos aos demais membros do Tribunal de Justiça aqui presentes;

Exmos. Srs. Drs. Juízes de Direito da Comarca de Ilha Solteira, EDUARDO GARCIA ALBUQUERQUE e ANDRÉ LUIZ TOMASI DE QUEIRÓZ;

Exma. Dra. LUCIANE ANTUNES MAGNOTTI, Promotora de Justiça, com a qual tenho o prazer e alegria de dividir as atribuições do Ministério Público aqui na comarca;

Ilustre Delegado de Polícia Dr. MIGUEL ANGELO MICAS, na pessoa de quem estendo meus cumprimentos a toda polícia civil;

Cumprimento também a polícia militar aqui presente e o faço na pessoa do TENENTE LUIZ FERNANDO;

Exmo. Sr. Prefeito Municipal OTAVIO GOMES;

Ilustres advogados que cumprimento na pessoa do Dr. FABIO CORCIOLLI;

Primorosos servidores do Tribunal de Justiça e do Ministério Público;

E todos os demais presentes, cujas presenças abrilhantam e dão significado especial a esta solenidade.

Como representante, neste ato, da Procuradoria Geral de Justiça, do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Promotoria de Justiça de Ilha Solteira, não poderia deixar de pontuar acerca da importância da inauguração das novas instalações do Fórum da Comarca de Ilha Solteira, denominado "Desembargador João Del Nero".

A atual instalação deste edifício público trouxe notório ganho para a população Ilhense, haja vista que, agora, o Poder Judiciário e o Ministério Público contam

Acesso ao Sumário

com um espaço físico condizente com a estrutura que esta cidade apresenta.

Os munícipes de Ilha Solteira costumeiramente recorrem ao poder judiciário e ao órgão ministerial, a fim de obterem informações e terem suas lides e conflitos solucionados. Desta forma, é crucial que o prédio que abriga o fórum da comarca disponha de elevada infraestrutura visando uma exímia prestação jurisdicional, que é o que hoje se vê.

Grandes foram as melhorias advindas da conquista administrativa na qual hoje solenizamos. Dentre elas, podemos destacar a elevação da qualidade do serviço, da produtividade, e até mesmo do relacionamento interpessoal e da satisfação pessoal dos servidores públicos que aqui atuam, tanto do Tribunal de Justiça, quanto do Ministério Público, que estão sempre prontos e dispostos a atender a população que busca por justiça.

Neste contexto, imperioso mencionar a cordial e colaborativa relação entre o Poder Judiciário e o Ministério Público nesta comarca. Há em nós, membros Ministeriais, uma grande satisfação pela constante colaboração que o judiciário dispensa a esta instituição. Desta maneira, agradecemos aos zelosos servidores do Tribunal de Justiça pelos notáveis trabalhos que desempenham. Ainda, gratulamos os Exmos. Srs. Drs. EDUARDO GARCIA ALBUQUERQUE e ANDRÉ LUIZ TOMASI DE QUEIRÓZ, juízes de direito desta comarca, guardiões dos direitos da população que notadamente exercem com firmeza e sabedoria as atribuições a eles conferidas.

Cumpre também homenagear os colaboradores do Ministério Público, todos da mais elevada qualificação ética e profissional, cuja pronta colaboração é imprescindível ao bom desempenho das funções atribuídas a este órgão ministerial.

Outrossim, importante destacar a significativa atuação da OAB na comarca, que, por meio dos advogados, está incessantemente contribuindo em prol da justiça.

Manifestamos, ainda, nossos agradecimentos aos demais colaboradores da justiça, como os funcionários que cuidam da limpeza e segurança do local e mirins, os quais nos dão a honra da prestação de seus trabalhos.

Nesta oportunidade, também agradecemos à Prefeitura Municipal desta cidade, na pessoa do Sr. Prefeito OTAVIO GOMES, que está sempre pronta a contribuir com o Ministério Público, inclusive cedendo-nos servidores municipais a fim de auxiliar nossos trabalhos.

É mister ainda agradecer as gloriosas Polícias Militar e Civil pelo louvável desempenho de seus trabalhos no combate ao crime, sempre cooperando com a instituição ministerial.

Por fim, nossa homenagem mais expressiva, é a que prestamos à própria sociedade, que aqui se faz representar, pelos órgãos da imprensa, vereadores e a população em geral.

O Ministério Público é uma instituição do Estado a serviço da sociedade. Trabalhamos pelo povo e para o povo, sempre em busca da justiça social, lutando contra o crime, a violência, corrupção e todos os abusos do poder.

A todos aqui presentes, o meu muito obrigada.

Acesso ao Sumário