REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 21 – ANO 4

MAIO E JUNHO DE 2017

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

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

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 24

b) Agravos de Instrumento 27

c) Agravos Regimentais 108

d) Apelações 112

e) Embargos de Declaração 349

f) *Habeas Corpus* *362*

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 365

b) Agravos Regimentais 396

c) Apelações 403

d) Apelações/Reexames Necessários 510

e) Conflitos de Competência 534

f) Embargos de Declaração 538

g) Mandados de Segurança 555

h) Reexames Necessários 559

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 564

b) Apelações 585

c) Conflitos de Competência 648

d) Correições Parciais 652

e) *Habeas Corpus* 658

f) Recursos em Sentido Estrito 684

g) Revisões Criminais 690

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 704

b) Agravos Regimentais 768

c) Arguições de Inconstitucionalidade 794

d) Conflitos de Competência 805

e) *Habeas Corpus* 825

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 828

b) Apelações/Reexames Necessários 851

c) Conflitos de Competência 863

d) *Habeas Corpus* 876

e) Reexames Necessários 887

5- Jurisprudência da Câmara Especial dos Presidentes 893

6- Conselho Superior da Magistratura 921

7- Noticiário 933

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. 21, mai./jun. 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**

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES (sala 542)
Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI (Presidente)
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO (Vice-Presidente)
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho (Presidente da Seção de Direito Criminal)

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**
Desembargador ENÉAS COSTA GARCIA*

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

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES***
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES*

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**
Desembargadora MÔNICA RODRIGUES DIAS DE CARVALHO*

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**
Desembargadora MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA*

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**
Desembargadora CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI*

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**
Desembargador CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

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
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS*

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**
Desembargadora MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM*

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***
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS*

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 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 José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador OSVALDO José DE OLVEIRA
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**

10ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

11ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador LUIS Antonio GANZERLA
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI

12ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA

13ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO

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 JUVENAL José DUARTE***
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**
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 LAURO MENS DE MELLO**
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 SÉRGIO Antonio RIBAS
Desembargador MARCO ANTONIO Pinheiro Machado COGAN***
Desembargador LOURI Geraldo BARBIERO
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO
Desembargador ALCIDES MALOSSI JUNIOR
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 Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT
Desembargador Carlos Eduardo ANDRADE SAMPAIO
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

11ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador NEWTON de Oliveira NEVES
Desembargador Francisco José GALVÃO BRUNO
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

12ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

*** — 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

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2050766-67.2016.8.26.0000, da Comarca de Nhandeara, em que é autor JOSE ALVES BARBOSA, é ré ALBINA BARBOSA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA, WALTER BARONE, SALLES VIEIRA, PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA e DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: PRELIMINAR - VALOR DA CAUSA E RECOLHIMENTO DE CAUÇÃO - ADEMAIS, RECOLHIDO VALOR RELATIVO À CAUÇÃO, CUMPRIDO ART. 488, II, CPC/1973 - PRELIMINAR NÃO CONHECIDA.

PRELIMINAR - INOVAÇÃO DE MATÉRIA - CASO EM QUE A MATÉRIA FOI ABORDADA NA SENTENÇA QUE JULGOU OS EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA.

AÇÃO RESCISÓRIA - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (NOTA PROMISSÓRIA) - AÇÃO FUNDADA NO ART. 485, V, CPC/1973 - PRETENSÃO DE VER DESCONSTITUIDO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA 24ª CÂMARA, A FIM DE QUE SEJA RECONHECIDA VIOLAÇÃO AO ART. 333, II, e 330, I, CPC/1973 - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO

Acesso ao Sumário

À DISPOSITIVO DE LEI - HIPÓTESE DOS AUTOS EM QUE DADA REGULAR OPORTUNIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL, SEM QUE A PARTE TOMASSE AS DEVIDAS PROVIDÊNCIAS - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

VOTO

Ação rescisória objetivando o autor desconstituir Acórdão proferido pela 24ª Câmara de Direito Privado em sede da apelação n° 0001796-66.2008.8.26.0383 que, ao negar provimento ao recurso, manteve a decisão de primeiro grau que julgou improcedentes embargos a execução de título extrajudicial.

Aduz o requerente violação a dispositivo de lei, artigo 333, II e 330, I, do CPC/1973 (art. 373, II, e 355, I, CPC/2015), uma vez que a improcedência da ação se deu com fundamento na ausência de provas, e que todavia em razão do julgamento antecipado não lhe foi dada oportunidade de produzir as provas necessárias a demonstrar a prática de agiotagem pela requerida.

Atribui à autora da execução o ônus de comprovar a cobrança do valor estampado na nota promissória, desprovida de juros.

Além das custas iniciais, foram recolhidos valores a título de caução em cumprimento ao disposto no art. 488, II, CPC/1973 (art. 968, II, CPC/2015), conforme folhas 161/168.

Indeferido o pedido de antecipação de tutela visando obstar o prosseguimento da execução. (folhas 170/171)

A ré ofereceu defesa. (folhas 196/213)

É o relatório.

Cumpre analisar, inicialmente, as preliminares arguidas pela ré em sua contestação.

Não se conhece do pleito de extinção da ação rescisória sob argumento de que o valor atribuído à ação como sendo R$ 10.000,00 indicado pelo autor não corresponde a ação executiva, além da falta de caução.

Observa-se que recolhidos valores a título de caução em cumprimento ao disposto no art. 488, II, CPC/1973, de acordo com o valor atribuído à causa.

Todavia, considerando que o valor da causa pode ser corrigido até mesmo de ofício, é de se destacar que o numerário atribuído a ação rescisória representa a quantia que o autor admite como sendo devido, certo de que, se acolhido seu pedido de violação a dispositivo de lei e rescindido o julgamento dos embargos à execução, de forma a lhe propiciar a produção de provas, o proveito econômico revela-se em total desigualdade se comparado com ao da ação executiva.

Acesso ao Sumário

E neste caso:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA NA AÇÃO RESCISÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO RECLAMO PARA DAR PROVIMENTO AO PRÓPRIO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DO IMPUGNANTE.

1. Em ação rescisória, o valor da causa deve corresponder ao da ação originária rescindenda, corrigido monetariamente, salvo discrepância com o benefício econômico pretendido, hipótese em que este último critério deve prevalecer. Precedentes.

...

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 652954/SP, Relator Ministro MARCOS BUZZI, Quarta Turma, julgado em 01.03.2016), CJe 09.03.2016.

Fica afastada a alegada inovação de matéria, embora não mencionada na inicial dos embargos à execução, questão acerca da MP 2172-32, serviu de fundamentação para a sentença.

Superada essas questões passa-se a análise do mérito recursal.

Ajuizada ação rescisória com base artigo 485, V, do Código de Processo Civil de 1973 ("violar literal disposição de lei" - correspondente ao art. 966, V -*violar manifestamente norma jurídica*- do CPC/2015) pretende o autor desconstituir acórdão proferido em sede de recurso de apelação que negou provimento e manteve a sentença de primeiro grau que julgou improcedentes embargos à execução de título extrajudicial (nota promissória).

Vale anotar que a lei definiu rol taxativo de hipóteses em que cabe ação rescisória, ressaltando que a mesma não pode ser utilizada para simples reexame de provas.

Fundamento do pedido rescisório é o reconhecimento de violação aos seguintes dispositivos de lei: incisos II do artigo 333 e I do art. 330 do Código de Processo Civil de 1973 e que trata do ônus probatório, dado que sem o direito a regular instrução (cerceamento de defesa) mostra-se contraditória a sentença de improcedência fundada na ausência de provas.

Entretanto, sem razão o autor.

E isso porque, ao contrário do deduzido, conforme se verifica a folha 248 foi dada oportunidade às partes para especificarem provas. Na ocasião, manifestou-se a embargada, ora ré, deixando o embargante, ora autor, transcorrer o prazo "in albis".

A seguir, designada audiência de tentativa de conciliação, deixou o requerente e seu patrono de comparecerem ao ato, sem qualquer justificativa

Acesso ao Sumário

(folhas 252 e 253).

Nestas condições, alegação do requerente de cerceamento de defesa, que beira a má-fé, e não dá ensejo a mutabilidade do já decidido, já que de fato, não houve prova quanto a alegada prática de agiotagem pela ré, muito menos quanto a suposta coação para que assinasse a nota promissória no valor nela estampado, muito embora tenha lhe sido dada oportunidade para tanto.

Portanto, evidenciada a preclusão do ato, circunstância que impede reexame das provas.

Por esses fundamentos, impõe-se a rejeição do pedido inicial, condenando-se o autor ao pagamento das custas e despesas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios de R$ 3.000,00, que fixo nos termos do art. 20, § 4º. Do CPC, atendidos os requisitos das alíneas "a", "b" e "c", do § 3º, do citado dispositivo legal.

Perderá o vencido o valor da caução a favor da ré.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo improcedente a ação rescisória.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2011403-39.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante A.M.J. (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado F.K.

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 9.928)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente) e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Impenhorabilidade - O § 2º do inciso IV do artigo 833 do CPC/2015, prevê, excepcionalmente, a possibilidade de penhora de remunerações quando se tratar de débito alimentar, desde que o ato não importe oneração ao devedor a ponto de causar prejuízos à sua subsistência, mas no caso em questão,

Acesso ao Sumário

o débito executado refere-se a aquisição da meação do bem imóvel do casal - Levantamento determinado - Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, nos autos da ação de divórcio litigioso, em fase de cumprimento de sentença, da decisão reproduzida, nestes autos, às fls. 13, que ao apreciar pedido de reconsideração feito pelo agravante às fls. 37/38 dos autos principais, para invalidação da constrição do numerário constante de sua conta corrente nº (...), agência (...), do Banco do Brasil S/A, por ser exclusiva para o recebimento de seu salário, manteve aquela de fls. 29/30 (autos principais), que determinou o bloqueio, sob o fundamento de não ser a impenhorabilidade absoluta, cuidando-se, outrossim, de crédito alimentar e/ou indenizatório, sendo o valor bloqueado bem aquém do valor do crédito, e, ademais, não provou o agravante documentalmente ser conta salário exclusivamente, e determinou que promovesse o depósito do dito valor na conta da agravada ou depósito judicial em cinco dias, sob pena de ser determinada via Bacenjud a transferência para conta judicial.

Sustenta o recorrente que a manutenção do bloqueio contraria o disposto nos incisos IV e X do art. 833 do CPC/2015, e lhe causará lesão grave e de difícil reparação, pois o impossibilitará de honrar seus gastos básicos de subsistência, inclusive as mensalidades escolares e pensão alimentícia de seu filho menor, não sendo suficiente para que se conclua ter acúmulo de capital, o simples fato de ter saldo em sua conta corrente.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo e a reforma para que se proceda ao desbloqueio de sua conta corrente, com a devolução do numerário depositado.

Deferido o efeito suspensivo (fls. 56/58), não foram apresentadas contrarrazões (fls. 61).

É o Relatório.

Como constou do despacho inicial deste recurso, o bloqueio recaiu sobre a conta bancária na qual o agravante percebe seus vencimentos (fls. 05), sendo praticamente o mesmo valor.

O § 2º do inciso IV do artigo 833 do CPC/2015, prevê, excepcionalmente, a possibilidade de penhora de remunerações quando se tratar de débito alimentar, desde que o ato não importe oneração ao devedor a ponto de causar prejuízos à sua subsistência, mas no caso em questão, o débito executado refere-se a aquisição da meação do bem imóvel do casal.

Destarte, deve-se reconhecer a impenhorabilidade, com a liberação definitiva do numerário.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2031087-47.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL, é agravado TREXCON SISTEMAS E AUTOMAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.023)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2017.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. INADMISSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCAPACIDADE ECONÔMICA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. BENEFÍCIO QUE SÓ DEVE SER CONCEDIDO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. HIPÓTESE DE EMPRESA PRESTADORA DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. CONTRATAÇÃO DE DEFENSOR PARTICULAR. NÃO COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação de cobrança, contra decisão que indeferiu, fundamentadamente, os benefícios da justiça gratuita à autora.

A recorrente alega que não possui condições para arcar com as despesas do processo. Sustenta que sua situação econômica e financeira é crítica, e vem se agravando, asseverando que teve decretado regime especial de liquidação extrajudicial. Alega que não possui mais fonte efetiva de rendimentos. Colaciona jurisprudência a seu favor. Conclui pelo provimento.

Recebido e processado o recurso (fls. 27), foi-lhe negado o efeito

suspensivo.

Não houve apresentação de contraminuta, e tampouco oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

2. O recurso objetiva a reforma de decisão interlocutória que indeferiu a concessão da assistência judiciária gratuita à recorrente (fls. 210/211 dos autos de origem).

O Juízo *a quo* entendeu por não conceder o benefício, sob o argumento de que não foi demonstrada cabalmente a ausência de receitas e patrimônio, mesmo porque eventual pedido de recuperação judicial ou falência, em se tratando de pessoa jurídica, não se revela suficiente para demonstrar ou para fazer presumir pela impossibilidade do recolhimento das custas e despesas do processo.

E com efeito.

Pressuposto do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça é um direito fundamental inscrito na Constituição da República no inciso LXXIV do artigo 5.º. O CPC/2015 reafirma a garantia e no *caput* do artigo 98 dispõe que "*a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*"

E a necessidade, mediante a declaração, como se sabe, em princípio, se presume. Ocorre que tal presunção é meramente relativa e, havendo dúvida, pode o juiz ou exigir prova complementar ou mesmo afastar o benefício.

Ainda que paulatinamente a jurisprudência viesse admitindo a extensão de tal benefício às pessoas jurídicas - o que ora não mais se discute, ante a literalidade do artigo 98 do diploma processual vigente -, certamente essa interpretação liberal deve ser limitada às hipóteses em que a excepcionalidade do pedido seja patente. Assim, por exemplo, no caso de sociedade beneficentes ou quando, pela natureza da atividade exercida (comércio singelo, por exemplo), isso se possa aferir.

Acesso ao Sumário

Ademais, há de se ter em conta o teor da Súmula nº 481 do C. Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que "*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*".

No caso dos autos, a recorrente - ainda que se encontre, mesmo, como alega, em '*gravíssima situação financeira*' - é sociedade cooperativa de trabalho médico com atuação em todo território nacional, que exerce atividade de prestação de serviços médico-hospitalares e de plano de saúde. Possui, pois, finalidade econômica inquestionável e nada trouxe, de concreto, a demonstrar a alardeada incapacidade de custear as despesas do processo.

Como se tem decidido:

"***Assistência judiciária. Pessoa jurídica. Não demonstração da efetiva impossibilidade de arcar com as custas e despesas do processo, sendo certo que a singela comprovação do requerente, no sentido de encontrar-se em fase de liquidação extrajudicial, não se mostra suficiente para a concessão da gratuidade. Decisão indeferitória mantida. Recurso improvido***" (TJSP - Ag. Inst. n. 7.109.806-7 - Piracicaba - 24ª Câmara de Direito Privado - Rel. Ana de Lourdes Pistilli - j. 08.02.07).

"***Assistência judiciária. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Instituição financeira em liquidação extrajudicial. Impossibilidade da concessão do benefício, pois não se trata de entidade desprovida de patrimônio ou de patrimônio reduzido ou inalienável, sem fins lucrativos, filantrópica, assistencial ou reconhecida de utilidade pública***" (RT 783/316).

"***Assistência judiciária. Pedido. Pessoa jurídica. Formulação por banco em liquidação extrajudicial. Descabimento. Necessidade do recolhimento evidenciada, restando indeferida a pretensão de diferir o recolhimento da taxa judiciária. Inaplicabilidade dos arts. 208 do DL 7661/45 e 5º da Lei Estadual 11608/03. Benesse indeferida. Recurso desprovido***" (TJSP - Ag. Reg. n. 7017879-3/01 - 22ª Câmara de Direito Privado - Rel. Matheus Fontes - j. 19.07.05).

"***As pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, <u>ainda que falidas ou em recuperação judicial</u>, devem comprovar que não possuem condição de arcar com as despesas do processo sem prejuízo à própria existência. Nesse sentido: EREsp 653.287/PARGENDLER, EREsp 321.997/CESAR e REsp 833.353/FALCÃO, Relator para acórdão o Ministro Luiz Fux. A teor de precedente da Corte Especial, 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, etc.' (EREsp 388.045/DIPP)***" (STJ - EREsp 736.358/SC - j. 26.6.2008 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - g.m.).

Outrossim, a recorrente possui procurador particular constituído (fls. 15/16). Tal circunstância, embora *per se* não conduza ao afastamento do benefício (artigo 99, § 4º, do novo Estatuto Processual), ao menos corrobora a presunção contrária à pretensão buscada.

O acesso à justiça é, inequivocamente, direito do jurisdicionado, mas a assistência judiciária gratuita deve ser reservada àqueles casos em que a impossibilidade de arcar com as despesas do processo se revele, de fato.

Acesso ao Sumário

Bem lançada, a decisão dispensa reparos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2235041-54.2016.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é agravante COMERCIAL MENDONÇA E TOMAZIN LTDA. - EPP, é agravado SCHIABEL E SCHIABEL PISOS E REVESTIMENTOS LTDA. - ME.

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11546)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 15 de maio de 2017.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Desconsideração da personalidade jurídica - Decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido - Agravo interposto pela exequente - Indícios de encerramento irregular das atividades com o possível intuito de se fraudar a execução - Admissibilidade da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Comercial Mendonça e Tomazin Ltda. - EPP contra a decisão copiada a fls. 108 que, nos autos de ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por perdas e danos, ora em fase de cumprimento de sentença, ajuizada em face de Schiabel e Schiabel Pisos e Revestimentos Ltda. - Me, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada- agravada.

Sustenta a agravante, em síntese, que estão preenchidos os requisitos do artigo 50 do Código Civil, sendo de rigor a desconsideração da personalidade

jurídica pleiteada, e isso porque, na busca de patrimônio para a satisfação de seu crédito, a seu ver, restou comprovado que houve dissolução irregular da empresa agravada, de forma fraudulenta.

A fls. 112/113, o agravo foi recebido sem efeito ativo. Não foi apresentada a contraminuta.

As partes foram intimadas a apresentar eventual oposição ao julgamento virtual e não houve oposição (cf. certidão de fls. 115).

É, em síntese, o relatório.

No presente caso, objetiva a agravante a aplicação ao caso da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil, que dispõe que "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Em assim sendo, deve existir, para a desconsideração da personalidade jurídica, abuso legalmente conceituado como desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Na espécie, diante dos documentos juntados a este instrumento, restou evidenciada a inexistência de declarações de imposto de renda prestadas pela empresa executada nos dois últimos exercícios (fls. 94/96), bem como se verificou, diante da infrutífera penhora *on line*, que não há numerário em nenhuma das suas contas bancárias (fls. 87/89), o que - há de se convir - é inadmissível para uma empresa que se encontra em atividade.

Tais constatações, portanto, sugerem a existência de indícios de que, aparentemente, houve encerramento irregular das atividades da agravada com o possível intuito de se fraudar a execução, o que autoriza, em tese, a desconsideração da personalidade jurídica. Vide, nesse sentido, comentário ao art. 50 do C.C., extraído da obra de Theotônio Negrão e outros: "o 'fechamento de fato' da sociedade empresária, com a cessação de suas atividades sem a correspondente baixa no registro do comércio, constitui atitude que pode permitir a aplicação da teoria da desconsideração" (Código Civil e legislação civil em vigor - Ed. Saraiva, 2017, p. 73).

Sendo assim, havendo indícios de que a empresa executada tenha praticado as ações dispostas no artigo 50 do Código Civil, necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do CPC, oportunidade em que se apurará com mais afinco os fatos e provas.

Note-se, porém, que, embora formulado sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 (fls. 99/102), ao pedido de desconsideração da personalidade

Acesso ao Sumário

jurídica da agravada não foi dado o tratamento previsto nos artigos 133 e seguintes, tendo o juízo de primeiro grau se limitado a rejeitá-lo.

Desse modo, considerando o teor e a fundamentação da referida petição de fls. 99/102, preservada a convicção da MMª. Juíza de primeiro grau, a decisão agravada comporta reforma, a fim de que seja instaurado o procedimento de que tratam os dispositivos de regência.

Acolhe-se, portanto, em parte o inconformismo, não para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica da agravada, mas sim para deferir a instauração do incidente previsto no artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil, oportunizando a manifestação dos sócios e o exercício do direito de defesa (art. 135 do CPC/2015).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2011494-32.2017.8.26.0000, da Comarca de Piraju, em que é agravante SUL AMÉRCIA CIA NACIONAL DE SEGUROS, é agravada ILMA NARCISO DE LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26610)**

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

São Paulo, 24 de maio de 2017.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SEGURO HABITACIONAL. Ação de cobrança de indenização. Sistema Financeiro de Habitação. Vícios de construção. Recurso da seguradora. Na origem, a CEF manifesta interesse jurídico na lide e pede para substituir a seguradora-ré, ou para ser integrada como assistente simples, com remessa dos autos à Justiça Federal. Indeferimento que se reforma, em parte. Apólice pública de seguro. Interesse que deve ser analisado e decidido pela

Justiça Federal. Súmula 150 STJ. Recurso provido, em parte.

VOTO

SUL AMÉRICA CIA NACIONAL DE SEGUROS S/A agrava da decisão pela qual o d. Magistrado indeferiu pedido de intervenção da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, formulado nos autos da ação indenizatória (seguro habitacional) que lhe move ILMA NARCISO DE LIMA (fls. 44/46).

Alega a agravante que a Caixa Econômica Federal, gestora do FCVS, e a União têm interesse na demanda, razão pela qual os autos devem ser remetidos à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF, da Lei 12.409/11, alterada pela Lei 13.000/14, e da Súmula 150 do STJ. Alega que o entendimento do STJ, manifestado no julgamento dos REsp 1.091.393-SC e 1.091.363-SC, pelo regime de recursos representativos de controvérsia, ficou superado pela promulgação da Lei 13.000/14.

Recurso processado no efeito devolutivo (fls. 139/140) e respondido pela autora (fls. 142/149).

É o relatório.

O recurso comporta provimento em parte.

Há decisões das mais variadas a respeito da questão, que se amparam invariavelmente no acórdão proferido nos EDcl nos EDcl no REsp 1.091.393-SC, julgado pelo rito dos recursos repetitivos. Posteriormente e, aparentemente para colocar uma pá de cal das discussões, sobreveio a Lei 13.000/14, que, dando nova redação à Lei 12.409/11, definiu com mais clareza a competência da CEF para atuar nas ações que versam sobre seguro habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH/SFH) cujas apólices sejam públicas.

No caso, a seguradora busca a reforma da decisão agravada, para que seja substituída pela CEF. A própria Caixa Econômica Federal, na qualidade de gestora do FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), manifesta, na ação de origem e no agravo de instrumento nº 2000165-23.2017.8.26.0000, ter interesse jurídico na lide, porque a apólice do seguro habitacional em questão é do ramo 66 (público). Na origem, pede para que seja integrada à lide na qualidade de substituta da seguradora ré ou assistente simples.

O contrato, no caso, foi firmado em **30.9.82**, antes, portanto, da incorporação do FESA (Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice) pelo FCVS, em 2.12.88, data da publicação da Lei 7682.

Nesse caso, e, nos termos da orientação do STJ, a competência para apreciar e julgar o recurso seria da Justiça Estadual: "*a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período*

Acesso ao Sumário

compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09" **(EDcl nos EDcl no REsp 1.091.393-SC, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2012)**.

Contudo, a apólice é, de qualquer forma, pública, e por essa natureza, protegida pelo FCVS, que, ao incorporar o FESA, assumiu as obrigações dos contratos já existentes. Haveria, portanto, interesse da CEF em ingressar na lide.

Além disso, após o julgamento dos EDcl nos EDcl no REsp 1.091.393-SC, **sobreveio a Lei 13.000/14**, que introduziu o art. 1º-A e respectivos parágrafos à Lei 12.409/11, o qual ***não faz qualquer limitação temporal para atuação da CEF nas ações que versem sobre seguro habitacional garantido pelo FCVS:***

> *Art. 1ª-A.* ***Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS****.*
>
> *§ 1ª.* ***A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS****.*
>
> *§ 2º.* ***Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas****.*
>
> *§ 3º. Fica a CEF autorizada a realizar acordos nas ações judiciais, conforme parâmetros aprovados pelo CCFCVS e pela Advocacia-Geral da União.*
>
> *§ 4º. Todos os atos processuais realizados na Justiça Estadual ou na do Distrito Federal devem ser aproveitados na Justiça Federal, na forma da lei.*
>
> *§ 5º. As ações em que a CEF intervir terão prioridade de tramitação na Justiça Federal nos casos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental ou pessoa portadora de doença grave, nos termos da Lei no 12.008, de 29 de julho de 2009.*
>
> *§ 6º.* ***A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação - SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito.***
>
> *§ 7º.* ***Nos processos em que a apólice de seguro não é coberta pelo FCVS, a causa deverá ser processada na Justiça Comum Estadual****.*
>
> *§ 8º. Caso o processo trate de apólices públicas e privadas, deverá ocorrer o desmembramento do processo, com a remessa à Justiça Federal apenas dos pleitos fundados em apólices do ramo público, mantendo-se na Justiça Comum Estadual as demandas referentes às demais apólices.*
>
> *§ 9º. (VETADO)*

Acesso ao Sumário

§ 10. Os depósitos judiciais já realizados por determinação da Justiça Estadual permanecerão no âmbito estadual até sua liberação ou a decisão final do processo.

Nesse vértice, não cumpre à Justiça Estadual analisar o pedido de substituição processual formulado pela CEF. É da competência da Justiça Federal a análise da existência ou não interesse da CEF no processo, consoante determina a Súmula 150 do STJ: *compete a Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas públicas*.

É esse o entendimento firmado pelo STJ:

Nos casos em que empresa pública federal, como a Caixa Econômica Federal, pede o ingresso no feito que tramita na Justiça Estadual, cabe à Justiça Federal apreciar a pretensão, conforme a regra consagrada na Súmula 150/STJ: compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas **(AgRg no CC 136.692, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.3.2015)**.

Dessarte, a decisão agravada não merece reforma, porquanto amparada na iterativa jurisprudência desta Corte, a qual é firme no sentido de que, nas lides em que o objeto da discussão é contrato de seguro adjeto a mútuo habitacional, em que a Caixa Econômica Federal manifesta o seu interesse na lide em razão de eventual utilização de recursos do Fundo de Compensação das Variações Salariais - FCVS, compete à Justiça Federal decidir acerca do interesse jurídico da referida empresa pública no processo nos termos da Súmula 150/STJ **(AgRg no AREsp 363451-PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 08/09/2015)**.

Nesse sentido, é também a jurisprudência desta Câmara:

Seguro habitacional. Ingresso da Caixa Econômica Federal - CEF na lide. Demonstração de interesse jurídico que deve conter os requisitos da jurisprudência firme e atual do STJ (EDcl no EDcl no REsp 1091363/SC). Prova documental trazida pela CEF que pode determinar seu interesse jurídico, providência, contudo, que só pode ser analisada e decidida na Justiça Federal em razão da Súmula 150 do STJ. Remessa dos autos à Justiça Federal que foi bem determinada. Recurso improvido. **(AI 2072601-48.2015.8.26.0000, rel. Des. Maia da Cunha, j. 25.6.2015).**

Na hipótese de a Justiça Federal entender pela ausência de interesse jurídico da CEF no julgamento desta ação indenizatória, devolverá os autos à Justiça Estadual.

Ante o exposto, voto pelo ***provimento em parte do recurso***, para, reconhecendo a incompetência da Justiça Estadual para apreciar o interesse

Acesso ao Sumário

jurídico da CEF na demanda, determinar que o Juízo de origem providencie a remessa dos autos à Justiça Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2099150-61.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são agravantes CASSIA SARAIVA CHEGANÇAS e CYNTIA AUGUSTO SARAIVA, é agravado O JUÍZO.

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 30.960)**

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

São Paulo, 19 de maio de 2017.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Inventário. Decisão que indeferiu pedido de dilação de prazo para recolhimento do ITCMD com a isenção do pagamento de juros. Insurgência. Fatos apontados que não representam justa causa. Inteligência do art. 17, *caput* e § 1º, da Lei Estadual nº 10.705/2000. Decisão acertada que deve ser mantida como proferida. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado por **CASSIA SARAVIA CHEGANÇAS E OUTRA**, nos autos do inventário dos bens deixados por Nadyr Augusto Saraiva, contra decisão que indeferiu o pedido de dilação de prazo para recolhimento do ITCMD com a isenção do pagamento de juros.

Insurge-se, alegando que, no momento em que iniciado e concluído o inventário dos bens deixados em razão do falecimento da Sra. Nadyr, bens descobertos como patrimônio de seu esposo, falecido antes dela, ainda não integravam seu patrimônio, razão pela qual não foram tais bens incluídos na declaração e recolhimento do ITCMD já efetuados. Explicam que somente com a homologação da partilha no inventário do Sr. Américo é que foi possível

às herdeiras promover o resgate de valores e transferência de titularidade das ações para o nome da falecida, o que ocorreu nos meses de junho e julho de 2015. Assim, diante da complexidade do patrimônio deixado pelo Sr. Américo, cujo óbito ocorreu em 1995 e do desconhecimento das herdeiras da totalidade do patrimônio deixado por ele, restou impossível a conclusão do inventário da Sra. Nadyr. Aduzem que a decisão combatida que indeferiu o pedido de dilação formulado pela inventariante, limitou-se a acolher a cota do representante da Fazenda do Estado, que se limitou apenas a esclarecer que a hipótese dos autos não configura a justa causa trazida pela Lei. Ressaltam que o patrimônio objeto da sobrepartilha apenas passou a integrar o espólio somente em meados de 2015, ou seja, aproximadamente 08 anos após o óbito da requerida, sendo, assim, impossível a observância do prazo estabelecido para recolhimento do ITCMD (180 dias) a contar da abertura da sucessão. Buscam a reforma da decisão.

Foi determinado o processamento do recurso (fls. 400/402).

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou contraminuta (fls. 405/409).

Vieram informações do juízo de origem (fls. 411/412).

É o relatório.

O recurso não comporta acolhida.

Não merece reparo a decisão guerreada, já que, como assinalado na cota da Fazenda do Estado, acolhida pelo despacho, os fatos narrados pelas agravantes não configuram justa causa para a dilação do prazo, como pretendido.

Como salientado pela FESP em sua contraminuta, os bens deixado pelo esposo da *de cujus*, falecido em 1995, passaram a integrar seu patrimônio na data do óbito, de acordo com o princípio da *saisine*, e não da homologação da partilha, como querem fazer crer as agravantes.

Ressalte-se que cabia ao inventariante diligenciar sobre os bens deixados pela falecida, não podendo o atraso ser imputado à desídia do Estado e, além disso, os bens sobrepartilhados são de conhecimento do espólio desde 2011, ou seja, já poderiam ter sido informados, sendo, assim, objeto de recolhimento no presente inventário.

Dessa forma, nada há a alterar, devendo ser o despacho mantido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2027313-09.2017.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é agravante M.C.B.C. (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado J.A.C.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Deram provimento em parte ao recurso. V.U.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37287)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 23 de maio de 2017.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: ALIMENTOS PROVISÓRIOS - Ação de divórcio litigioso - Decisão que indeferiu pensão provisória à autora - Inconformismo desta, que requer seja estabelecida a verba no importe de dois salários mínimos por mês - Acolhimento parcial - Pensão alimentícia entre ex-cônjuges, por ser estabelecida entre pessoas maiores e capazes, reveste-se de caráter excepcional - Indícios de necessidade da autora recorrente, pessoa com 57 anos de idade, sem exercício de atividade remunerada na constância do casamento, celebrado em 1980 - Documentos carreados aos autos que indicam que o réu tem possibilidade de pagar alimentos, ainda que não se conheça com exatidão sua renda - Razoável a fixação da verba em 1 (um) salário mínimo, sem limite temporal pré-definido - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de divórcio litigioso, indeferiu tutela provisória, requerida para fixação de alimentos provisórios à autora.

Recorre esta, sustentando, em síntese, que não trabalha com vínculo empregatício regular desde 1980, tendo passado, durante os 37 anos de constância do matrimônio, a ajudar o cônjuge requerido, ora agravado, na empresa de mudança e transportes deste, além dos cuidados com o lar e com a criação dos filhos. Aduz que desenvolveu quadro depressivo, após a retirada de um tumor em 2010, passando a tomar medicação. Argumenta ser hoje pessoa de idade relativamente avançada, sem qualificação profissional, que necessita de auxílio financeiro para sustento próprio. Alega que o recorrido possui dupla fonte de renda: aposentadoria e ganhos advindos de empresa de mudanças e transportes, estes no montante aproximado de quinze mil por mês. Requer a

Acesso ao Sumário

reforma da decisão interlocutória, para que sejam fixados alimentos provisórios no importe de dois salários mínimos mensais.

Efeito ativo parcialmente deferido, para fixar verba alimentar provisória de 1 (um) salário mínimo (fl. 17).

Recurso processado com resposta.

É o relatório.

O pleito de alimentos da agravante baseia-se em suposta situação de desmantelo financeiro advinda da separação, afinal, seria o agravado o mantenedor do lar por excelência.

Pois bem, é notório que no caso de pensão entre ex-cônjuges, por ser estabelecida entre pessoas maiores e capazes, possui esta caráter excepcional, só devendo persistir enquanto haja efetiva necessidade de sua prestação. Este, com efeito, é o entendimento que tem sido aplicado pela jurisprudência. A título exemplificativo: REsp 933.355/SP, STJ 3ª - Turma, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 25.03.2008.

No caso em tela, é verossímil a alegada necessidade de a agravante perceber alimentos. Conta ela atualmente com 57 anos de idade e, ao que tudo indica, durante os anos de constância do matrimônio (celebrado em 29.12.1979), não exerceu atividade regularmente remunerada, tendo se dedicado aos cuidados domésticos, à criação dos filhos e, no máximo, a ajudar o marido na empresa familiar (aliás, o próprio agravado, em sua contraminuta, afirma que a recorrente jamais verdadeiramente com ele trabalhou). Ainda que se discuta até que ponto sua enfermidade mental (depressão) afete sua capacidade laborativa, é de conhecimento geral que indivíduos com mais de 40 anos enfrentam enormes obstáculos para inserção ou reinserção no mercado de trabalho, cada vez mais competitivo e que, por variados motivos, costuma dar preferência aos mais jovens. Também há de se refletir na espécie de ocupação que a agravante conseguiria. Por certo os rendimentos seriam baixos e insuficientes para manter um nível de vida aproximado daquele que gozava quando da constância do casamento.

Por sua vez, as possibilidades do agravado ainda não são claras. Conhece-se apenas, com certeza, o montante que recebe a título de aposentadoria paga pelo INSS. Confessa, em suas razões, que fazia carretos, mas que teria parado por problemas de saúde. É verossímil, até certo ponto, tal alegação, visto que os documentos copiados às fls. 51-63 indicam que padece o recorrido de hipertensão arterial e que foi acometido de crises de cólica renal, como bem se sabe extremamente dolorosas, derivadas de cálculo no ureter, fazendo-se necessária intervenção cirúrgica e implante de cateter específico ("duplo jota"). Ocorre que, ao que tudo indica, tal dispositivo já foi retirado do corpo do agravado há mais de um mês (conforme previsto no relatório de fl. 51) e

Acesso ao Sumário

não há nenhum documento que se refira a limitação da capacidade laborativa superveniente, sendo receitada apenas medicamentos.

Portanto, pouco provável que, atualmente, realmente dependa o agravado apenas de sua aposentadoria como fonte de renda. Razoável, assim, fixar os alimentos devidos à agravante no importe mensal de um salário mínimo, importância tal que, ao menos em cognição sumária, reputa-se observar o binômio do art. 1.694, § 1º, do Código Civil.

Ademais, desaconselhável o estabelecimento, desde já, de limite temporal de vigência da pensão, afinal, é improvável que a recorrente consiga reestruturar-se financeiramente em curto prazo ou até mesmo que logre recolocação no mercado de trabalho, seja por suas condições pessoais, seja pela notória situação econômica desfavorável do país, sentida por grande parte da população.

Em suma, merece parcial acolhimento a pretensão recursal.

Ressalve-se apenas que a decisão acerca de pensão alimentícia provisória possui caráter temporário, nada impedindo, posteriormente, seja a verba em questão objeto de nova apreciação, conforme possibilita o art. 298 do vigente Código de Processo Civil.

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para fixar alimentos provisórios em favor da autora em valor correspondente a 1 (um) salário mínimo por mês.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001908-68.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante C.R., é agravado G.B.I.LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento. V.U.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.816)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA E EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 5 de junho de 2017.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS E

MATERIAIS.

I. Preliminar de deserção. Afastamento. Intimação da recorrente para recolhimento do preparo em dobro, nos termos do artigo 1.007, §4º, do Código de Processo Civil. Cumprimento efetivo da determinação. Não caracterizada a má-fé nesse aspecto. Agravo conhecido.

II. Tutela de urgência fundada em ilícita veiculação de conteúdo em *blogs*, hospedados pela ré, relativos a imagens sensuais da autora, produzidas em ensaios fotográficos de magazine. Indeferimento na origem. Parcial acolhimento nesta sede.

III. Evidência de que a veiculação das fotografias da autora ocorre sem sua expressa autorização. Violação ao artigo 20 do Código Civil. Páginas de *blog*, ademais, submetidas à administração da ré, relevando sua responsabilidade, na diretriz do artigo 15 do Marco Civil da Internet. Prejuízo notório e irreparável decorrente do conteúdo econômico das imagens. Devida determinação de pronta suspensão do conteúdo e fornecimento dos dados cadastrais dos criadores das páginas apontadas. Tutela concedida, neste ponto, com condicionado seu cumprimento ao fornecimento de informações legíveis e acessíveis por parte da autora. Prevalência da cooperação processual. Artigo 6º do Código de Processo Civil.

IV. Inadmissibilidade, de qualquer, *a priori*, de determinar o fornecimento de dados relativos ao G.A. Inexistência de evidência de que os *blogs* apontados contrataram o serviço apontado. Ferramenta, ainda, que não serve para identificar o número de acessos a cada página URL, senão ao sítio como um todo. Precedente desta Câmara.

V. Impossibilidade, no mais, de obrigar provedor de aplicativo de pesquisa a eliminar, de seu sistema de busca, termos, expressões ou vídeos. Posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes também desse E. Tribunal.

VI. Indeferimento do pedido de processamento do feito sob segredo de justiça. Inadmissibilidade recurso

Acesso ao Sumário

neste ponto. Matéria não abrangida pelo rol taxativo das decisões recorríveis por agravo de instrumento. Previsão do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Precedente desta Câmara.

DECISÃO REFORMADA EM PARTE. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão reproduzida às fls. 45/46, da lavra da MMª. Juíza de Direito Adriana Sachsida Garcia, que, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais e materiais, indeferiu o pedido de tutela de urgência declinado pela agravante.

Busca-se, consoante as razões expostas às fls. 01/24, o provimento recursal para que se determine que a agravada exclua de seus servidores todas as páginas e arquivos de fotos e vídeos da autora, segundo indicado pelas URLs; forneça os dados do *G.A.* e todos os registros cadastrais e eletrônicos de criação e acesso de cada um dos *blogs*; e, exclua dos resultados de pesquisa do *G.S.* as URLs indicadas, tudo sob pena de multa cominatória. Por fim, requer-se que seja determinado que o feito tramite sob segredo de justiça.

O recurso foi processado, com parcial antecipação da tutela recursal (fls. 292/294), e respondido (fls. 298/326), deduzida a preliminar de deserção recursal.

Intimadas as partes, não houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fl. 390).

É O RELATÓRIO.

2. De saída, não há carência de requisito extrínseco a impedir o conhecimento do agravo.

Identificado, conforme apontado pela agravada, que as custas recursais colacionadas pela recorrente faziam referência àquelas iniciais, juntadas na origem (fls. 40/44), a agravante foi devidamente intimada para o recolhimento do preparo, em dobro, nos termos do artigo 1.007, §4º, do Código de Processo Civil (fls. 392/393), tendo cumprido satisfatoriamente a determinação deste Relator (fls. 395/397), afastando a possível deserção.

Anote-se, neste tocante, que, à míngua de evidência consistente da deslealdade, a conduta não pode ser qualificada como litigância de má-fé, não se caracterizando qualquer das hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil.

Superada a preliminar, no mérito, impõe-se o parcial acolhimento da insurgência, ressalvada a questão final não conhecida.

Acesso ao Sumário

Por primeiro, ao tratar dos requisitos da tutela de urgência, no que toca à probabilidade do direito alegado, ensina a doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI: "**a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória**" (Novo código de processo civil comentado. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 203).

Na espécie, conforme apontado em sede liminar, à vista dos documentos colacionados às fls. 227/229 e as alegações que compõem a causa de pedir, resulta crível a convicção de que a agravante não consentiu com as exibições de suas fotografias íntimas em blogs hospedados pela agravada, de modo que a proliferação do conteúdo viola, em princípio, o artigo 20 do Código Civil.

Ressalte-se, a propósito, que a relevância da lesão não decorre estritamente de as fotos expostas serem próprias da privacidade da agravante, senão por figurarem como objeto de trabalho artístico realizado sob contratação de magazine, cuja cessão, à evidência, representa ganhos financeiros à recorrente.

Desta feita, irrelevantes os argumentos deduzidos pela agravada quanto ao grau de exposição a que submetido a agravante.

Por conseguinte, "*a continuidade de tal exposição enseja perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, notadamente diante da exploração econômica da imagem que constitui o trabalho desenvolvido pela recorrente*" (fl. 292), justificando a adoção de tutela cominatória para suspender o acesso às URLs hospedadas incontroversamente pelo recorrido e indicadas nos *prints* de fls. 91/206.

Neste tocante, não vingam, pelo menos nesta sede de cognição, as alegações de carência de ação, tendo em vista que a G. é incontroversamente hospedeira das páginas *web* indicadas, bem como figura a tutela jurisdicional necessária à restrição das publicações realizadas.

De qualquer sorte, impõe-se que se reconheça que, de fato, os *prints* de tela colacionados pela agravante às fls. 91/206 dificultam a celeridade na adoção das providências para cumprimento da tutela conferida por esta E. Corte por parte da agravada. Isso porque, em parte, há elementos relativamente ilegíveis, bem como a falta de fornecimento de cada *link* em formato texto onera demasiadamente e indevidamente o aplicador de serviços a fim de que cumpra a ordem jurisdicional tratada.

Neste ponto, assiste razão à recorrida, impondo-se que a conduta da agravante seja colaborativa, nos termos do artigo 6º, do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Civil, figurando ainda como razoável a cominação de prazo de 10 (dez) dias para efetivação da tutela após o novo fornecimento dos dados pela recorrente, nos moldes tratados.

Não se entrevê o fundamento legal para obrigar a agravada a fornecer os dados referentes ao *G.A*. A uma, porque tal ferramenta não está associada a todos os *blogs*, conforme alega a própria agravada, senão exige contratação específica por cada qual, o que não foi demonstrado. A duas, porque, *a priori*, eventuais dados fornecidos não indicariam o número de visitantes de uma página específica, mas sim do sítio *web* como um todo, o que não atenderia aos fins pretendidos pela recorrente. Nesse sentido, desta E. Câmara: "**OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. FORNECIMENTO DE DADOS. G.A. Insurgência da ré G. contra decisão que concedeu a tutela de urgência para autora. Pedido apenas para afastamento da obrigação de fornecimento de dados do G.A. Acolhimento. Ausência de perigo de dano à autora. Dados que apenas seriam necessários para quantificar o dano material sofrido com a disponibilização indevida de suas fotos. Ausência de probabilidade no direito, ante a falta de provas de que os blogs indicados contrataram o serviço em questão. Dados, ainda, que não fornecem o acesso de usuários exclusivamente às fotos da autora. Decisão impugnada e reformada em parte. Agravo provido.**" (Agravo de Instrumento nº 2022119-28.2017.8.26.0000, Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 23.05.2017).

De mais a mais, tampouco figura como admissível a determinação de que a recorrida restrinja a busca em provedor de pesquisa (*G.S.*), por se revelar obrigação impossível, prevalecendo o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça: "**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVEDOR DE PESQUISA. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. 1. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página em que estiverem inseridos. 2. Configura obrigação impossível de ser cumprida o comando judicial que impõe ao provedor de pesquisa a remoção, de seus sistemas, de resultados de buscas e do URL indicado pelo ofendido. 3. Ainda que seja tecnicamente possível a remoção do sistema de resultados de pesquisas e do URL indicado pelo ofendido, tal providência encontra óbice no direito da coletividade à proteção. 4. Agravo regimental provido.**" (AgRg no AREsp 730.119/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.06.2016).

Acesso ao Sumário

Adotando a mesma linha de compreensão, já decidiu este E. Tribunal: "**APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.**

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. Pretensão de exclusão de links obtidos por meio da ferramenta de busca do site Yahoo, sob o argumento de que eles contêm informações inverídicas sobre a pessoa do apelante. Descabimento. Ausência de ato ilícito. O apelado é mero provedor de pesquisa, não podendo ser responsabilizado por eventual divulgação de conteúdo inverídico disponibilizado em site de propriedade de terceiros. Preservação do direito à informação. Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça. Exclusão, ademais, que se mostraria inócua, tendo em vista que as notícias continuariam sendo veiculadas diretamente nos domínios virtuais apontados, podendo ser acessadas, inclusive, através de busca realizada pelos usuários em outros provedores de pesquisa. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (Apelação Cível nº 1073052-18.2014.8.26.0100, Rel. Rosangela Telles, j. 20.09.2016). E ainda: "**APELAÇÃO - Ação de obrigação de fazer - Retirada de páginas hospedadas na rede mundial de computadores, bem como links que se refiram a fato ocorrido durante o exercício da profissão de delegado do apelante - Impossibilidade - Mecanismo de busca fornecido pela requerida que apenas possibilita o acesso a informações veiculadas em outros sítios eletrônicos - Ausência de responsabilidade pelo conteúdo das páginas encontradas em pesquisas realizadas pelos seus usuários - Ademais, não se pode reprimir o direito da coletividade à informação, assegurado pelo art. 220, § 1º, sob o pretexto de remover conteúdo ofensivo na web, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa - Sentença mantida - Recurso desprovido.**" (Apelação Cível nº 1003642-61.2014.8.26.0005, Rel. José Roberto Furquim Cabella, j. 30.09.2016).

Inadmissível, por fim, o conhecimento do recurso para decreto da tramitação do feito sob o segredo de justiça (artigo 189, CPC), na medida em que tal matéria não desafia de interposição de agravo de instrumento, na diretriz do rol taxativo previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, sendo pertinente a doutrina de THEOTONIO NEGRÃO a respeito: "**o rol deste artigo 1.015 é taxativo: se a decisão interlocutória está arrolada nos incisos ou no parágrafo único, contra ela cabe agravo de instrumento; se não está listada, não cabe**" (NEGRÃO, Theotonio *et al*. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 47ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Editora Saraiva, p. 933).

A propósito, em caso semelhante, já decidiu esta Câmara: "**PLANO DE SAÚDE. SEGREDO DE JUSTIÇA. INDEFERIMENTO. IRRECORRIBILIDADE VIA AGRAVO DE INSTRUMENTO. Impugnação do autor em face de decisão que indeferiu pedido de processamento do feito sob segredo de justiça. Decisão que não se inclui no rol taxativo de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento (art.**

Acesso ao Sumário

1.015, NCPC), não havendo, tampouco, previsão expressa da possibilidade de interposição do recurso em qualquer outro dispositivo. Falta de interesse recursal. Inadequação. Recurso não conhecido." (Agravo de Instrumento nº 2104710-81.2016.8.26.0000, Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 31.05.2016).

3. Diante de todo o exposto, ressalvada a questão não conhecida, de rigor que se proveja parcialmente o recurso a fim de determinar à agravada que suspenda o acesso às URLs a serem indicadas pela agravada, de forma legível e em formato texto, nos moldes apontados por este Acórdão, cominando-se o prazo de 10 (dez) dias para o cumprimento da ordem após a intimação específica, a ser realizada na origem após as providências cabíveis à agravante. Impõe-se, ainda, que a agravada forneça, no mesmo prazo, os registros de criação e acesso de cada uma das páginas apontadas (*IP*, data, hora, *e-mail*, dados cadastrais da conta, números de acesso), tudo sob pena de multa diária, arbitrada em R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, respeitado o limite máximo de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na diretriz do artigo 537 do Código de Processo Civil.

CONHECE-SE EM PARTE E DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO NA PARTE CONHECIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2215955- 97.2016.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é agravante ARC SUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é agravado O JUIZO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.460)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente sem voto), ALEXANDRE MARCONDES e ARALDO TELLES.

São Paulo, 11 de abril de 2017.

CLAUDIO GODOY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Acórdão anterior que apenas havia declarado a nulidade de cláusula de autorização genérica de alienação de ativos, sem a necessária aprovação judicial. Pedido na origem que buscou justamente

a autorização judicial prevista no art. 66 da Lei 11.101/2005. Veículos não utilizados na atividade da recuperanda, apenas gerando gastos ociosos. Concordância do administrador judicial. Alienação autorizada. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo interposto contra decisão que indeferiu pleito de alienação de ativos da recuperanda, ao argumento de que afronta deliberação superior sobre cláusula do plano sobre venda de bens. Sustenta a agravante, na irresignação, que justificado o pleito, já antes veiculado e apenas não atendido porque pendia gravame sobre os veículos cuja venda se pretende, mas o que já foi resolvido. Argumenta que os automóveis não são de uso do serviço, estão parados e gerando despesas. Defende que o precedente referido pela decisão recorrida não está definitivamente julgado. Requer efeito ativo.

Indeferido o efeito ativo (fls. 111/113), o recurso foi regularmente processado e respondido pelo administrador judicial (fls. 120/126).

As informações foram prestadas a fls. 116/119.

A Procuradoria de Justiça foi pelo provimento (fls. 129/132).

É o relatório.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, o recurso comporta provimento.

É que, como se afirmou quando do indeferimento da liminar pleiteada, se a decisão recorrida se refere ao **AI n. 2267015-46.2015.8.26.0000**, rel. o I. Des. Campos Mello, ali se vedou apenas a alternativa de alienação de bens do ativo da empresa mediante concordância do administrador, sem prévia deliberação do Juízo, somente desnecessária quando havida prévia indicação dos mesmos bens no plano.

Mas agora, como lá se explicou, o que se requer é bem a autorização judicial, nos termos do artigo 66 da LREF, dizendo-se tratar-se de três veículos que não são usados na atividade da empresa e estão gerando gastos ociosos.

Ou seja, a despeito do reconhecimento da nulidade de cláusula genérica, que autorizava, indiscriminadamente, a alienação de ativos da recuperanda, sem a necessidade de prévia deliberação do Juízo, nada impede, pela própria redação do art. 66 da Lei 11.101/05, que se busque, pontualmente, a necessária autorização judicial.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recuperação Judicial - Plano de recuperação aprovado pela AGC - Homologação - Pretensão ao controle*

Acesso ao Sumário

de legalidade naquilo que dispõe sobre a possibilidade de alienação do ativo - Nulidade da cláusula que prevê amplamente tal possibilidade, por sua generalidade, consignando entretanto, a possibilidade de renovação dos pedidos de alienação, agora na forma do art. 66 da LRF - Agravo parcialmente provido neste ponto." **(Agravo Regimental 2024063-07.2013.8.26.0000/50001, Rel. Ricardo Negrão, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 17/03/2014)**.

E, na hipótese vertente, além da concordância do administrador judicial, tanto na origem, como na resposta a este recurso, como bem apontou o D. Procurador de Justiça, nada infirma a alegação da recuperanda de que os automóveis não são de uso do serviço, estão parados, apenas gerando despesas.

Daí que possível a alienação pretendida, cabendo à recuperanda, conforme pleito do administrador judicial, comprovar, na origem, com a juntadas das respectivas notas fiscais, a venda dos bens pelo valor de mercado, conforme prévia estimação de acordo com tabela de publicação, física ou virtual, especializada que venha a ser acostada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2257191-29.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GRENDENE S/A, são agravados NS 2.COM INTERNET S.A. e WORLD STAMP COLORS LTDA. 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12314)**

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

São Paulo, 12 de abril de 2017.

FORTES BARBOSA, Relator

Acesso ao Sumário

EMENTA: Ação inibitória e indenizatória - Desenhos industrias - Sapatilhas e sandálias infantis - Tutela antecipada - Requisitos ausentes - Ausência de total similitude entres os produtos - Necessidade de perícia - Ausência de imediata e clara confusão entre o público

consumidor - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão emitida pelo r. Juízo de Direito da 7ª Vara Cível do Foro Central (Comarca da Capital), que, em sede de ação inibitória e indenizatória, indeferiu a concessão de tutela antecipada (fls.261/262 - dos autos principais).

A agravante afirma que a agravada está fabricando e comercializando sapatilhas "Peep Toe" e sandalinhas infantis quase idênticas às originais "Mini Melissa® Ultragirl" e "Flox", registradas perante o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) como desenho industrial. Alega que a propriedade do desenho industrial se adquire pelo registro validamente realizado pelo INPI, nos termos da Lei 9.279/96 (artigo 109), e em sua proteção, aplicam-se as disposições do artigo 42, inciso I daquele mesmo diploma, que dá ao titular o direito de impedir a fabricação e a venda por terceiro sem autorização de produto que o incorpore. Estas condutas ademais, são expressamente vedadas pelos artigos 187 e 188, inciso I, ambos da Lei 9279/96, e não cabe ao Julgador, aferir e valorar a existência (ou não) dos requisitos de novidade ou originalidade dos desenhos industriais para fins de deferimento de tutela de urgência. Sustenta que qualquer avaliação jurídica que tome em consideração os requisitos de novidade e originalidade de um desenho industrial validamente concedido compete privativamente à Justiça Federal em ação própria e específica e com a participação obrigatória do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI). Insiste que a aferição da semelhança e da aproximação deve ser feita sob a ótica do consumidor, não sendo necessária a produção de prova técnica no exame de contrafação de desenhos industriais. Menciona estarem presentes os requisitos para o deferimento da tutela antecipada. Requer a reforma da decisão, inclusive, com a concessão do efeito suspensivo ativo (fls.01/15).

Foi deferido parcialmente o efeito suspensivo e após, apresentação de agravo regimental, ele foi revogado (fls.419/424).

A agravada apresentou contraminuta e propõe a manutenção da decisão recorrida (48/66).

Houve desistência da agravante em relação à agravada NS 2.COM INTERNET S.A. (NETSHOES) (fls.36).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual (fls.76).

É o relatório.

A agravante ajuizou ação inibitória e indenizatória relatando, em síntese, que a ré World Stamp estaria fabricando calçados comercializados pela corré NetShoes, com violação de propriedade industrial de sua titularidade, em especial do Desenho Industrial atinente aos modelos nominados como "Míni

Acesso ao Sumário

Melissa Ultragirl" e "Flox".

Pleiteia a concessão da tutela antecipada para que seja determinada a cessação de fabricação, anúncio, exposição, venda e comercialização, sob qualquer meio e modo, seja em e-commerce, seja em lojas físicas, bem como manutenção em estoque de todo e qualquer produto que imite ou reproduza os modelos "Mini Melissa® Ultragirl" e "Flox", sob pena de incidência de multa diária, de dez mil reais (R$ 10.000,00), bem como para que as rés disponibilizem e apresentem, em Juízo e no prazo de três (3) dias a contar da intimação, para guarda e futura asseguração da prova contábil, visando a quantificação dos danos patrimoniais, todos os documentos (notas fiscais) que registrem as vendas realizadas desses produtos, até a data da intimação. E, ao final, pede a confirmação da tutela antecipada, bem como a concessão de indenização pela prática do ato ilícito praticado.

A tutela antecipada foi indeferida pelo Juízo e merece ser mantida.

A antecipação de tutela depende da presença concomitante dos requisitos elencados no artigo 300 do CPC de 2015, dentre eles seja alta a probabilidade do direito invocado e efetivo o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No desenho industrial, como explica João da Gama Cerqueira (Tratado da Propriedade Industrial, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, atual. Newton Silveira e Denis Borges Barbosa, Vol.II, Tomo I, pp. 362, 365 e 367-8), o objeto de proteção legal é "a combinação de linhas ou de cores ou de linhas e de cores em que ele consiste", conjugando-se o caráter industrial e lícito com a novidade, que abarca o conceito mais restrito de originalidade. O registro de um desenho industrial confere uma propriedade industrial capaz de estabelecer exclusividade quanto à utilização de uma determinada forma plástica de aplicação industrial, vinculada a um ou mais produtos, "que se distiga, por seus característicos, dos objetos comuns e de outras criações do mesmo gênero já conhecidas".

Não há, para o deferimento do registro do desenho industrial, questionamento relativo ao estado da técnica e, ao INPI, como autarquia encarregada do registro, é dada a atribuição da verificação da presença dos requisitos de deferimento do registro, efetivada análise específica, que enfatiza a forma estética, inclusive com relação a proporções, linhas e cores, formando um conjunto.

Acesso ao Sumário

No caso concreto, contudo, não está comprovada imediatamente a alegada contrafação. Não há similitude total entre os modelos apresentados pela agravante e aqueles fabricados pela agravada (fls.8, 60 e 61). Há clara distinção entre os enfeites inseridos na parte frontal de cada calçado. O confronto das imagens reproduzidas indica a falta de exatidão ou precisão da forma estilizada nos produtos das duas partes, induzindo uma dúvida razoável sobre a efetiva

imitação ou contrafação, ilícitos imputados à recorrente. O solado dos calçados, também, não é idêntico, não sendo possível identificar plenamente a presença do primeiro dos requisitos acima proposto.

O fundamento apresentado pela agravante, de que a proteção deveria ocorrer em razão do produto da agravada provocar confusão ao público consumidor e apenas da necessidade de similitude, nesse momento processual, não restou plenamente identificado. À primeira vista, a comparação dos produtos, dentro desse nicho de mercado (indústria calçadista), não induz a uma imitação substancial. A notoriedade da requerente e a diferença de preço de seus produtos com relação aos da ré Workd Color faz com que não seja possível a indução imediata e evidente de confusão no público consumidor. Apesar de ambos os produtos serem compostos com plástico, o acabamento de cada um é diverso.

Há, ainda, uma dúvida razoável em relação à violação do direito de propriedade industrial, em razão do uso do modelo "Peep Toe", diante da diversidade de enfeites. E, também, não se pode deixar de registrar que o modelo sapatilhas "Peep Toe" é fabricado e comercializado por diversas empresas, fato esse público e notório, como consta da contraminuta.

Não é possível afirmar, em sede de tutela antecipada, se as proporções das sandálias infantis são as mesmas. Será, eventualmente, necessária a realização de perícia, conforme já mencionado pelo Juízo "a quo".

Além disso, de fato, em relação ao modelo da sandália com o enfeite de oncinha, a própria agravante admite que foi extraída e apresentada nos autos do instrumento cópia de seu próprio produto exposto em sítio da Internet, o que, inicialmente, resultou no deferimento de efeito suspensivo parcial do recurso, com caráter liminar, em razão dos modelos serem iguais.

Soma-se, ainda, que a sandália enfocada (Desenho Industrial BR 302014005813-4) aparenta um modelo conhecido como "Franciscano" utilizado por diversos produtores no mercado, há muitos anos, o que induz dúvida acerca da exclusividade, pois a simples alteração do material de couro para plástico não altera modelo em si.

Ressalva-se, por fim, que há anúncio na plataforma online do MercadoLivre, pela loja virtual "Pequenas Realezas", na qual é anunciada a venda dos produtos da agravada, identificando como "Sandália Sapatilha Bebê Flox plástico World Colors" não foi vinculada pela própria agravada, mas, por terceiros. Tal alegação, também, ainda não foi analisada em primeira instância e inova o processo em sede recursal.

Assim, a decisão atacada merece ser mantida e não há razões para sua alteração.

Nega-se, por isso, provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2040553-65.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A, são agravados CARLOS EDUARDO CORRÊA e CARLOS EDUARDO CORREA GUARULHOS - ME.

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 34310)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente), MIGUEL PETRONI NETO E COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA QUAL FOI INDEFERIDO PEDIDO DE CITAÇÃO POR EDITAL, UMA VEZ NÃO PRECEDIDO DO EFETIVO ARRESTO DE BENS - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA - EFETIVO ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS NECESSÁRIOS À LOCALIZAÇÃO DOS RÉUS, BEM COMO DE BENS PASSÍVEIS DE ARRESTO - CITAÇÃO FICTA QUE DEVE SER PERMITIDA, AINDA QUE DE FORMA EXCEPCIONAL, INCLUSIVE PARA IMPEDIR A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TITULARIZADO PELA CASA DE VALORES - NECESSÁRIA REFORMA DA R. DECISÃO ATACADA - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A**, tirado contra R. Decisão copiada a fls. 110, esta proferida em Ação de Execução que promove contra **CARLOS EDUARDO CORREA, E CARLOS EDUARDO CORREA GUARULHOS - ME**, pela qual teve indeferido pedido de citação por edital como por ela deduzido

enquanto recorrente, uma vez fundamentada a R. Decisão no fato de que, em momento anterior a providência reclamada, não se ter promovido ao arresto de bens suficientes para garantir a executiva.

Dizendo da incorreção dos termos da R. Decisão como proferida, uma vez cabível a citação por edital no presente caso, porque resultaram infrutíferas todas as diligências encetadas no sentido de promover a localização dos réus, bem como de bens passíveis de arresto, razão pela qual pediu para que fosse integralmente acolhido seu inconformismo, com a decorrente reforma da R. Decisão como proferida.

Processado o recurso, foram dispensadas informações, bem como manifestação da parte contrária, momento em que, com Voto, foram os autos encaminhados a julgamento.

É o relatório.

O Agravo de Instrumento como intentado deve ser merecedor de acolhimento por parte desta Turma Julgadora, uma vez que os limites definidos quando da prolação da R. Decisão colocada sob ataque, não se mostraram plenamente adequados à realidade como vem estampada no conjunto do processo.

Conforme demonstrado no todo produzido nos autos, com facilidade se verifica que a Casa de Investimentos recorrente esgotou todas as vias existentes para localização dos réus, bem como de patrimônio destes, sendo que para tanto valeu-se de diligências nos endereços pesquisados junto ao sistema "INFOJUD", conforme indicados a fls.58/60.

Nesse sentido, forçoso ter em mente que a citação por edital, por se tratar de modalidade de citação ficta, se constitui em meio excepcional de integração ao processo, devendo ser adotada como última opção, mormente no caso dos autos, visto que já se mostram esgotadas todas as possibilidades existentes para localização do paradeiro dos réus, ora recorridos, o que se deu diante do acionamento dos sistemas conhecidos como "BACENJUD" e "RENAJUD".

Diante de tais circunstâncias, impõe-se reconhecer como presentes os requisitos necessários para o deferimento da citação ficta como pretendida pelo recorrente, haja vista a frustrada localização, tanto dos devedores, quanto de bens passíveis de arresto.

A dar suporte ao entendimento adotado, interessante a transcrição de ementas que nesse mesmo sentido se colocam:

"***AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Citação por edital - Possibilidade, no caso concreto - Exequente que se empenhou na tentativa de citação pessoal do devedor, bem como na localização de bens passíveis de arresto, sem obter êxito - Citação que é ato necessário para interromper a prescrição - Exegese dos artigos 219, 231 e 598 do CPC -***

Decisão reformada - Recurso provido." (TJSP, 38ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2103236-12.2015.8.26.0000, relator Desembargador Spencer Almeida Ferreira, recurso julgado em 24/06/2015).

"***EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO QUE DETERMINOU QUE O CREDOR INDIQUE BENS PASSÍVEIS DE ARRESTO ANTES DA CITAÇÃO POR EDITAL - CABIMENTO - Muito embora seja possível o arresto de bens antes da citação por edital dos executados não localizados para citação pessoal, no caso dos autos se exauriram as tentativas de localização dos devedores e de seus bens, não havendo óbice para a imediata citação editalícia, a fim de se interromper o prazo prescricional. Recurso Provido.***" (TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2142896-13.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Walter Fonseca, recurso julgado em 30/07/2015).

"***Execução de título extrajudicial - citação por edital - possibilidade mesmo antes do arresto, quando o credor não encontra bens penhoráveis e nem o próprio devedor, para evitar a ocorrência da prescrição de seu crédito - aplicação subsidiária do art.219 do CPC - jurisprudência do TJSP - agravo provido.***" (TJSP, 16ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2177526-95.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Jovino de Sylos, recurso julgado em 29/10/2015).

Assim, de rigor a reforma do quanto constante da R. Decisão ora submetida a ataque, motivo pelo qual deva ser alterado o entendimento de 1º Grau, de sorte a se permitir que a Casa de Valores promova a efetiva citação dos executados, ainda que de forma ficta, inclusive para evitar a ocorrência da prescrição do crédito que aparelha o procedimento de tomada forçada dos bens dos devedores.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, nos exatos limites do Voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2059722-38.2017.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é agravante ANTONIO CARLOS DE ANGELO, é agravado BANCO VOTORANTIM S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.677)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN e ALBERTO

GOSSON.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS DO COEXECUTADO, GARANTE E DEVEDOR SOLIDÁRIO - ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE COM BASE NO ART. 833, INCISOS IV E X, DO CPC - NÃO COMPROVAÇÃO ART. 854, § 3º, INCISO I, DO CPC - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em ação de execução de título extrajudicial, da decisão que manteve bloqueio de ativos financeiros penhorados pelo Sistema Bacenjud, em cujo acolhimento insiste o agravante.

Alega o agravante que a decisão viola o art. 851 do NCPC, pois existe imóvel penhorado nos autos, cujo valor corresponde a 80 vezes o débito. O exequente não desistiu da penhora sobre o imóvel. Invoca o princípio da menor onerosidade do devedor. Diz que os valores bloqueados são impenhoráveis, a teor do art. 833, incisos IV e X do CPC. Requer efeito suspensivo. Pede reforma.

Negada liminar, os autos foram enviados à Mesa.

É o Relatório.

Na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a execução é feita no interesse do exequente e não do executado, e o respectivo processo é informado por princípios próprios, em que predominam atos materiais de expropriação de bens do devedor para a satisfação do credor, que já dispõe de título executivo com presunção legal de liquidez e certeza. Se é verdade que a execução deve ser feita do modo menos gravoso para o devedor, não menos certo é também que seu objetivo consiste na expropriação de bens do devedor para a satisfação do credor (REsp 379.502/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 13.02.02; REsp 246.772/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 08.05.00; REsp 87.254/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 31.05.99; REsp 187.592/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 01.02.99; REsp 109.376/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 20.10.97; REsp 159.325/GO, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 16.03.98; MC 1.488/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 17.05.99; AgRg 25.657-6/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 26.09.94).

As hipóteses relacionadas no artigo 667 do CPC/1973, correspondente

Acesso ao Sumário

ao art. 851 do CPC/2015, não são exaustivas, pois o objetivo fundamental da penhora é tornar efetiva a execução, razão pela qual é facultado ao juiz deferir-lhe a ampliação, desde que de plano se mostrem insuficientes à garantia do juízo os bens já penhorados, independentemente de avaliação oficial. Admite-se ao juiz, outrossim, a adoção de medidas cautelares urgentes, no sentido de assegurar o cumprimento da decisão exequenda (REsp 439.016/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.06.04; REsp 345.827/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 26.08.02; MC 4.897/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 28.10.02; REsp 171.008/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 21.09.98; REsp 177.537/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 23.04.01; REsp 443.800/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17.11.03; REsp 538.844/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ 12.12.94).

Ademais, detectada a existência de numerário em conta corrente, é possível ao juízo penhorar a importância depositada na conta, sem nenhuma afronta ao princípio da menor onerosidade da execução (REsp 703.033/MA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 09.05.05; AgRg no REsp 528.227/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15.12.03; AgRg no Ag 535.011/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.09.04; REsp 208.114/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 06.09.99; REsp 390.116/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11.11.02; AgRg no REsp 623.750/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 08.11.04; REsp 537.667/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 09.02.04; REsp 509.762/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 06.10.03; REsp 241.683/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 01.08.00; REsp 332.584/SP, REsp 332.584/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.02.02; REsp 36.870-7/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. 15.09.93; AgRg no REsp 619.077/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 02.05.05; REsp 228.141/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17.12.04; REsp 779.952/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 05.12.05; AgRg no Ag 563.721/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 10.10.05; AgRg na MC 9.138/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 14.03.05).

O art. 854, § 3º, inciso I, que cuida da penhora *on-line*, diz que compete ao executado comprovar que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis, o que não foi feito. Como bem observado pelo magistrado na decisão, os documentos apresentados a fls. 399/408 não permitem extrair conclusão de que os valores possam corresponder ao disposto nos incisos IV e X do Art. 833 do CPC/15.

Por fim, excesso de penhora é matéria para ser debatida e decidida após avaliação (REsp 171.008/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 21.09.98; REsp 201.855/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 02.05.00; REsp 302.603/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04.06.01; REsp 434.828/MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 04.11.02; AgRg no Ag 565.079/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 09.05.05; AgRg no Ag 655.553/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23.05.05; AgRg no

Acesso ao Sumário

Ag 709.164/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 30.09.08).

Releva notar que a indisponibilidade de ativos financeiros havia sido deferida considerando haver várias penhoras e hipotecas sobre o imóvel penhorado (fls. 373), cuidando-se de execução de alto valor.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069992-24.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NATASHA ARIANA BARTOLETTI FREIRE METELLO, são agravados LUIZ GERALDO BRIZZI e DANIEL BALIEIRO IKEDA (INTERDITO(A)).

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 34.450 (EMP-DIG))**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente) e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Ação de execução de título extrajudicial, com lastro em contrato de compra e venda de estabelecimento comercial - Matéria não inserida na competência prevista para as Câmaras especializadas em direito empresarial, conforme Resolução n. 623/2013 - Questões suscitadas que devem ser dirimidas por uma das Câmaras da Segunda Subseção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça - Ordem de redistribuição - Recurso não conhecido.

Dispositivo: Não conheceram o recurso, e determinaram a redistribuição.

VOTO

Agravo de instrumento interposto por **Natasha Ariana Bartoletti Freire Metello** dirigido à r. decisão interlocutória proferida pelo Dr. Eduardo Tobias

de Aguiar Moeller, MM. Juiz de Direito da E. 2ª Vara Cível do Foro Regional XI - Pinheiros, na Comarca de São Paulo, que nos autos de execução de título extrajudicial ajuizada em face de Daniel Balieiro Ikeda e Outros assim se pronunciou (fl. 622):

> [..] 3. Fls. 543/544: Defiro o requerimento do executado Luiz Geraldo Brizzi de substituição da penhora das cotas sociais da empresa Dalusa Restaurante por depósito em dinheiro correspondente ao valor das cotas sociais penhoradas.
>
> Tal providência garante a continuidade da empresa, assegura o direito de preferência dos demais sócios e evita que terceiros ingressem na sociedade, afetando a própria existência desta.
>
> Embora a exequente insista que não haja liberação das cotas, entendo que devam ser liberadas já que o depósito judicial justamente objetiva a substituição da penhora.
>
> Providencie o executado o depósito judicial nos autos. [..]

Inconformada, a exequente insiste na manutenção da penhora das cotas sociais, afirmando que o valor oferecido pelo executado para depósito é bastante inferior ao que ainda é necessário para resguardar a execução (fl. 1-12).

É o relatório.

A demanda foi ajuizada na Origem como execução de título extrajudicial lastreada em "Instrumento de Compra e Venda de Estabelecimento Comercial", pretendendo a exequente somente o recebimento de valores não adimplidos pelos executados (fl. 13-17).

Neste sentido, transcreve-se trecho da peça inicial:

> 1.1. A Exequente firmou contrato de venda de ponto comercial aos Executados, transação essa representada pelo Instrumento de Compra e Venda de Estabelecimento Comercial Só ponto e Instalações devidamente assinados pelos Executados (Doc. 02);
>
> 1.2. Ocorre, porém, que os Executados deixaram de efetuar o pagamento referente à venda acima relacionada, parcelas vencidas e não pagas 12.07.12, 12.10.12, 12.11.12 e 12.12, totalizando o valor de R$ 90.000,00 (noventa mil reais).
>
> 1.3. O valor do débito, acrescido de correção monetária pela tabela prática de atualização monetária do Tribunal de Justiça de São Paulo, juros de mora de 1% ao mês, e multa de 2% conforme estabelecido no contrato na cláusula II, alínea "c" a partir da data do vencimento até a presente data, passou a importar na quantia de R$ 94.476,53, conforme memorial de cálculo em anexo (Doc. 03).
>
> 1.4. Assim, esgotados todos os meios para receber seu crédito, requer a Exequente a citação dos Executados para que paguem, no prazo de três dias, a importância de R$ 94.476,53.

Destarte, tem-se que o ponto de controvérsia da ação refere-se unicamente

Acesso ao Sumário

a execução de título extrajudicial e, portanto, foge ao escopo de apreciação especializada.

Sendo este o contorno da lide apresentada, consigna-se que a Câmara Reservada de Direito Empresarial não é competente para julgamento de feitos desta natureza.

Com a publicação da Emenda Constitucional n. 45 em 29 de dezembro de 2004, a organização do Poder Judiciário nacional foi substancialmente alterada pelo que se denominou "Reforma do Judiciário". No Estado de São Paulo em especial, a nova ordem constitucional impôs profundas mudanças na segunda instância de julgamentos, extinguindo os Tribunais de Alçada.

A partir de então, e com medidas imediatas da C. Presidência do E. Tribunal de Justiça para que a prestação jurisdicional não sofresse interrupções, foi editada a Resolução n. 194/2004 do Órgão Especial do Pretório máximo bandeirante definindo a competência recursal no Estado de São Paulo entre as Seções e diversas Câmaras criadas.

Posteriormente, visando maior agilidade nos julgamentos, à uniformização da jurisprudência no âmbito das relações comerciais e à segurança jurídica, dada sua grande importância no desenvolvimento econômico, o Tribunal de Justiça bandeirante criou a Câmara Reservada de Direito Empresarial, integrada à Seção de Direito Privado, Subseção I.

A Resolução n. 538, de 2 de fevereiro de 2011 entrou em vigor em 9 de fevereiro (data de publicação no DJE, p. 5) e eleitos seus integrantes, em 30 de junho a nova Câmara Especializada foi instalada, passando a apreciar recursos afetos à competência estabelecida em seu art. 1º.

Nos termos do referido dispositivo à Câmara Reservada de Direito Empresarial está reservada a competência para as ações, principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (artigos 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/76 (Sociedades Anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/96, e a franquia (Lei n. 8.955/94).

Com a unificação com a Câmara Reservada à Falência e à Recuperação Judicial, por força da Resolução n. 558/2011, de 1º de dezembro de 2011, a essa competência apenas se acrescentou o julgamento dos recursos e ações originárias relativos à falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal.

Por fim, de maneira mais recente, a questão relativa à competência deste Egrégio Tribunal foi disciplinada pela Resolução n. 623/2013, reproduzindo essas mesmas disposições e confirmando a competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial em seu art. 6º.

Conflitados estes fundamentos com a matéria deduzida na petição inicial

Acesso ao Sumário

ajuizada pelos agravados, observa-se que a controvérsia instaurada situa-se no âmbito do previsto no art. 5º, II.3 da Resolução n. 623/2013.

Por esta razão, tem-se que o feito deve ser submetido a uma das Câmaras da Segunda Subseção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça.

Neste sentido vem se pronunciando as Cortes especializadas em matéria empresarial em diversos precedentes que reproduzem o entendimento:

> COMPETÊNCIA RECURSAL. Insurgência contra decisão que indefere o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça. Decisão proferida em execução fundada em título executivo extrajudicial. Contrato de compra e venda de estabelecimento comercial. Demanda em que não se discute o contrato, visando exclusivamente a satisfação de obrigação dele derivada. Competência 2ª Subseção de Direito Privado (art. 5ª, II.3 da Resolução TJSP nº 623/2013). AGRAVO NÃO CONHECIDO, determinada a redistribuição.
>
> (TJSP, Apel n. 2025819-12.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Alexandre Marcondes, j. 14/3/2017).
>
> Competência recursal. Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Competência afeta às Câmaras que integram a Subseção de Direito Privado II desta Corte. Precedentes. Recurso não conhecido, determinada a sua redistribuição.
>
> (TJSP, Apel n. 2050770-70.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Araldo Telles, j. 17/4/2017).
>
> Competência recursal. Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial (contrato de compra e venda de estabelecimento comercial). Matéria que não se insere na competência desta Câmara Reservada. Competência das 11ª a 24ª e 37ª e 38ª Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça. Resolução nº 194/2004, art. 2º, inc. III, "b". Recurso não conhecido, com determinação.
>
> (TJSP, Apel n. 2012514-92.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Campos Mello, j. 10/3/2016).

Pelas razões expostas, não se conhece o recurso de agravo de instrumento interposto, determinando-se a imediata redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Segunda Subseção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2249299-69.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante IRMÃOS BURUNSUZIAN LTDA., são agravados M.P.W. MATERIAIS DE LIMPEZA LTDA. ME, PAULA CRISTINA AGUIAR PEREIRA e MARCOS

ANTÔNIO DA SILVA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Vencido o 2º Desembargador, que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32553)**

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

São Paulo, 22 de maio de 2017.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução por quantia certa contra devedor solvente - Pretensão à expedição da certidão prevista no artigo 517, § 2º, do CPC, em nome de sócio da pessoa jurídica executada - Regras relativas ao cumprimento de sentença que tem aplicação apenas subsidiária ao processo de execução - Incidência incompatível - Título executivo passível de protesto - Sócio que não se torna propriamente executado em virtude da desconsideração da personalidade jurídica da empresa - Alcance da execução apenas sobre o patrimônio pessoal - Artigo 50 do CC - Indeferimento mantido - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão copiada a fls. 53, proferida pelo MM. Juiz de Direito Paulo Henrique Ribeiro Garcia, que indeferiu pedido de expedição da certidão prevista no artigo 517, § 2º, do CPC em nome da sócia Paula Cristina Aguiar Pereira.

Sustenta o agravante, em síntese, que a expedição da certidão pretendida é perfeitamente possível no caso em exame. Aduz que a exigência de uma "sentença" para dar-se cumprimento ao artigo 517, § 2º, do CPC, é equivocada, pois mesmo decisões interlocutórias proferidas no processo civil, transitadas em julgado, constituem-se de pleno direito em títulos executivos judiciais. Nesse sentido, alega que o V. Acórdão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica e possibilitou a inclusão dos sócios no polo passivo da execução é perfeitamente passível de protesto cambial. Pleiteia o provimento do recurso,

Acesso ao Sumário

com a reforma da decisão agravada.

Recurso tempestivo, instruído e preparado (fls. 78/80).

Concedido o efeito suspensivo (fls. 83/84), não foi apresentada contraminuta.

É O RELATÓRIO.

Ressalta-se, de início, que ao presente caso aplicam-se as normas processuais da legislação de 2015, por expressa determinação da regra prevista no artigo 14 do ordenamento processual vigente (Lei 13.105/15).

O recurso, apesar da aparente relevância dos argumentos, não merece prosperar.

Cuida-se na origem de ação de execução por quantia certa contra devedor solvente fundada ajuizada pela agravante em face de MPW Materiais de Limpeza LTDA. ME, fundada em duplicatas mercantis sacadas contra a executada (fls. 7/8).

No curso da ação, o credor pugnou pela desconsideração da personalidade jurídica da devedora, e a respectiva inclusão dos sócios no polo passivo da demanda (fls. 20/21), o que restou deferido nos termos do V. Acórdão reproduzido a fls. 70/73, transitado em julgado (fls. 75).

Após infrutíferas tentativas de satisfação do crédito exequendo, o credor pugnou pela expedição da certidão preconizada no artigo 517, § 2º, do CPC, em nome da coexecutada Paula Cristina Aguiar Pereira (fls. 51), o que restou indeferido pelo MM. Juízo de Primeiro Grau (fls. 53).

Contra essa decisão, foram interpostos os embargos de declaração copiados a fls. 55/69, mas a decisão embargada restou mantida nos termos expostos a fls. 76, sendo este o motivo da insurgência do recorrente. Sem razão, todavia.

Com efeito, dispõe o artigo 517 do CPC que "***a decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523***".

Acesso ao Sumário

De fato, como argumenta o próprio recorrente, o V. Acórdão que deferiu o pleito de desconsideração da personalidade jurídica para permitir a inclusão dos sócios no polo passivo da ação, embora não seja sentença, também se trata de decisão judicial, inclusive transitada em julgado, e não menos importante.

Contudo, há que se observar que o preceito contido no artigo de Lei acima transcrito está inserido no ordenamento processual vigente dentro do título que trata "do cumprimento de sentença" (Parte Especial, Livro I, Título II).

Como se sabe, a aplicação das disposições do cumprimento de sentença ao processo de execução é apenas subsidiária (artigos 771, § único, e 318, § único, ambos do CPC).

Ressalta-se que o termo "decisão judicial transitada em julgado" mencionado no artigo invocado pelo agravante equivale a título executivo judicial, e o artigo 515 do mesmo Código dispõe em seus incisos quais são os títulos judiciais cujo cumprimento se dá de acordo com os artigos previstos no Título "Do Cumprimento de Sentença".

Assim sendo, a regra contida no artigo 517 do CPC não pode ser aplicada ao caso em exame, porque incompatível com o processo de execução, ainda mais na forma pretendida pelo recorrente.

Isso porque, como bem anotou o MM. Juízo de Primeiro Grau, "***o próprio título executivo é passível de protesto***" (fls.53).

E ainda: "***o protesto a que alude o exequente presume uma sentença transitada em julgado***" (fls. 76).

Não se olvida, ademais, que no caso tela os sócios vieram à execução em virtude da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Assim sendo, de acordo com o artigo 50 do Código Civil, vale esclarecer que a desconsideração apenas permite "***... que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica***" (grifo nosso).

Por outras palavras, os sócios não se tornam propriamente executados. Apenas o patrimônio pessoal deles é que é alcançado pelos efeitos da execução, que assim apenas garantirá a satisfação do crédito contraído pela empresa executada.

Assim, é certo que a pretensão do agravante de expedição da certidão do artigo 517, § 2º, do CPC em nome da sócia não merece acolhida.

Nestes termos, correta se mostra a decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, revogando-se o efeito suspensivo anteriormente concedido.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 23171)

Respeitado o entendimento da douta maioria, entendo que o recurso comporta provimento.

Trata-se de Execução de título extrajudicial onde os agravados PAULA CRISTINA AGUIAR PEREIRA E MARCOS ANTÔNIO DA SILVA PEREIRA ingressaram nos autos, por força da desconsideração da personalidade jurídica da devedora original, M.P.W. MATERIAIS DE LIMPEZA LTDA. ME, que não quitou as duplicatas mercantis mencionadas na exordial, todas com protesto

Acesso ao Sumário

cambial efetuado.

Afirma o MM. Juízo "*a quo*" ser inviável a expedição da certidão prevista no art.517, §2º, do CPC, uma vez não ter ocorrido o trânsito em julgado "de sentença" e que o título que aparelha a execução é passível de protesto. (fls. 53)

Apresentado recurso, o E. Relator sorteado prestigia a decisão de base e a ela acresce que a regra contida no artigo 517 do CPC não pode ser aplicada ao caso, eis que incompatível com o processo de execução; que o próprio título executivo é passível de protesto e que o protesto a que alude o exequente presume uma sentença transitada em julgado.

Tributado o devido respeito a tal entendimento, com ele não comungo.

Inicialmente, não há que se dar menor efetividade às execuções, em comparação aos cumprimentos de sentença, tanto que o legislador determinou a aplicação subsidiária do procedimento comum (parágrafo único do art. 318 e parágrafo único 771, todos do CPC) à primeira hipótese.

No presente caso, a inadimplência dos devedores é patente e incontroversa, constituindo-se, assim, título executivo e determinou-se pelo Juízo de base a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, sendo incluídos no polo passivo da ação os seus sócios.

A decisão que ensejou na responsabilização dos sócios da executada e a inclusão do nome deles no polo passivo da relação processual já há muito transitou em julgado.

É certo que as cambiais que aparelham o feito executivo, também já foram objeto de protesto cambial, entretanto, não consta dos respectivos assentamentos que os sócios também se tornaram corresponsáveis pelo débito, estando aquele ato notarial, hoje em desconformidade com a realidade, permitindo, portanto, sua retificação.

Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DO TEOR DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO (ART. 517 DO CPC/2015) TAMBÉM EM NOME DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. SÓCIOS INSERIDOS NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO POR FORÇA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Em havendo a **desconsideração da personalidade da pessoa jurídica executada, é possível a inserção do nome dos seus sócios na certidão a ser expedida nos termos do art. 517 do CPC/2015.** (Agravo de Instrumento nº 2012919-94.2017.8.26.0000,

Acesso ao Sumário

Relator(a): Adilson de Araujo; Comarca: Jales; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/02/2017; Data de registro: 21/02/2017) (g.n.)

O agravante busca exaustivamente, desde fevereiro/2002, obter a satisfação do seu crédito por inúmeros meios, todos até o momento frustrados e o tem já pré-constituído de forma liquida, certa e exigível. Portanto, deve o Estado propiciar os meios necessários para a efetivação da promessa constitucional de duração razoável e de efetividade do processo, permitindo a utilização dos meios processuais existentes.

Diante desse quadro e também com apoio do artigo 134, IV do CPC, medida indutiva ao cumprimento da ordem judicial de pagamento, já há longa data expedida, não vejo óbice à extração de certidão prevista no recitado art. 517, §2º, do CPC, com as observações esclarecedoras quanto à averbação retificadora do protesto.

Por isso, votei pelo **PROVIMENTO** do recurso.

AFONSO BRAZ, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2073791-75.2017.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante PAMELA CRISTINA MARCELINO, é agravado ATLÂNTICO FUNDO DE INVESTIMENTOS EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6620)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 2 de junho de 2017.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização - Decisão que indefere o pedido de antecipação dos efeitos da tutela tendente a ser determinada que a parte ré promova a exclusão

de apontamento negativo em nome da autora dos cadastros do SCPC e Serasa - Ante a inexistência de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado é medida de rigor o indeferimento da tutela antecipatória de urgência pretendida - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumula com indenização por dano moral que a agravante move em face do agravado, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela de urgência tendente a ser determinada que a parte ré promova a exclusão de apontamento negativo em nome da autora dos cadastros do SCPC e Serasa, referente ao contrato nº 0000000019253159, no valor de R$ 574,19.

Sustenta a agravante, em síntese, que presentes os requisitos autorizadores da medida pleiteada, na medida em que desconhece a origem do débito que originou a negativação de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Negado o efeito suspensivo ao recurso (fls. 33/34), que é tempestivo, sem preparo por litigar a agravante sob os auspícios da gratuidade de justiça e não respondido, porque ainda não formada a relação jurídica processual.

É o relatório.

Insurge-se a agravante contra a decisão que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumula com indenização por dano moral que ajuizou em face do agravado, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela de urgência tendente a ser determinada que a parte ré promova a exclusão de apontamento negativo em nome da autora dos cadastros do SCPC e Serasa, referente ao contrato nº 0000000019253159, no valor de R$ 574,19, ao fundamento de que:

"*Indefiro a tutela antecipada, pois o telegrama de fls. 17, de notificação da ré, não partiu da própria autora e ainda foi requerido o envio dos documentos solicitados, para endereço diverso de sua residência. Desse modo, o réu não estava obrigado a atender a notificação feita por terceiro, pelo que, não há verossimilhança necessária para a concessão da tutela*".

Irretocável a fundamentação do decidido.

Com efeito, a tutela de urgência e também a de evidência é a entrega provisória da prestação jurisdicional a quem preenche os requisitos escritos na lei processual e tem objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em Juízo, ou os seus efeitos.

Para tanto, o requerente da tutela de urgência deve demonstrar de forma

Acesso ao Sumário

inequívoca a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, consoante NCPC, art. 300; enfim, a verossimilhança do direito alegado a teor das alegações feitas, ou mesmo demonstrar o abuso do direito de defesa.

A tutela é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu sensato arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão dos requisitos daqueles requisitos; sinteticamente risco de lesão grave ou de difícil reparação e da plausibilidade do direito.

Na hipótese dos autos, o alegado desconhecimento do débito que é imputado à agravante somente poderá ser dirimida através da necessária instrução probatória, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, e dano não se antevê, por ora prevalecendo obrigações assumidas por aquele junto à agravada.

Em suma: ante a inexistência de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado é medida de rigor o indeferimento da tutela antecipatória de urgência pretendida.

Ausente, portanto, patente ilegalidade da decisão agravada, é mantida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2017205-18.2017.8.26.0000, da Comarca de José Bonifácio, em que é agravante EMERSON DA SILVA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado CARLOS TIAGO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33907)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 5 de junho de 2017.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo de Instrumento - "Ação de execução de título executivo extrajudicial" - Insurgência contra a r. decisão que indeferiu o

pedido de inclusão da restrição referente ao nome do executado nos cadastros de inadimplentes - Admissibilidade - Executado que regularmente citado, não efetuou o pagamento do débito nem opôs embargos - Inexistência de bens passíveis de penhora - Possibilidade de determinar a expedição de ofícios para a inclusão do nome do agravado nos cadastros de inadimplentes - Inteligência do artigo 782, § 3º, do NCPC - Prequestionamento - Recurso provido.

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento tirado de "ação de execução de título executivo extrajudicial" (folhas 12/15), e voltado à reforma da r. decisão (folhas 16), que indeferiu o pedido de inclusão da restrição referente ao nome do executado nos cadastros de inadimplentes.

Em síntese, argumenta o recorrente, nas razões de seu inconformismo (folhas 03/07), a reforma do r. "decisum", sob o fundamento de que regularmente citado, o executado não opôs embargos e não liquidou o débito, devendo seu nome ser incluído nos cadastros de inadimplentes, nos termos do § 3º, do artigo 782 do NCPC.

Aduz que a citada previsão legal, inovação trazida pelo NCPC, não condiciona seu deferimento, bastando o requerimento da parte.

Afirma que apesar da faculdade do juiz em deferir ou não a inclusão, os tribunais pátrios estão admitindo a inclusão desde que tenha escoado o prazo para pagamento e não existam bens para garantir a demanda, conforme jurisprudência colacionada.

Por fim, requer o prequestionamento do disposto no artigo 782, § 3º, do NCPC.

Tendo em vista a decisão agravada, que indeferiu o pedido de inclusão da restrição referente ao nome do executado nos cadastros de inadimplentes, bem como que a parte contrária não está representada nos autos de origem, foi determinado que o colegiado dará a palavra final (folhas 24).

Nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, os interessados foram intimados acerca do julgamento virtual (folhas 27/28). Todavia não ocorreu nenhuma manifestação, conforme certidão de folhas 29.

Recurso regularmente processado, todavia ausente o preparo por ser o agravante beneficiário da Gratuidade da Justiça (folhas 09/11).

É o relatório.

2) O ponto nodal do debate consiste em verificar se está correta a r. decisão

Acesso ao Sumário

(folhas 16), que indeferiu o pedido de inclusão da restrição referente ao nome do executado nos cadastros de inadimplentes, sob o fundamento de que a diligência deve ser providenciada pela parte exequente.

Com efeito, dispõe o artigo 782, § 3º, do Novo Código de Processo Civil:

"**Art. 782**. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

(...)

§ 3º. A requerimento da parte, **o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.**" (Destaques do Relator).

Em comentários ao citado dispositivo, anotam os ilustres professores NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em sua famosa obra "Código de Processo Civil Comentado", 16ª edição, 2016, editora RT, página 1749:

"**Inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes**. A medida, uma novidade do CPC/1973 e passível de ser utilizada na execução definitiva de título judicial, é salutar, posto que tende a inibir a inadimplência venal que usa do trâmite judicial para procrastinar a satisfação da obrigação. Mas é relevante destacar que a inclusão é *faculdade* do juiz (em vista do uso da forma verbal *pode*) e não pode ser determinada de ofício".

Dessa forma, é possível ao juiz determinar a expedição de ofício para a inclusão do nome do executado/agravado em cadastro de inadimplentes, pois a referida providência não se faz apenas no interesse do exequente/agravante, já que consulta ao interesse público, na medida em que pode viabilizar a prestação jurisdicional e tornar útil o processo.

No caso vertente, tendo em vista que regularmente citado (folhas 18), o agravado não efetuou o pagamento do débito, não ofereceu bens à penhora (folhas 19) e não opôs embargos à execução (folhas 20), foi deferida a pesquisa de bens pelos sistemas INFOJUD, RENAJUD e ARISP (folhas 21), que diante da inexistência de bens passíveis de penhora, ensejou o pedido de suspensão da execução, bem como a expedição de ofício para a inclusão do nome do agravado nos cadastros de inadimplentes (folhas 21).

Assim, se vê que negar ou dificultar ao agravante a possibilidade de buscar providências no sentido de satisfazer o seu crédito, é nutrir o inadimplemento, seja ele culposo ou doloso.

Portanto, é possível determinar a expedição de ofícios para a inclusão do nome do agravado nos cadastros de inadimplentes, nos termos do artigo 782, § 3º, do NCPC.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação monitória. Decisão que

Acesso ao Sumário

indeferiu o pedido de expedição de ofício ao Serasa para inscrição do nome dos réus pelos créditos oriundos da ação. Insurgência. Admissibilidade. Não se deve criar obstáculos à entrega da prestação jurisdicional, sendo a expedição de ofício ao Serasa, visando a inclusão do nome dos executados no cadastro de inadimplentes, medida que se faz útil para a satisfação de seu crédito. Art. 782, § 3º, do NCPC. Inviável a utilização do sistema SerasaJud, tendo em vista que o convênio entre este Tribunal e o Serasa não foi renovado. Decisão reformada. Recurso provido." (AI 2035224-09.2016.8.26.0000, Relator Des. Helio Faria, Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 25/10/2016).

"Agravo de Instrumento - Execução de título extrajudicial - Decisão que indeferiu pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes - Pleito de reforma - Admissibilidade - Medida que encontra respaldo no art. 782, § 3º, do Novo Código de Processo Civil - Informação, ademais, de caráter público - Precedentes - Direito da parte que somente pode ser mitigado na presença de relevante motivação, à luz de particularidades do caso concreto - Situação que não se verifica no caso "sub judice" - Decisão reformada - Recurso provido." (AI 2173299-28.2016.8.26.0000, Relatora Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 24/10/2016).

Mediante tais considerações, reforma-se a r. decisão da lavra do eminente magistrado, Doutor ANDRÉ DA FONSECA TAVARES, para deferir o pedido de expedição de ofícios para a inclusão do nome do agravado nos cadastros de inadimplentes, nos termos do § 3º do artigo 782 do NCPC.

A fim de que se possam manejar recursos às Instâncias Superiores, considera-se prequestionada toda a matéria inserta no recurso.

3) Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052524-47.2017.8.26.0000, da Comarca de Capivari, em que são agravantes MARIA LUIZA CIBIM CHAMMA, MÁRCIA JOCELEN CIBIM NARCISO, ADRIANA BRUGNARO CIBIM (ESPÓLIO), JOSE CAETANO CIBIM, INES RUBINATO CIBIM, INES VALERIA RUBINATO CIBIM CAMPANHA, LUCIANA APARECIDA TUBINATO, MARIA ANGELICA RUBINATO CIBIM SOAVE, JOSE GILBERTO MARCELLO, ADRIANO RAFAEL MARCELLO, ANDRE RICARDO MARCELLO, KATIA BARNABÉ MARTINI, ARIO BARNABÉ NETO, RONALDO JOSE BARNABÉ, DALVA MARIA ARMELIM CIBIM, MAIRA CRISTIANE CIBIM, MATEUS JOSE

CIBIM, MARCOS VINICIUS CIBIM, MARIA CELIA BARRICHELLO CIBIM, CESAR AUGUSTO CIBIM, GUILHERME CIBIM JUNIOR, LUIS GUSTAVO CIBIM, MARCEL CIBIM, MARIA TEREZINHA NICOLAI CIBIM, HAMILTON ANTONIO CIBIM JUNIOR, JOSÉ MAURICIO CIBIM, ADRIANA APARECIDA CIBIM FABRO e ROSANA CIBIM PAI, é agravado BRADESCO - BANCO BRASILEIRO DE DESCONTOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26573)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 6 de junho de 2017.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Agravo de Instrumento - Execução em Cumprimento de Sentença - Ação Civil Pública - Caderneta de Poupança - Expurgos Inflacionários - Juros Remuneratórios - Não cabimento - STJ - Artigo 543-C - REsp n. 1.392.245 - Descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento - Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de Agravo de Instrumento tirado contra a decisão interlocutória proferida em Execução em Cumprimento de Sentença - Ação Civil Pública - Caderneta de Poupança - Expurgos Inflacionários, que em face da divergência entre os cálculos elaborados pelas partes, determinou a realização de perícia contábil, destinada à apuração do valor correto do crédito dos autores, fixando critérios a serem observados por esse auxiliar do Juízo, buscando para tanto os recorrentes o reconhecimento da necessidade/legalidade da inclusão dos juros remuneratórios desde o inadimplemento da obrigação contraída até a data do efetivo pagamento do débito.

Decido.

No caso então, relativamente aos juros remuneratórios, observado

Acesso ao Sumário

o decidido pelo C. STJ nos autos do REsp n. 1.392.245, por força e para os efeitos do artigo 543-C do CPC/73, se superando a controvérsia, tem-se que os juros remuneratórios não se consideram como implícitos na condenação, pelo que e como a sentença da ação civil pública foi genérica nos moldes do artigo 95, do CDC, não tendo havido expressa condenação ao pagamento de juros remuneratórios, ofende a coisa julgada a inclusão, em fase de liquidação, de qualquer valor a esse título, até porque, os juros remuneratórios não se enquadram na categoria de juros legais a que se refere o artigo 293 do CPC/73, uma vez que os juros remuneratórios não são juros legais, mas contratuais.

Referido entendimento consolidado do STJ explicita a justificar o julgado, dentre outras argumentos o seguinte, confira-se: *"...Os juros remuneratórios, a seu turno, no mais das vezes, são contratuais, cujo reconhecimento depende de pedido expresso e, para ser executado, de condenação na fase de conhecimento. De fato, desde o Código Civil de 1916, devem ser compreendidos na categoria de 'juros legais' apenas os moratórios, mercê do que dispunham os arts. 1062 e 1064 do diploma revogado, ambos sob capítulo intitulado 'Dos Juros Legais': Art. 1062 - A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano. (...) Art. 1064. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros de mora, que se contarão assim as dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhe esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes. A mesma disposição acima encontra-se presente nos arts. 406 e 407 do Código Civil de 2002. A jurisprudência do STJ é tranquila no sentido de não permitir a incidência de juros remuneratórios na fase de execução, se a sentença foi omissa quanto ao ponto: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ação Civil Pública n. 1998.01.016798-9 de Brasília/DF. Idec Vs Banco do Brasil. Juros remuneratórios. Ausência de condenação. Execução individual de sentença. Inclusão da verba. Impossibilidade. Coisa julgada. 1. Não tendo havido condenação expressa ao pagamento de juros remuneratórios na ação civil pública n. 1998.01.016798-9 (Idec vs Banco do Brasil), que tramitou na 12ª Vara Cível de Brasília/DF, descabe a inclusão dessa verba na fase de execução individual, sob pena de indevida ampliação do alcance objeto da coisa julgada (REsp 13499971/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 15/09/2014). 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 351.431/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 21/11/2014); Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Civil. Previdência Privada. Restituição de Valores. Execução de Sentença. Inclusão de juros remuneratórios na fase de liquidação. Inadmissibilidade. Ausência de previsão no título executivo judicial. Respeito à coisa julgada. 1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a inclusão, em fase de liquidação, de juros remuneratórios não*

Acesso ao Sumário

expressamente fixados em sentença ofende a coisa julgada. Essa hipótese, é distinta da incorporação nos cálculos da execução da correção monetária, e dos juros de mora antes omissos no título exequendo. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 43.936/RJ, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014). Com efeito, em se tratando de cumprimento de sentença, o que mostra relevante é a abrangência do título, salvo naquelas referidas hipóteses em que a própria lei ou jurisprudência dispensam condenação expressa - como os juros moratórios, mercê do art. 293 do CPC e da Súmula n° 254/STF, circunstância não verificada no caso em exame. Por outro lado, como se trata de controvérsia em torno do alcance objetivo da coisa julgada, é irrelevante saber se os juros remuneratórios são consectários lógicos da condenação ao pagamento dos expurgos inflacionários, ou mesmo se são inerências do próprio contrato de depósito em poupança....".

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2002236- 95.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDU MOTOS PEÇAS LTDA.-ME, é agravado ANDERSON DE ARAUJO FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7758)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 18 de abril de 2017.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA C.C OBRIGAÇÃO DE FAZER - JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - PRECARIEDADE FINANCEIRA DEMONSTRADA - SÚMULA 481 DO STJ - DEFERIMENTO DA *BENESSE* - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto nos autos da 'ação indenizatória c.c. obrigação de fazer' contra decisão copiada a fls. 39 (fls. 140 dos autos de nº 1008673-88.2016.8.26.0006), que indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita a recorrente.

A requerida, ora agravante, sustenta que não possui condições de arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento. Afirma que acostou aos autos extratos bancários e protestos que comprovam sua atual situação financeira, bem como ressalta que é uma empresa de empresa de pequeno porte. Aduz que o requerimento de concessão da *benesse* pode ser feito em qualquer momento dos autos, nos termos do artigo 98 do Código de Processo Civil atual. Postula o provimento do recurso para que lhe seja concedida a justiça gratuita.

Recurso regularmente processado, sem o efeito suspensivo (fls. 79).

Não houve oposição das partes quanto ao julgamento virtual do recurso (fls. 116).

Em contraminuta, (fls. 119/126) o requerente, ora agravado, pleiteia a condenação da agravante no pagamento de multa por litigância de má fé.

É o relatório.

Ab initio, deixo consignado que o recurso comporta provimento.

A gratuidade processual pode ser estendida às pessoas jurídicas, condicionada à comprovação da insuficiência de recursos, de acordo com o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e nos termos da súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, a saber: "***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***". **Sic**

In casu, a agravante colacionou aos autos documentação que evidencia sua a ausência de recursos, corroborando com a hipossuficiência alegada, isso porque, juntou extratos bancários que comprovam suas despesas (fls.74/71) bem como trouxe certidões de dívida ativa (fls. 72/74) que demonstram a existência de débitos, inclusive de IPVA no valor de R$ 40.536,05.

Observa-se, por oportuno, que não se exige que a parte suporte um estado de miserabilidade jurídica absoluta para que possa se socorrer da gratuidade, sendo de rigor a concessão da *benesse* almejada.

Neste sentido, já decidiu esta 28ª Câmara de Direito Privado, a saber:

AÇÃO MONITÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA PARA PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. Admissibilidade, desde que

comprovada a impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo da atividade da postulante - hipótese dos autos em que restou documentalmente comprovada a hipossuficiência econômica da parte - reforma da r. decisão agravada. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 2168607-83.2016.8.26.0000 - 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargadora Relatora BERENICE MARCONDES CESAR - j. 08/11/2016 - v.u.). Sic

Agravo de Instrumento. Justiça gratuita. Indeferimento. Benefício que, embora em princípio só seja admissível à pessoa natural que possa ficar privada do próprio sustento ou da família, não beneficiando as pessoas jurídicas, pode ser deferido a estas em casos excepcionais. Indícios, de que a recorrente não possui condições de arcar com eventuais despesas do processo. Decisão reformada. Recurso provido.

(Agravo de Instrumento n. 2108239-11.2016.8.26.0000 - 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator CESAR LACERDA - j. 28/06/2016 - v.u.). Sic

De outro vértice, observo que, quanto ao pedido de condenação em multa por litigância de má fé apresentado pelo agravado em contraminuta, não se vislumbra a ocorrência dolosa, por parte da agravante, de quaisquer das condutas elencadas no artigo 80, do Código de Processo Civil, de modo que não há que se falar em litigância de má-fé.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para reformar a decisão guerreada, deferindo os benefícios da justiça gratuita à agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046054- 97.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VIVER MOÓCA, é agravado PIETRO CAMPOS HENRIQUE.

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 29.952)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 19 de abril de 2017.
PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Contribuições condominiais. Execução. Inclusão das cotas vencidas no curso do processo até a data do pagamento. Possibilidade. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão prolatada pela magistrada Doutora Camila Rodrigues Borges de Azevedo, que rejeitou os embargos de declaração opostos contra a decisão que determinou a citação do Executado e não se manifestou sobre o pedido de inclusão das contribuições condominiais vincendas.

Insurge-se o Exequente insistindo na inclusão das contribuições vincendas até a efetiva quitação da obrigação, nos termos do art. 323 do CPC e da Súmula 13 deste Tribunal.

Recurso tempestivo e preparado.

É o relatório.

Em janeiro de 2017, Condomínio Edifício Viver Mooca ajuizou em face de Pietro Campos Henrique execução de crédito referente a contribuições condominiais vencidas desde fevereiro de 2016. Pleiteou a inclusão das cotas vincendas até a efetiva satisfação da obrigação.

A obrigação de participar do rateio das despesas condominiais é de trato sucessivo, quadro que autoriza a aplicação do art. 323 do CPC, incluindo-se na condenação as parcelas vencidas no curso do processo, que também devem ser acrescidas dos encargos moratórios desde a data dos vencimentos.

Acesso ao Sumário

No caso das contribuições condominiais, a expressão "*enquanto durar a obrigação*" significa para sempre. A obrigação está ligada à coisa e persistirá enquanto existir a unidade condominial. Inadmissível supor que, uma vez proferida sentença condenatória do pagamento de contribuições condominiais vencidas, no futuro, nenhuma outra ação de cobrança seja necessária, porque todas as contribuições seriam exigíveis, eis que incluídas naquela primitiva condenação. Para aquele que integrava o polo passivo da obrigação ao tempo da sentença, seriam carreadas indevidamente todas as obrigações subsequentes, fosse ele ou não o responsável pelos pagamentos. Seriam ampliados os limites objetivos da condenação para abarcar obrigações que, eventualmente, já não guardassem correspondência com a convenção condominial, alterada ou

inadequadamente interpretada pela nova gestão do condomínio.

Assim, ao reconhecer aplicável a regra do art. 323 às contribuições condominiais, evitando as renovações de ações para os períodos sucessivos, é necessário fixar o limite na data do pagamento, compatível também com a Súmula nº 13 desta Corte, que dispõe: "*Na ação de cobrança de rateio de despesas condominiais, consideram-se incluídas na condenação as parcelas vencidas e não pagas no curso do processo até a satisfação da obrigação*".

Resta saber se esta regra está restrita às ações de cobrança de cotas condominiais ou se aplica também às execuções.

Importante notar, de início, que o Novo Código de Processo Civil incluiu no rol dos títulos executivos extrajudiciais, consoante dispõe o art. 784, X do Diploma Processual, "*o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas*".

Também é relevante a disposição do art. 771, parágrafo único, do CPC/15, que autoriza a aplicação subsidiária das disposições do processo de conhecimento às execuções.

Como visto, é possível a cobrança das cotas condominiais, obrigações de trato sucessivo, vencidas no curso do processo, consoante dispõe o art. 323 do CPC, e a exigência da dívida em ação de execução não altera a natureza da obrigação, quadro que recomenda a adoção da mesma regra.

Extrai-se, portanto, a possibilidade de inclusão, no débito exequendo, das parcelas vincendas no curso da execução até a data do pagamento.

Neste sentido o entendimento já manifestado nesta Corte: "*Despesas condominiais. Execução de título extrajudicial. Inclusão das cotas vincendas. Possibilidade. CPC/2015, art. 784, X, c/c 323 e 771, parágrafo único. Agravo provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2169485-08.2016, relator Desembargador Vianna Cotrim).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231869-07.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF, é agravado ARLINDO EZIPATO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.862)**

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

São Paulo, 19 de abril de 2017.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Bem móvel - Compra e venda - Ação declaratória de nulidade de contrato cumulada com pleito de restituição de valores - Fase de cumprimento do julgado - Decisão que indeferiu o pedido de preferência da credora hipotecária e extinguiu a garantia real existente sobre o imóvel penhorado, haja vista a perempção - Manutenção - Necessidade - Arguição de incompetência do Juízo - Descabimento - Súmula 270, do STJ - Decurso de mais de 30 anos da constituição da garantia real - Correto reconhecimento de decadência, a obstar o direito de habilitação de crédito formulado pela instituição financeira nos autos, em razão de ônus real insubsistente - Art. 1.485, do CC - Observância. Recurso desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão copiada às fls. 39/40, proferida nos autos da ação de indenização fundada em contrato de compra e venda de bem móvel, proposta por Arlindo Ezipato em face de "Via Direta Express Transportes Ltda.", em fase de cumprimento de sentença, que reconheceu a extinção da hipoteca que recai sobre o imóvel penhorado.

Aduziu o banco agravante, na condição de terceiro interessado, em síntese, que o Juízo não detém competência para extinguir a garantia real e declarar a decadência de débito, que sequer é discutido nos autos. Alegou ocorrência de cerceamento de defesa e que possui interesse jurídico em ver habilitada e reconhecida a preferência de seu crédito no feito.

Requereu a concessão de efeito suspensivo a fim de obstar eventual levantamento de produto de arrematação e, ao final, a reforma da decisão recorrida, além e visar ao prequestionamento da matéria.

Recebido o recurso no efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

O agravado/exequente apresentou contraminuta às fls. 108/112.

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Por primeiro, não há que se cogitar em incompetência do Juízo para análise da questão, eis que deve ser observado o teor da Súmula 270, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"***O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal***".

Nesse sentido:

"***Ementa: COMPETÊNCIA - IPTU - Execução fiscal - Penhora de bem hipotecado em favor de empresa pública federal - Credora hipotecária que intervém apenas para postular a preferência do crédito - Competência da Justiça Estadual - Incidente inapto a deslocar a competência para a Justiça Federal - Aplicação da Súmula 270 do STJ.***" **(TJSP, 15ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n.º 2044158-53.2016.8.26.0000, Rel. Des. Erbetta Filho, j. 29.07.16)**

Ademais, verifica-se que a análise da subsistência da hipoteca que recai sobre o bem penhorado é decorrência lógica do pleito de habilitação do crédito formulado pela própria recorrente, ao que descabe cogitar-se em ocorrência de cerceamento de defesa.

Dispõe o art. 1.485, do Código Civil:

"***Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.***"

Em se tratando de garantia real constituída em 18.07.1983, ou seja, há 33 anos, e inexistindo informação de que a hipoteca tenha sido reconstituída por novo título ou registro, não há razão para sua permanência e, por consequência, no direito da agravante em ver eventual crédito a ser habilitado nesta lide por força de ônus real insubsistente.

Registre-se, ainda, que em nenhum momento houve pronunciamento judicial acerca da viabilidade do crédito que porventura faça jus a instituição financeira na operação que ensejou a constituição da garantia e que, por consequência, comporta eventual satisfação através das vias adequadas.

Quanto ao prequestionamento, destaco que o Magistrado não está obrigado a citar os dispositivos de lei que tenham orientado o seu convencimento.

Basta que haja correlação do fundamento jurídico adotado com a

Acesso ao Sumário

correspondente base legal, o que obviamente sucedeu na circunstância em testilha.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025240-64.2017.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO BUSINESS CENTER, são agravados OSWALDO ARANHA DAVID WOLFF e ERIKA WOLFF.

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 29.614)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 26 de abril de 2017.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Etapa de cumprimento de julgado (disciplina condenatória em ação de cobrança de despesas condominiais). Penhora de unidades em débito. Praça suspensa, na pendência de indisponibilidade de bens do devedor, proclamada na Justiça do Trabalho. Inteligência do artigo 908, do Código de Processo Civil. Recurso do credor. Provimento.

VOTO

RELATÓRIO

Agravo de instrumento, credor, em etapa de cumprimento de julgado, questiona suspensão de praça de unidades em débito, com fundamento em declaração de indisponibilidade de bens do devedor na Justiça do Trabalho.

Recurso tempestivo, processado no efeito devolutivo (fl. 254).

Informações da instância da causa, a fl. 259.

Contraminuta, a fls. 261/271.

FUNDAMENTAÇÃO

Bloqueio de bens, comandado na Justiça do Trabalho, assim objetivando preservar a efetiva satisfação de créditos, não obsta atos de penhora, mesmo expropriatórios, evidentemente com a ressalva de que o produto de eventual arrematação deverá ser distribuído e entregue, segundo as respectivas preferências, nos termos do artigo 908, do Código de Processo Civil.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso, nos limites acima explicitados**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2229773-19.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CASSIANO SILVA BITTENCOURT, é agravado JOSÉ TARCISIO AMORIM ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39613)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2017.

MELO BUENO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - BEM MÓVEL - OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c REPARAÇÃO DE DANOS - Cumprimento de sentença - Bloqueio em conta bancária sobre numerário proveniente de salário e verba de rescisão de contrato de trabalho - Possibilidade de penhora de excedente acumulado que configura reserva de capital - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra r. decisão de fls. 13/15 que indeferiu o desbloqueio de ativos financeiros em conta bancária, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por perdas e danos, decorrente de compra e venda de bem móvel. O agravante sustenta, em síntese, a impenhorabilidade

do valor bloqueado, eis que provenientes de salário depositado em caderneta de poupança para subsistência de sua família, pretendendo, por isso, sua liberação.

O recurso foi processado no efeito suspensivo (fls. 360), com resposta do agravado a fls. 364/366.

É o relatório.

Iniciado o cumprimento de sentença, sem a satisfação do crédito, determinou-se o bloqueio dos bens e valores encontrados em conta de titularidade do agravante, com localização pelo sistema BacenJud de ativos financeiros no montante de R$4.970,75 (Banco Caixa Econômica Federal), efetuando-se penhora "*on line*" (fls. 297). O agravante insurge-se afirmando que o valor constrito possui natureza alimentar, portanto, impenhorável, eis que proveniente de salário e da verba de rescisão de contrato de trabalho.

Com efeito, são impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, eis que se cuida de proteção legal conferida pelo art. 833, IV, do CPC/15, à exceção daqueles provenientes de pensão alimentícia (§ 2º), que não é o caso. Presume a lei que o salário destina-se à subsistência daquele que o recebe, daí a proteção.

Pelo conjunto probatório, verifica-se que o valor bloqueado, na instituição financeira do Banco Caixa Econômica Federal é proveniente de salários depositados entre (dezembro/2015 e abril/2016) e da verba de rescisão do contrato de trabalho, ocorrida em 22/4/2016.

Todavia, nada obstante, a penhora "*on line*" efetivada em 15/7/2016, no valor de R$4.970,75 representa o excedente acumulado, levando-se em consideração os valores creditados a título de salário e verba de rescisão contratual, o que configura reserva de capital a possibilitar a constrição. Assim, ao ser mantido valor de reserva na conta corrente, este se desvinculou da natureza salarial, restando possível a sua penhora para satisfação do crédito exequendo. Neste sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

> **"(...) Consoante cediço nesta Corte, à luz do disposto no inciso IV do artigo 649 do CPC, sobressai a impenhorabilidade dos proventos salariais do devedor/executado, ainda quando depositados em conta corrente bancária. 1.2. Ressalva-se, contudo, que 'a remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte' (Resp 1.230.060/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 13.08.2014, DJe**

Acesso ao Sumário

29.08.2014). (...)[1]"

Quanto à alegação do agravante de que o valor bloqueado estaria dentro do teto legal previsto para a hipótese de impenhorabilidade de recursos depositados em caderneta de poupança (art. 833, X, do CPC/15), não merece prosperar. Pois, como bem salientado pela d. magistrada, inexiste demonstração de que a penhora tenha atingido saldo mantido em conta poupança, notadamente pelos documentos de fls. 388, que se refere a conta corrente.

Deste modo, ausente prova do desacerto da r. decisão, forçosa a sua manutenção pelos seus próprios fundamentos, revogando-se a liminar concedida a fls. 360.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044989-67.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO BELA BARTOK, é agravado DONATO DOMENICO DI LERNIA.

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 31.262)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação de cobrança de despesas condominiais. Penhora do apartamento sem incluir a respectiva vaga de garagem. Descabimento. Ainda que tenha matrícula distinta, a vaga de garagem existe em função da unidade habitacional e pode ser penhorada juntamente com essa, medida sem a qual o bem sofreria indesejada depreciação, a prejudicar tanto exequente como executado. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

1 AgRg no AREsp 663315/DF - Rel. Min. MARCO BUZZI - T4, DJe 30/06/2015.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de despacho que, em autos de ação de cobrança de despesas condominiais ora em fase executiva, autorizou a penhora do apartamento, mas não das respectivas vagas de garagem.

O agravante insiste na extensão da constrição.

Assim, o recorrente afirma que, apesar de contarem com matrícula própria no cartório imobiliário, as referidas vagas são parte inseparável do apartamento e não podem ser vendidas separadamente, o que importaria em alterar a substância do imóvel.

O litigante salienta, a propósito, que a convenção condominial proíbe a alienação das vagas de garagens sem a alienação do próprio apartamento e que nem podem elas pertencer a quem não seja titular de unidade autônoma, quadro que autorizava estender a penhora a elas.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

Caso não era de se recusar a penhora das vagas de garagem que correspondiam ao apartamento do devedor.

Com efeito, conquanto contassem com matrícula autônoma no registro imobiliário, cuidando-se nesse aspecto de bens juridicamente autônomos em relação ao apartamento, o fato é que as vagas de garagem existiam em função daquela unidade habitacional e a ela estavam associadas.

Evidente, assim, que o apartamento sofreria substancial depreciação caso fosse oferecido à venda sem elas, o que prejudicaria tanto o exequente como o próprio executado.

Aliás, em sendo judicialmente alienado o apartamento o devedor nem poderia manter consigo as referidas vagas, já que a Convenção do Condomínio textualmente proíbe seja titular de vaga de garagem quem não seja titular de apartamento no edifício (fls. 13 dos autos do processo - cláusula 3ª).

Sob tal contexto, pois, caso era de se estender a penhora às referidas vagas, solução que tem sido adotada nesta Corte em casos similares, como dá exemplo acórdão assim ementado:

"*Agravo de Instrumento. Ação de cobrança de honorários advocatícios. Execução de sentença. Penhora da vaga de garagem de apartamento. Apesar da matrícula individualizada, a vaga de garagem tem caráter acessório e continua a ser parte integrante e inseparável do apartamento residencial em condomínio vertical. Decisão reformada. Recurso provido.*" (AI 2032159-11.2013.8.26.0000, Rel. Francisco Occhiuto Junior, j. 13.02.2014).

Em suma, para o fim indicado dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056618-38.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são agravantes ATW DISTRIBUIDORA DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA. EPP, CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES, BRUNO DE CARVALHO GOMES, ANA MARIA GOMES E GOMES e CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES JUNIOR, é agravado HAVELLS SYLVANIA BRASIL ILUMINAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9200)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO - Deferida a desconsideração inversa da personalidade jurídica - Insurgência - Impossibilidade - Evidências nos autos de abuso de personalidade jurídica e confusão patrimonial - Artigo 790, II do CPC - Mantida a inclusão dos sócios no polo passivo da ação - Recurso não provido.

ARRESTO - Deferimento em primeiro grau - Medida necessária - Risco de dissipação de patrimônio - Medida que visa dar efetividade ao processo de execução que tem por objetivo a satisfação do crédito do exequente - Mantida a r. decisão recorrida - Todo o mais discutido nos autos não cabe ser apreciado em agravo de instrumento - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recurso à r. decisão que, nos autos da ação de execução de duplicatas, deferiu a inclusão dos agravantes no polo passivo da ação e deferiu o arresto de bens do estoque da empresa ATW. Alegam os agravantes que a medida de arresto cautelar deferida é medida extrema e está trazendo enormes prejuízos

à ATW; que a versão apresentada pela exequente não corresponde à verdade real dos fatos; o princípio da primazia da realidade não foi respeitado pela Havells. Buscam a reconsideração do despacho que incluiu os agravantes no polo passivo da execução, admitindo ser matéria para discussão em embargos à execução a ser interposto, bem como para que seja reconsiderado o despacho que determinou o arresto cautelar, devolvendo à ATW todos os bens que lhe foram arrestados.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

Trata-se de ação de execução de duplicatas oriundas de compra e venda de lâmpadas e materiais elétricos que se alega estão inadimplidas pelas executadas DIRETA DISTRIBUIDORA LTDA., no valor de R$ 5.170.115,19.

Sob o argumento de que os verdadeiros devedores são os aqui agravantes, desconsiderou-se personalidade jurídica inversa e atingiu-se bens da empresa agravante ATW e demais agravantes.

Nos seguintes termos:

"Vistos.

Postula a parte credora o aditamento da inicial para efeito de conversão deste pedido de falência em execução singular. Também requer a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive de maneira inversa, para efeito de inclusão das seguintes pessoas físicas e jurídicas no polo passivo da execução: 1) MARCELO BORGES; 2) JOSÉ CARLOS CASTELLI; 3) JOSÉ MARIA MARSON SANCHES; 4) CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES; 5) BRUNO DE CARVALHO GOMES; 6)ANA MARIA E. GOMES; 7) CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES JUNIOR; 8) BDL COMERCIAL ELÉTRICA LTDA.; 9) ATW DISTRIBUIDORA DE MATERIAL ELÉTRICO EIRELI EPP; 10) ENERGET COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS EIRELI. Pois bem. A pretensão da parte credora merece acolhida deste juízo, porque, com efeito, a documentação juntada com a petição de fls. 846/876, revela, pelo menos com base num juízo de mera delibação, que CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES, em conluio com as pessoas acima referidas, engendrou um grupo econômico de fato com o fito de lesar credores, especialmente a exequente.

Realmente, a executada DIRETA não tem qualquer bem no seu nome e nunca é localizada para citação; no entanto, seus sócios formais (José Carlos Castelli, Marcelo Borges e José Maria Marson Sanches) possuem bens imóveis de expressivo valor, muito provavelmente capazes de saldar esta execução (fls. 899/905).

Mas não é só.

Acesso ao Sumário

A credora também demonstrou que CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES (sócio da empresa BDL COMERCIAL ELETÉTRICA LTDA.), agindo em nome da empresa DIRETA, solicitou que um número expressivo de produtos fosse vendido para a DIRETA, e assim o fez pelo fato de a empresa DIRETA ter restrição de crédito com a exequente (fls. 914/919).

Ora, isso revela que DIRETA e BDL são geridas pelo mesmo grupo de pessoas, tendo CARLOS ALBERTO, em nome da BDL, assumido compromisso comercial em nome de empresa 'limpa' (BDL), para, depois, inadimplir obrigação, com fortes indícios de que, na verdade, assim o fez em nome e em beneficio da DIRETA.

O mesmo pode ser dito em relação à empresa ATW DISTRIBUIDORA DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA.

Tal empresa é gerida pelo mesmo CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES, que, por mais de uma vez, se apresentou como seu representante legal, não obstante a empresa tenha sido formalmente constituída em nome de seus filhos (fls. 933/947).

Alias, os filhos de CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES, por mais de uma vez, trocaram e-mails com a credora na condição de representantes legais da DIRETA, falando e agindo em nome dela (fls. 859/860).

Mas os sinais de abuso de personalidade jurídica não param por aí.

Ainda há a empresa ENERGET COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS EIRELI, cujas funcionárias apresentam-se como empregadas da DIRETA, inclusive tratando de assuntos de interesse dessa empresa (fls. 863/864), e até mesmo recebendo citação em nome desta (fls. Dcoc 23).

Ou seja, há evidências de abuso de personalidade jurídica, tudo a possibilitar, no futuro, a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive de maneira inversa, a fim de atingir outras empresas do mesmo grupo econômico (ATW, BDL e ENERGET)

Sendo assim, defiro a emenda à inicial e, nos termos do Art. 134, § 2º, do Código de Processo Civil, ordeno a citação de MARCELO BORGES, JOSÉ CARLOS CASTELLI, JOSÉ MARIA MARSON SANCHES, CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES, BRUNO DE CARVALHO GOMES, ANA MARIA E. GOMES, CARLOS ALBERTO DE CARVALHO GOMES JUNIOR, BDL COMERCIAL ELÉTRICA LTDA., ATW DISTRIBUIDORA DE MATERIAL ELÉTRICO EIRELI EPP E ENERGET COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS EIRELI para,

Acesso ao Sumário

no prazo de 15 dias, efetuarem o pagamento, ou ofertarem resposta ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica, providenciando a serventia a retificação de classe desta ação, com as devidas comunicações ao Cartório do Distribuidor.

Sem prejuízo, defiro as medidas acauteladoras postuladas pela parte exequente, e o faço com fundamento no artigo 799, inciso VIII, do Código de Processo Civil, e, ainda, em razão do risco de dissipação de patrimônio tão logo as pessoas incluídas no polo passivo tenham ciência da distribuição desta ação de execução de vultosa quantia.

Com isso, deverá ser promovido bloqueio de valores pelo sistema BACENJUD, tal como postulado. Anoto que o deferimento de desta medida visa dar efetividade ao processo de execução, que, como é sabido, tem por objetivo a satisfação do crédito/direito em benefício de quem dispõe de documento com eficácia executiva, cuja obrigação nela inserta contém os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade.

Aliás, consoante lição de ARAKEN DE ASSIS, as medidas acauteladoras referidas pelo artigo 799, inciso VIII, do Código de Processo Civil vigente (Art. 615, III, do CPC de 1973), representam uma 'extensão do poder geral de cautela de juiz' e sequer dependem 'da iniciativa do credor', de modo que devem ser determinadas até mesmo de ofício quando se verificar situação de perigo no processo' (Manual da Execução, 10ª edição, p. 309, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2006).

Cientifiquem-se, ainda, os devedores que, no prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, acrescido de custas e honorários advocatícios, poderão requerer sejam admitidos a pagar o restante em até 06 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês (artigo 916, do CPC).

No mais, sendo necessário, deverá o meirinho proceder na forma do artigo 212, §2º, do CPC, promovendo suas diligências fora do horário estabelecido no caput daquele dispositivo. E, havendo suspeita de ocultação, ou não sendo localizados os executados, o oficial de justiça deverá arrestar tantos bens quantos bastem para garantir a execução (Art. 830, caput, do CPC).

Nos 10 dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará os executados 2 vezes em dias distintos e, havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa, certificando pormenorizadamente o ocorrido (artigo 830, § 1º, do CPC).

Na citação com hora certa, o oficial de justiça deverá proceder

Acesso ao Sumário

na forma dos artigos 252 e 253, do CPC, de tudo lançando certidão pormenorizada, repita-se. Concretizada eventual citação com hora certa, cumpra a serventia, o determinado no artigo 254, do CPC, com a expedição da respectiva carta de intimação do citando.

Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado.

Cumpra-se na forma e sob as penas da lei.

Intime-se."

A pretensão recursal dos agravantes é de reforma da r. decisão agravada para afastar o deferimento do pedido de desconsideração de sua personalidade jurídica.

Mantém-se a r. decisão agravada.

Os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei (CPC/2015, arts. 790, II e 795, correspondente aos arts. 592, II, e 596, CPC/1973).

Nos termos do art. 50 do CC/2002:

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

Quanto à desconstituição da personalidade jurídica, adota-se a orientação de Carlos Roberto Gonçalves:

"*Mas como ressalta Fábio Ulhoa Coelho, 'ela (refere-se à confusão patrimonial) não exaure todas as hipóteses em que cabe a desconsideração, na medida em que nem todas as fraudes traduzem confusão patrimonial'. Assiste razão ao mencionado autor quando, na seqüência, sustenta que a formulação objetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada 'como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude. Nessa linha, têm os tribunais determinado a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a promiscuidade patrimonial é demonstrada, autorizando a penhora de bem dos sócios, pois trata de eloquente indicativo de fraude. É possível reconhecer-se o abuso da personalidade*

Acesso ao Sumário

jurídica, e aplicar a disregard doctrine, no processo de execução, sem necessidade de processo autônomo, quando não encontrados bens do devedor e estiverem presentes os pressupostos que autorizam a sua invocação, requerendo-se a penhora diretamente em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). O redirecionamento da ação exige, contudo, citação do novo executado, se não participou da lide." ("Direito Civil Brasileiro Parte Geral", vol. I, 6ª ed., Saraiva, 2007, SP, p. 217/218).

A mera insolvência, a simples ausência de bens penhoráveis, a alteração de razão social da empresa executada e de seu endereço não podem ser considerados isoladamente como fatos ensejadores da desconsideração da personalidade jurídica, sem que seja comprovada a má-fé dos sócios, a confusão patrimonial ou o abuso da personalidade jurídica, nos termos do art. 50, do CC/2002.

Nesse sentido, a orientação dos julgados extraídos dos *sites*: (a) do Eg. STJ:

"RECURSO ESPECIAL - NEGATIVAÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA - NÃO VERIFICAÇÃO - MOTIVAÇÃO UTILIZADA NA SENTENÇA QUE TRANSITOU EM JULGADO - NÃO INCIDÊNCIA DO EFEITO DA IMUTABILIDADE - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - VERIFICAÇÃO - REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICAPROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. I- Sobre a norma jurídica concreta, inserida na parte dispositiva da sentença, que decide a pretensão, é que recairá o efeito da imutabilidade, inerente à coisa julgada. Enquanto nos embargos de terceiro discutiu-se a licitude ou não de uma constrição judicial sobre determinados bens dos sócios, na qualidade de terceiros, na execução do julgado, em sede de agravo de instrumento, controverte-se sobre a legitimidade destes em responderem com seus bens, indistintamente, pelo débito reconhecido judicialmente; II - **A responsabilização dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em regra, não encontra amparo tão-somente na mera demonstração de insolvência para o cumprimento de suas obrigações (Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica). Faz-se necessário para tanto, ainda, ou a demonstração do desvio de finalidade (este compreendido como o ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica), ou a demonstração da confusão patrimonial (esta subentendida como a inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica ou de seus**

Acesso ao Sumário

sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas); III - O Tribunal de origem, estribado nos elementos probatórios reunidos nos autos, consignou que as cisões, a primeira operada em 1991 e a segunda ocorrida em 1995, que ensejaram a criação das sociedades Tiptur e Lana, respectivamente, com substancial reversão patrimonial para estas, nas quais figuraram como sócios os próprios recorrentes (na primeira) e pessoas do mesmo núcleo familiar (na segunda), encontram-se intrinsecamente relacionadas, tendo por propósito comum obstar, por meio de diluição patrimonial, o pagamento do débito exeqüendo. Nos dizeres do Tribunal de origem: 'Restaram demonstrados os estratagemas do grupo familiar Abi Chedid para dissipar o patrimônio da devedora Ensatur, ora agravada'; IV - Vê-se que, além das razões recursais prenderem-se a uma perspectiva de reexame de matéria de fato e prova, providência inadmissível na via eleita, o desfecho conferido pelo Tribunal de origem à moldura fática delineada, imutável nesta via, afigura-se escorreita; V - Recurso Especial improvido." (STJ-3ªt Turma, REsp 1200850/SP, rel. Min. Massumi Uyeda, v.u., j. 04/11/2010, DJe 22/11/2010, o destaque não consta do original);

No caso dos autos, a parte agravada aditou a peça vestibular para expor a existência do abuso da personalidade jurídica das sociedades, em que a empresa Direta faz parte de grupo liderado por Carlos Alberto Gomes de Carvalho que há anos vem fraudando credores (fls. 2063/2093).

Na espécie, verifica-se que: (I) foi deferido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada DIRETA, pela formação de grupo econômico, sendo incluído no polo passivo da execução todas as empresas e pessoas que fazem parte do alegado "esquema fraudulento" e (II) foi deferida a medida acautelatória de arresto de ativos financeiros de todos os agravantes e do estoque da agravante ATW, objetivando assegurar o resultado útil do processo executivo.

Conforme reproduzido acima, a muito bem fundamentada decisão recorrida, baseou-se no fato de que a executada DIRETA não tem qualquer bem no seu nome e nuca é localizada para citação; no entanto, seus sócios formais (José Carlos Castelli, Marcelo Borges e José Maria Mason Sanches) possuem bens imóveis de expressivo valor.

Restou provado também que as empresas DIRETA e BDL são geridas pelo mesmo grupo de pessoas, tendo CARLOS ALBERTO CARVALHO GOMES, em nome da BDL, assumido compromisso comercial em nome da empresa, para depois inadimplir obrigação, com fortes indícios de que o fez em nome e em beneficio da DIRETA.

Também a ATW é gerida por CARLOS ALBERTO CARVALHO

Acesso ao Sumário

GOMES, que se apresentou como representante legal da empresa.

E, a empresa ENERGET COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS EIRELI, cujas funcionárias se apresentam como empregadas da DIRETA, recebendo citação em nome desta (fls. 863/864 e doc. 23 dos autos subjacentes).

Assim, diante das evidências apresentadas configurando o abuso da personalidade jurídica, formação de grupo econômico e existência de confusão patrimonial, e não demonstrada a existência de bens da empresa executada para garantir a execução, de rigor, o reconhecimento da admissibilidade da personalidade jurídica da sociedade devedora para inclusão de seus sócios no polo passivo da ação de execução e, consequentemente, o reconhecimento de que eles são parte passiva legítima, nos termos do art. 790, II, CPC/2015 (correspondente ao art. 592, II, do CPC/1973), impondo-se, em consequência, a manutenção da r. decisão agravada.

Aplica-se à espécie as notas de Maria Helena Diniz:

*"**A desconsideração inversa** (Fábio Ulhoa Coelho, Curso, cit., v. 2, p.44 e 45) **consiste em desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação de sócio, que desviou seus bens para a pessoa jurídica sob seu total controle.** Marcelo J. M. Bonício (A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova 'desconsideração inversa' da personalidade jurídica, Revista do IAASP, 23:231-249) ensina que **a desconsideração inversa da personalidade jurídica é admitida para impor a uma pessoa jurídica a responsabilidade pelo pagamento de dívidas pessoais de um sócio que, p. ex., detentor de 99,99% das ações deixa de pagar dívidas suas e nada tem registrado em seu patrimônio pessoal ou de sócio de sociedade, que teve sua personalidade jurídica desconsiderada, veio a ser sócio de outro que, por isso, tem sua personalidade desconsiderada. 'A desconsideração indireta da personalidade jurídica** (Fátima Nancy Andrighi, Desconsideração da personalidade jurídica. Palestra proferida na UNIP Teleconferência em tempo real, em 15-2.2004) **é a que 'ocorre quanto diante da criação de constelações de sociedade coligadas, controladoras e controladas, uma delas se vale dessa condição para fraudar seus credores. A desconsideração se aplica a toda e qualquer das sociedades que se encontre dentro do mesmo grupo econômico, para alcançar a efetividade da atividade fraudadora que está sendo encoberta pelas coligadas."*** ("Curso de Direito Civil Brasileiro Direito de Empresa", vol. 8, 3ª Ed., Saraiva, 2011, SP, p. 580, destaquei).

Assim, prevê o enunciado 283 do CEJ:

"É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens do sócio que se valeu da pessoa jurídica

Acesso ao Sumário

para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros''.

Deve pois, ser mantida a r. decisão recorrida, inclusive quanto ao arresto.

E, se justifica diante do risco de dissipação de patrimônio, e a fim de dar efetividade ao processo de execução, que tem por objetivo a satisfação do crédito do exequente.

Todo o mais alegado não pode ser apreciado por este recurso de agravo de instrumento (recurso de cognição sumária e não exauriente). E, como pelos próprios agravantes alegado (fl. 96, segundo parágrafo) a matéria é de ser levantada em embargos à execução.

Nesse passo, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO e mantém-se a r. decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060606-67.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PALOMA MARQUES SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16432)**

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

São Paulo, 24 de maio de 2017.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT. Indeferimento da assistência judiciária ao autor. Insurgência. Autora apresentou os documentos necessários em sua petição inicial. Art. 99 do CPC/2015. Declaração de pobreza, prestada por pessoa física, que goza de presunção de veracidade. Documentos apresentados pela autora no agravo que confirmam a alegação de insuficiência. Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (f. 48) proferida nos autos da ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT, movida por **PALOMA MARQUES SILVA**, em relação a **SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A.**, que indeferiu a assistência judiciária à autora.

Inconformada, ela requereu a concessão de efeito suspensivo ao agravo e, no mérito, a concessão do benefício.

Concedi efeito suspensivo ao recurso.

O agravo é tempestivo e não foi preparado porque tem como objeto a concessão da gratuidade judiciária.

Contraminuta dispensada ante a não citação da ré.

É o relatório.

O art. 99, § 3º do CPC/2015 dispõe que: "Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural".

Assim, declaração de insuficiência, desde que não haja outros documentos a infirmá-la, é suficiente à concessão do benefício.

A decisão de fls. 44/45 disponibilizada no DJE em 03.02.17 determinou que a autora apresentasse os seguintes documentos a fim de comprovar a necessidade de concessão da assistência judiciária: (a) cópia das últimas folhas da carteira de trabalho ou comprovante de renda mensal e de eventual cônjuge; (b) cópia dos extratos bancários de contas de sua titularidade e de eventual cônjuge dos últimos três meses; (c) cópia dos extratos de cartão de crédito dos últimos três meses e (d) cópia da última declaração de imposto de renda apresentada à Secretaria da Receita Federal.

Em seguida, passado o prazo, o magistrado indeferiu o pedido sem analisar os documentos que já haviam sido fornecidos pela autora com a inicial, a saber: (a) declaração de hipossuficiência financeira; (b) as últimas folhas de sua carteira de trabalho, indicando que se encontra desempregada; (c) seu extrato bancário e (d) cópias da tela do site da Receita Federal indicando que, desde 2014, não apresenta declaração de imposto de renda (fls. 17 a 26).

O cadastro de seu CPF está regular.

Não é necessária, nesse caso, apresentação de declaração de isenção relativa ao imposto, porque, desde 2008, conforme, Instrução Normativa RFB nº 864/2008, a Receita Federal não a exige.

Atualmente, está em vigência a Instrução Normativa nº 1548/2015.

O art. 21, I, dessa Instrução predica que: "A inscrição no CPF será enquadrada, quanto à situação cadastral, em: I - regular, quando não houver inconsistência cadastral e não constar omissão de DIRPF;".

Acesso ao Sumário

Os documentos apresentados pela autora em sua petição inicial comprovam que faz jus ao benefício da assistência judiciária, não tendo condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento.

A contratação de advogado particular não afasta a presunção de pobreza, observada a possibilidade de pagamento dos honorários em caso de êxito.

Assim, a assistência judiciária deve ser concedida a agravante.

Dou provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032111-13.2017.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é agravante VALDOMIRO DE ASSIS, são agravados SILVANA VIEIRA PINTO (JUSTIÇA GRATUITA), EDINEL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. e ITÁU VIDA E PREVIDÊNCIA 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.285)**

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

São Paulo, 26 de maio de 2017.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Processual. Ação de cobrança de indenização securitária. Decisão que indeferiu pedido de "habilitação" de genitor ao recebimento de indenização securitária decorrente da morte de seu filho.

Segurado, solteiro, cujos herdeiros, em tese (in statu assertionis), são a mãe (que ajuizou a demanda) e o pai (ora agravante). Integração do pai ao polo passivo que não foi contrariada pelas partes originais, contando, mesmo, com expressa anuência da corré seguradora e tácita anuência da autora e da corré estipulante.

Necessária observância dos princípios do máximo aproveitamento do processo e da efetividade.

Acesso ao Sumário

"Habilitação" cabível, no contexto dos autos.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Valdomiro de Assis contra a decisão reproduzida a fls. 8 que, na ação de cobrança de indenização securitária proposta por Silvana Vieira Pinto, indeferiu o seu ingresso na demanda, "*por absoluta falta de amparo legal.*".

As razões recursais postulam "*a prestação jurisdicional, no sentido de ver apreciada a questão do desentranhamento da petição apresentada pelo Agravante e consequentemente de seu direito ao recebimento do valor referente ao seguro de vida devido em razão do falecimento de seu filho Henrique de Assis, (...).*" (*sic*) (fls. 1/7).

Não foi concedida medida de urgência (fls. 325/326).

Sem contraminuta.

II - Fundamentação.

Silvana Vieira Pinto ajuizou "*ação de dar*" em face de Itaú Seguros e, "*subsidiariamente*", em face de Edinel Engenharia e Comércio Ltda. aduzindo que a segunda requerida, empregadora de seu filho Henrique de Assis, contratou junto da primeira seguro de vida para todos os seus funcionários, porém, com o falecimento de Henrique, nada por sua genitora foi recebido.

Informa que somente tomou conhecimento da existência do seguro após o óbito e que ao entrar em contato com a seguradora, num primeiro momento, lhe teria sido informado que o seguro não havia sido pago "*devido ao não envio dos documentos solicitados a Empresa Ednel.*". Na medida em que a empregadora lhe informou que os documentos haviam sido devidamente enviados à seguradora, e que mesmo diante dessa informação a seguradora não efetuou depósito do seguro, requereu a apresentação do contrato de seguro e a condenação da seguradora ao pagamento da indenização securitária, bem como de indenização por danos morais (fls. 11/24).

Por determinação judicial (fls. 148), a autora informou que não era casada com o pai de seu falecido filho (fls. 150), informando ainda que não conhecia seu paradeiro, nem seus dados pessoais (fls. 175).

Colhidas as peças de defesa de cada uma das rés (fls. 61/73 e 103/125), interveio nos autos o agravante, pai de Henrique de Assis, postulando sua habilitação ao recebimento de metade do valor da indenização securitária (fls. 334/336). Intimadas, nenhuma das partes originais se opôs à pretensão do agravante; ao contrário, anuíram, a corré seguradora expressamente e a autora e

Acesso ao Sumário

a corré estipulante, quando menos, tacitamente (fls. 311, 313 e 314).

Sobreveio então a decisão agravada, que indeferiu o pedido "*por absoluta falta de amparo legal*", mandando desentranhar a respectiva petição (fls. 8).

Pois bem.

O agravo comporta provimento.

Não se desconhece que os limites objetivos e subjetivos da lide são estabelecidos pelo autor, sem prejuízo, porém, de ampliações ulteriores.

No caso dos autos, sobrelevam os **princípios do máximo aproveitamento do processo e o de sua efetividade**, sem deixar ao largo o princípio da inércia, na consideração de que a pretensão do agravante, no sentido de integrar a lide, contou, como mencionado, com a anuência das partes originais, expressa ou, quando menos, tacitamente.

Havendo oposição expressa, poder-se-ia, em tese, dependendo do contexto, considerar que a intervenção haveria de se dar por meio de oposição. Não é esse, porém, o caso dos autos, pois não há nenhuma controvérsia quanto ao fato, óbvio, de que o pai e a mãe são herdeiros do falecido filho comum e, pois, e em tese, (*in statu assertionis*), legitimados ativamente à demanda que visa ao percebimento da indenização securitária (à míngua de herdeiros outros, notadamente esposa e/ou descendentes).

O processo é mero instrumento (método) idealizado para viabilizar a prestação jurisdicional e, preferencialmente, de mérito. Logo, se não há ofensa a nenhuma garantia constitucional, se não há arranhão ao princípio do devido processo legal, nada impede que as partes originais concedam com a integração ulterior de terceiro à relação processual. No caso, integração ao polo ativo, de terceiro que, tanto quanto a autora, é herdeiro do segurado.

III - Conclusão.

Diante do exposto, **dá-se provimento ao recurso** para admitir o agravante no polo ativo da relação processual, assim formando-se litisconsórcio ulterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019346-10.2017.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é agravante HELOISA SOLDÁ DE AZEVEDO, são agravados NELSON ALTÉA TERRIBILI e ARIADNE GOMES ALTÉA.

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 37541)**

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

São Paulo, 8 de junho de 2017.

ARTUR MARQUES, Relator

Ementa: PROCESSO CIVIL E CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. POSSIBILIDADE. VENDA DE IMÓVEL DO ESPÓLIO APESAR DA CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL QUE O PODERIA LEVAR À INSOLVÊNCIA. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA E ABUSO DE DIREITO. MITIGAÇÃO DA PROTEÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. É fato incontroverso que a venda da fração ideal do imóvel de matrícula nº 34.854, que pertencia ao genitor da agravante, ocorreu mesmo após ciência do espólio acerca da existência de ação judicial versando sobre responsabilidade civil e que poderia reduzi-lo à insolvência. Portanto, independentemente da boa-fé do terceiro adquirente (do imóvel de matrícula nº 34.845), os elementos dos autos demonstram má-fé do espólio na realização da venda de bem que haveria de responder pela dívida do falecido, decorrente de ato ilícito por ele praticado, de modo que a impenhorabilidade do bem de família não poderia agora recair sobre o segundo imóvel, não vendido (matrícula nº 32.917), cuja penhora se pretende inquinar.

2. Conforme entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça, "não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude à execução: atuou também com fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90, uma vez que procura utilizar a proteção conferida pela Lei com a clara

Acesso ao Sumário

intenção de prejudicar credores. (...) Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90".

3. Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por **HELOÍSA SOLDÁ DE AZEVEDO** nos autos de cumprimento de sentença que lhe promovem **NELSON ALTEA TERRIBILI** e **ARIADNE GOMES ALTÉA**, contra a r. decisão copiada às fls. 12/16 do instrumento, que reconheceu o imóvel penhorado como bem de família, porém, afastou a impenhorabilidade em virtude de suposta violação ao princípio da boa-fé.

Consta dos autos que o espólio do genitor da agravante foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais em favor dos agravados em razão de acidente de trânsito. A agravante argumenta que o imóvel penhorado (matrícula nº 32.917) constitui bem de família e que nele reside desde 2000. Alega que no espólio existiam apenas dois imóveis, sendo o de matrícula nº 32.917 de residência da família, e o de matrícula nº 34.854 pertencente ao genitor, ao irmão e à cunhada do genitor em condomínio, cabendo 50% da fração ideal ao genitor. Aduz que após o acidente e morte de seu pai, os familiares decidiram vender o imóvel de matrícula nº 34.854 e a agravante concordou, pois era menor de idade e não possuía qualquer outro recurso para garantir sua subsistência, sendo o imóvel vendido em 2002. Aponta que no momento da venda o processo de origem ainda se encontrava em fase de conhecimento e não existia condenação, inexistindo má-fé da agravante, porque precisava obter meios de subsistência e nem poderia impedir a venda, já que possuía apenas 25% da fração ideal (reservada a meação de sua mãe em 25% da fração ideal). Requer a concessão de liminar e, ao final, pede provimento ao recurso para que seja reconhecida a impenhorabilidade do imóvel e seja levantada a penhora.

Preparado (fls. 70/72), o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 73/75), sobrevindo resposta com juntada de documentos (fls. 77/93).

É o relatório.

2. Respeitado o entendimento contrário, o recurso deve ser improvido.

É fato incontroverso que a venda da fração ideal do imóvel de matrícula nº 34.854, que pertencia ao genitor da agravante, ocorreu mesmo após ciência do espólio acerca da existência de ação judicial versando sobre responsabilidade civil e que poderia reduzi-lo à insolvência.

Portanto, independentemente da boa-fé do terceiro adquirente (do imóvel de matrícula nº 34.845), os elementos dos autos demonstram má-fé do espólio na realização da venda de bem que haveria de responder pela dívida do falecido,

Acesso ao Sumário

decorrente de ato ilícito por ele praticado, de modo que a impenhorabilidade do bem de família não poderia agora recair sobre o segundo imóvel, não vendido (matrícula nº 32.917), cuja penhora se pretende inquinar.

Ademais, a agravante alega que a venda foi efetuada em 2002, e somente porque não possuía recursos para garantir sua subsistência após o falecimento do genitor. Entretanto, o argumento não pode ser aceito, sob pena de se permitir a frustração dos credores do falecido nada obstante tenha deixado bens suficientes a saldar suas obrigações.

Igualmente, não convence a tese de que a agravante não poderia impedir a venda, já que, detendo a fração ideal de 25% do imóvel, os demais condôminos poderiam dispor apenas da fração restante de 75%, salvo se intentassem judicialmente a extinção do condomínio, do que não se tem notícia no caso concreto.

Também é certo que a agravante passara a residir no imóvel penhorado (matrícula nº 32.917) somente em 2000, após o acidente de trânsito que, por culpa do autor da herança, lesionou a agravada, gerando a indenização cuja satisfação se busca desde então.

Ressalte-se que o e. Superior Tribunal de Justiça admite a mitigação da proteção conferida ao bem de família por entender que "***não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude à execução: atuou também com fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90, uma vez que procura utilizar a proteção conferida pela Lei com a clara intenção de prejudicar credores. (...) Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90***"[1].

Destarte, mantém-se a r. decisão agravada, acrescida dos presentes fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2237074-17.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FERNANDO ARRUDA KOBINGER, são agravados CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VICENTORI CONDOMINIUM e SCHAHIN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE1 S.A.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de

1 STJ, REsp 1.299.580, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.03.2012.

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 07.241)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e RUY COPPOLA.

São Paulo, 8 de junho de 2017.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO - Ação de cobrança de despesas condominiais - Cumprimento de sentença - Insurgência contra decisão que julgou extinto o processo, recomendando ao arrematante a propositura de ação própria, em face da agravada, para obter a restituição de importância por ela levantada, destinada ao pagamento de débito tributário incidente sobre o imóvel arrematado - Sub-rogação do débito tributário sobre o preço da arrematação decorrente da previsão expressa em lei e no edital - Necessidade de correção do "error in procedendo" verificado, consistente na expedição de mandado de levantamento judicial, em prol da devedora, sem observância do pedido expresso de reserva de valor formulado pela Municipalidade - Imposição de obrigação de depósito do respectivo valor, com fulcro no art. 139, XI, do CPC - Precedente do STJ - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto contra r decisão que, nos autos de ação de cobrança de despesas condominiais, em fase de cumprimento de sentença, julgou extinto o processo, a teor do artigo 824, II, do Código de Processo Civil, com base em suposta extinção da obrigação, remetendo o arrematante de imóvel leiloado para a satisfação do débito, ora agravante, à propositura de ação própria, em face da agravada, para fins de restituição da importância relativa aos tributos incidentes sobre o bem arrematado, de responsabilidade daquela.

Alega o agravante que, sem possuir qualquer vínculo com as partes ou com o processo em testilha, arrematou imóvel pertencente à agravada Schahin Empreendimentos Imobiliários Ltda., levado à praça em 27 de novembro de 2.015, bem como que procedeu aos depósitos devidos, conforme edital, e tomou posse da "res" arrematada. Aduz, também, que constou do respectivo edital que

Acesso ao Sumário

o arrematante receberia o imóvel livre de qualquer ônus, porquanto os valores correspondentes a dívidas anteriores ficariam sub-rogados sobre o preço da arrematação. Acrescenta, outrossim, que, após realizar a regularização do bem, o CADIN lhe enviou correspondência, cobrando importância atinente ao IPTU em aberto, de 2.000 a 2.016, diante do que noticiou tal "error in procedendo" ao juízo de primeiro grau, requerendo a cassação de tal ato, com a expedição dos ofícios pertinentes, uma vez que caberia ao Município, segundo o edital, efetuar cobrança relativa somente ao exercício fiscal de 2.016, pretensões que restaram indeferidas pela r. decisão agravada, cuja nulidade ressalta. Pondera, ainda, que, segundo a doutrina e a jurisprudência, a arrematação judicial é considerada forma originária de aquisição de propriedade, implicando o rompimento de todo e qualquer vínculo do antigo proprietário com o bem arrematado e, também, de quaisquer ônus e gravames que o embaraçavam, inclusive eventuais dívidas tributárias, contraídas anteriormente à arrematação, incorporadas aos valores auferidos em hasta pública, o que, no caso concreto, não ocorreu, em decorrência da grave erro, durante a fase de cumprimento de sentença, consistente na ausência de intimação da Municipalidade, como era de rigor, a despeito dos requerimentos de procurador municipal no sentido de que fosse comunicado dos atos processuais e de que fosse reservado o valor referente ao IPTU. Pondera, por fim, que a solução inserta na r. decisão agravada não pode prevalecer, porquanto vem causando prejuízo a si e, também, à coletividade, visto privar o Município do recebimento de débito que lhe é devido. Anota que não há que se cogitar de ajuizamento de outra demanda, tal qual sugerido pelo juízo "a quo", devendo a problemática em questão ser resolvida no processo de origem, em homenagem aos princípios constitucionais da economia e da celeridade processual, mesmo porque a ela não deu causa, por não poder postular direito alheio e, ainda, por tratar-se de matéria de ordem pública. Requer, ao cabo, o provimento do recurso, a fim de que se determine ao juízo "a quo" a expedição de ofícios ao CADIN e à Prefeitura de São Paulo, *determinando o cancelamento das cobranças dos IPTUs e consequentemente cessando-as, bem como possíveis procedimentos administrativos e judiciais relacionados ao crédito ora debatido, sob a figura do Arrematante, ora Agravante* (fls. 13).

Recurso tempestivo, preparado, regularmente instruído, contrariado e processado sem a concessão da antecipação da tutela recursal, prestadas as informações requisitadas ao juízo "a quo".

Este o relatório.

Insurge-se o agravante contra a decisão a seguir transcrita:

Vistos. Houve satisfação da obrigação. Isto posto, JULGO EXTINTO o processo com fundamento no artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil. Fls. 582/586: o requerimento é estranho à fase do processo. Cabia ao arrematante formular o pedido, na época do pagamento. Deverá, agora, reclamar

Acesso ao Sumário

em ação própria eventual responsabilidade da executada - que até levantou valor remanescente. Anoto ainda ser inadequado qualquer cancelamento de lançamento tributário ou anotação em CADIN. OPORTUNAMENTE, certifique-se o trânsito em julgado desta sentença e, recolhidas as eventuais custas em aberto, arquivem-se os autos. Publique-se. Registre-se. Intime-se (fls. 26).

O recorrente opôs embargos de declaração contra referida decisão, que restaram rejeitados, nos seguintes termos:

Vistos. Recebo os embargos de declaração, porque tempestivos. Nego-lhes provimento uma vez que não se verifica contradição ou omissão na sentença. Eventual inconformismo deve ser objeto de recurso adequado. Int (fls. 616).

Diante disso e do que mais dos autos consta, o recurso comporta parcial provimento. Vejamos.

Em primeiro lugar, anote-se que o imóvel objeto da lide foi arrematado, em segunda praça, aos 6 de novembro de 2.015, pela importância de R$ 439.909,83, para fins de saldar débito condominial que, em 5 de setembro de 2.015, correspondia a R$ 112.216,62 (fls. 343/347 e 388/426), assim como que, aos 3 de dezembro de 2.015, foi proferida pelo juízo "a quo" decisão da qual constava a seguinte deliberação:

(...) *III - Considerando a existência de vários credores, para fins de pagamento, determino a instauração de incidente de concurso de credores. Apresentem os títulos de crédito e demonstrativos (atualizados até 30.11.2015), em dez dias. Expeçam-se ofícios aos Juízos em que há penhora averbada, noticiando-se a arrematação ocorrida nestes autos, com urgência* (fls. 438).

De outra banda, em petição datada de 18 de janeiro de 2.016, a própria agravada asseverou, "verbis":

(...) *Inicialmente a executada manifesta ciência em relação à arrematação havida. Informa ainda que os únicos credores são o condomínio, ora exequente, e também a Prefeitura Municipal de São Paulo, este último já se manifestou sobre a reserva de crédito para pagamento do IPTU. Conforme se infere da arrematação havida e dos débitos existentes sobre o imóvel, haverá crédito a ser restituído para a executada. Já foi noticiado nos autos que a executada ajuizou perante o antigo proprietário Ação de Reintegração de Posse, que tramita perante a 01ª Vara Cível (Processo 0025176-24.2013.8.26.0002), processo este que aguarda decurso de prazo de defesa pelo então possuidor. Diante do exposto, uma vez resolvidas em definitivo a arrematação e o pagamento aos credores requer seja autorizada a executada a levantar o valor remanescente* (fls. 442/443).

No entanto, em 4 de maio de 2.016, o juízo "a quo" proferiu a decisão a seguir transcrita:

Vistos. I - Considerando que apenas o condomínio apresentou seu crédito,

Acesso ao Sumário

defiro o levantamento por ele da quantia ainda a ser verificada até a data da arrematação e depósito (30.11.2015). Expeça-se guia de levantamento em seu favor no valor de R$ 122.264,51 - SEM JUROS E CORREÇÃO DO DEPÓSITO JUDICIAL, já que houve atualização do débito além do período determinado na decisão anterior. Não pode haver "bis in idem" - com remuneração de juros e correção oriundos do depósito judicial. II - Sem prejuízo, transfira-se o valor de R$ 74.365,54 (COM juros e correção, desde o depósito judicial) para o MM. Juízo da 5ª Vara Cível de Santo Amaro, vinculando-se ao processo n. 0009542-22.2012, diante da penhora no rosto dos autos. III - O saldo remanescente será levantado pela executada. IV - No prazo de 05 dias, faça o arrematante prova de registro da carta de arrematação. EXPEÇA-SE MANDADO DE IMISSÃO NA POSSE EM SEU FAVOR. Esclareça o arrematante se já tomou posse do imóvel - se estiver vazio, cópia da presente decisão poderá ser apresentada ao síndico, sendo o suficiente para sua imissão na posse. O advogado do condomínio deverá colaborar a tanto. Int. (fls. 512).

Após, foi proferida pelo juízo "a quo", aos 19 de julho de 2.016, decisão cujo teor é o seguinte:

Vistos. Fls. 522: expeça-se guia a favor da ré para levantamento do saldo remanescente, anote-se a extinção e arquivem-se os autos. Int (fls. 592).

Ocorre que, embora referida decisão não tenha feito alusão à existência de nenhum outro credor, consta dos autos do processo de origem certidão emitida pela Prefeitura de São Paulo, em 8 de setembro de 2.015, noticiando a existência de débito tributário, no valor de R$ 53.301,54, relativo ao imóvel praceado (fls. 327/329).

Ademais, constam de preditos autos, outrossim, requerimentos do Procurador do Município de São Paulo Luccas Lombardo de Lima, deduzidos em ofício juntado àqueles, no sentido de que as futuras intimações atinentes ao feito fossem feitas, exclusivamente, em seu nome, bem como de que se procedesse à reserva do valor dos débitos tributários vinculados ao imóvel praceado, nos moldes dos artigos 130, parágrafo único, e 186, ambos do Código Tributário Nacional, os quais, atualizados até 13 de outubro de 2.015, perfaziam R$ 56.524,26, (fls. 11 e 362/366).

A propósito, urge destacar que constou, expressamente, do edital de praça, o seguinte:

(...) *Nos termos do parágrafo único do art. 130 do Código Tributário Nacional os débitos tributários de caráter propter rem a incidirem sobre o imóvel ficarão subrogados sobre o preço da arrematação, ficando desonerado(s) o(s) eventual (ais) futuro (s) arrematante(s) do pagamento destes* (fls. 36).

Além disso, foi afirmado, expressamente, na própria decisão agravada, frise-se, que houve levantamento, por parte da agravada Schahin Participações

Acesso ao Sumário

Imobiliárias Ltda., de importância remanescente, o que se deu sem observância, repise-se, do pedido de reserva deduzido pela Municipalidade.

Ressalte-se, por fim, que a sub-rogação dos débitos tributários incidentes sobre o imóvel sobre o preço da arrematação decorrem, sabidamente, de previsões legais expressas.

Todavia, em cumprimento ao determinado pelo e. magistrado de primeiro grau, foram expedidos mandados de levantamento judicial e, também, ofício, determinando a transferência de numerário, por conta de penhora no rosto dos autos, por determinação de outro juízo, sem a observância, porém, de tal pedido de reserva de valor (fls. 515, 561, 593, 599/600 e 602/603).

Deve ser destacado que a agravada não nega, em momento algum, ter levantado importância superior à que lhe cabia, apenas sustentando, a propósito, sua impossibilidade de efetuar, atualmente, qualquer depósito, em razão de encontrar-se em recuperação judicial.

Destarte, embora não se possa cogitar de expedição de ofícios ao CADIN e à Prefeitura de São Paulo, à míngua do devido processo legal, em processo no qual sequer foi parte a Municipalidade, *determinando o cancelamento das cobranças dos IPTUs e consequentemente cessando-as, bem como possíveis procedimentos administrativos e judiciais relacionados ao crédito ora debatido, sob a figura do Arrematante* (fls. 13), tal qual pretende o agravante, mesmo porque é admitido por ele, expressamente, que se trata de obrigação tributária "propeter rem", afigura-se imperativa, de outro lado, a correção do manifesto "error in procedendo" verificado, consistente na expedição de mandado de levantamento judicial, em prol da devedora, sem observância do pedido expresso de reserva de valor formulado pela municipalidade.

Em sendo assim, afigura-se forçoso o parcial provimento do recurso, tão somente, para o fim de impor à agravada a obrigação de restituir a importância que levantou a maior, correspondente ao valor do débito tributário, perante a Prefeitura de São Paulo, incidente sobre o imóvel arrematado, preexistente à arrematação, no prazo de dez dias, o que se faz, de ofício, com fundamento no artigo 139, IX, do Código de Processo Civil, nos moldes do que já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere do aresto a seguir transcrito:

"PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADE. INTIMAÇÃO PARA SANEAMENTO DO VÍCIO. DESCUMPRIMENTO. REQUERIMENTO DAS PARTES. DESNECESSIDADE. 1. Consoante o disposto no art. 76 do CPC/2015, assim como dispunha o antigo art. 13 do CPC/1973, verificada a irregularidade de representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo para que seja sanado o vício, sendo certo que, não havendo o cumprimento da determinação, o processo deve ser extinto, se a providência couber ao autor. 2. Compete ao juiz dirigir o processo

Acesso ao Sumário

conforme as disposições do Código de Processo Civil, determinando, a qualquer tempo, o suprimento de pressupostos e o saneamento de vícios processuais (art. 139, IX, do CPC/2015). 3. Não obstante devam ser observados, na direção do processo, a igualdade de tratamento e o princípio da demanda, havendo expressa disposição de lei, deve o magistrado tratar de determinadas questões, independentemente de requerimento de qualquer uma das partes, não havendo que se falar em parcialidade. 4. Agravo interno desprovido" (AgInt na AR 5.768/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 21/09/2016).

Por fim, não é demais mencionar que a circunstância de agravada encontrar-se em recuperação judicial, definitivamente, não obsta a providência acima determinada, uma vez que não se cuida, à evidência, de crédito sujeito àquela, e, sim, de levantamento indevido de importância que, em última análise, pertencia a terceiro, decorrente de erro de procedimento, a qual ela jamais fez jus.

Por tais razões, meu voto dá provimento parcial ao recurso, nos termos da fundamentação.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1008579-47.2016.8.26.0037/50000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante AGRABEN ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., é agravado ADÃO PERPÉTUO DE CAMARGO (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 24624)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), NELSON JORGE JÚNIOR e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Agravo regimental - Ação declaratória de rescisão contratual - Justiça gratuita pleiteada em sede de apelação - Pessoa jurídica - O fato de

Acesso ao Sumário

encontrar-se em regime de liquidação extrajudicial não é, por si só, autorizador da benesse legal - Hipossuficiência financeira não comprovada - Justiça gratuita indeferida - Precedentes do STJ - Recurso negado.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto de decisão monocrática da relatoria de fls. 213/216 que indeferiu a justiça gratuita ou diferimento da taxa judiciária, concedendo o prazo de 5 dias para recolhimento do preparo recursal, pena de deserção.

Sustenta o agravante, em resumo, não possui condições financeiras de pagar o preparo recursal, fazendo jus aos benefícios da justiça gratuita por se encontrar em regime de liquidação extrajudicial. Balancete contábil juntado aos autos demonstra vultoso patrimônio líquido negativo, comprovando a insuficiência de recursos. Indeferimento do benefício prejudica a própria liquidação extrajudicial, em que se busca a recuperação de ativos postos em circulação para cobrir os passivos. Pugna pela reforma da decisão agravada concedendo-se ao agravante os benefícios da assistência judiciária.

É o relatório.

VOTO.

No caso vertente, o agravante requereu, em sede de recurso de apelação, os benefícios da justiça gratuita ou diferimento da taxa judiciária (fls. 190/197).

Por decisão da relatoria de fls. 213/216, referidos pedidos foram indeferidos, concedendo-se prazo de 5 dias para recolhimento do preparo, pena de deserção.

Insurge-se o agravante apenas na parte que indeferiu a justiça gratuita, defendendo a reforma da decisão unipessoal.

Nega-se provimento ao agravo regimental.

Os argumentos trazidos pelo agravante não justificam a reforma da decisão unipessoal agravada, clara ao fundamentar que a justiça gratuita foi indeferida por não comprovada, de modo cabal, a alegada inanição financeira.

Fato é que a agravante não demonstrou não possuir condições econômico-financeiras de arcar com as despesas do processo.

Pelo contrário, documentos que instrui os autos demonstra ter a agravante plena capacidade financeira para arcar com as despesas processuais.

Balancete financeiro juntado aos autos denota possuir a agravante elevado patrimônio líquido, capital social e lucros acumulados, além do que já recebeu elevada importância de consórcios e ainda possui considerável montante a

Acesso ao Sumário

receber (fls. 188/189), a afastar a alegada hipossuficiência financeira.

Portanto, embora o agravante se encontre em liquidação extrajudicial, de fato, não houve comprovação cabal da alegada dificuldade financeira, sem o que não há como deferir-se a assistência judiciária.

A propósito, a decisão agravada assim está fundamentada:

"A Lei, para fins de concessão da justiça gratuita, não distingue entre pessoa jurídica e física.

Art. 98 do CPC/2015: '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, na forma da lei'.

Todavia, a afirmação de que hipossuficiente financeiramente possui presunção relativa e cede na hipótese do Juiz encontrar elementos para afastar tal presunção.

Na hipótese, a despeito do alegado pela apelante, a decretação de liquidação extrajudicial, por si só, não é suficiente a comprovar a fragilidade econômica ou a hipossuficiência alegada.

Sobre o tema, tranquila a jurisprudência do STJ:

1. A jurisprudência desta eg. Corte entende que é possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica somente quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, não havendo falar em presunção de miserabilidade. 2. A concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica em regime de liquidação extrajudicial ou de falência depende de demonstração de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais. 3. Na espécie, foi consignado que, a despeito de se encontrar em regime de liquidação extrajudicial, o recorrente é empresa de grande porte que não logrou êxito em demonstrar, concretamente, situação de hipossuficiência para o fim de concessão do benefício da assistência judiciária. 4. Neste contexto, a modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido, como ora perseguida, demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 576.348/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 23/04/2015) (grifamos).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. 1. Ainda que em regime de liquidação extrajudicial, a concessão do benefício da justiça gratuita à pessoa jurídica depende de demonstração de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. As circunstâncias

Acesso ao Sumário

de fato consideradas pelas instâncias de origem para afastar a condição de hipossuficiente não são passíveis de revisão em recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 341.016/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013).

Não basta que a parte alegar encontrar-se em liquidação extrajudicial (já que mesmo nessa situação a empresa possui receita), devendo demonstrar-se a impossibilidade de suportar as despesas e custos do processo, situação essa não demonstrada pela apelante.

Reza a súmula 481 do STJ: 'Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais'.

No caso vertente, balanço patrimonial juntado aos autos denota que a empresa corré apelante possui considerável importância pendente de recebimento, além do que já recebeu elevados recursos de consórcios (fls. 188/189).

O balanço da recorrente aponta possuir elevado patrimônio líquido, capital social e lucros acumulados (fls. 188/189), elemento objetivo a denotar possuir a apelante condições de suportar a custas e despesas processuais.

Portanto, existindo nos autos elemento de convicção repelindo a alegada inanição financeira da corré apelante, nega-se a justiça gratuita.

O pedido de diferimento das custas ao final também não comporta guarida.

A presente ação não está contida nas hipóteses de concessão do diferimento de custas, a teor do art. 5º da Lei n º 11.608/03.

Art. 5º da Lei nº 11.608/03, que dispõe sobre Taxas Judiciárias no Estado de São Paulo: 'O recolhimento da taxa judiciária será diferido para depois da satisfação da execução quando comprovada, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira do seu recolhimento, ainda que parcial: I - nas ações de alimentos e nas revisionais de alimentos; II - nas ações de reparação de dano por ato ilícito extracontratual, quando promovidas pela própria vítima ou seus herdeiros; III - na declaratória incidental; IV - nos embargos à execução. Parágrafo único - O disposto no 'caput' deste artigo aplica-se a pessoas físicas e a pessoas jurídicas.'

Ademais, o mesmo fundamento de indeferimento da justiça gratuita, por não comprovar-se a incapacidade financeira, serve para o indeferimento do diferimento das custas.

Sobre o tema, precedentes:

TAXA JUDICIÁRIA - Embargos à execução - Decisão que determinou o recolhimento da taxa judiciária - Alegação da agravante de inexistência

Acesso ao Sumário

de previsão legal para o recolhimento da taxa - Art. 5º, IV, da Lei Estadual 11.608/03 que possibilita apenas o diferimento do recolhimento da taxa, em caso comprovado de impossibilidade financeira, inocorrente na espécie - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 383.983-4/4-00 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: De Santi Ribeiro 14.06.05)

CUSTAS - Taxa judiciária - Ação declaratória - Anulatória de títulos cumulada com indenização por dano moral - Pedido de recolhimento das custas ao final do processo - Indeferimento - Necessidade - Ação que não se insere entre as previstas pela Lei Estadual n. 11.608/03, nas quais o diferimento do pagamento da taxa judiciária é admitido somente quando comprovada a momentânea impossibilidade financeira do recolhimento - Recurso provido em parte (Agravo de Instrumento n. 7.060.925-7 - Americana - 15ª Câmara de Direito Privado - Relator: Cyro Bonilha 11.04.06).

Por isso, indefere-se a justiça gratuita e o diferimento das custas à apelante, concedendo-se o prazo de 5 (cinco) dias para recolhimento do preparo recursal, pena de deserção."

Por isso, **devem os agravantes recolher, no prazo derradeiro de 5 (cinco) dias, o preparo da apelação, pena de deserção.**

Ante o exposto, pelo meu voto nega-se provimento ao regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008444-71.2014.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante ILAINE FOGLI, é apelado LOUISE HELENE DIAS FRAGOSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29551)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2017.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Imissão de Posse - Autora

proprietária do imóvel com título registrado no Registro de Imóveis - Extinção sem resolução de mérito - Legítimo interesse e possibilidade jurídica do pedido reconhecidos - Para a procedência da ação de imissão de posse basta que fique comprovado o domínio do autor e a posse sem justo título do réu - Requisitos demonstrados nos autos - Procedência do pedido - Decisão Reformada. Recurso Provido.

VOTO

Trata-se de ação de imissão de posse requerida por Ilaine Fogli em face de Louise Helene Dias Fragoso.

A r. sentença de fls. 140/141, proferida pela Magistrada **ÉRICA RICCI** e aclarada a fls. 147, cujo relatório adoto, acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido agitada pela requerida e julgou extinto o processo com base no art. 267, inc. VI, do Cód. de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Irresignada, recorre a autora alegando, em apertada síntese, que é proprietária do imóvel onde foi edificado o Edifício Residencial Fabiana e, quando do registro da Instituição e Especificação de Condomínio aos 27/11/2013, deixou de ser proprietária de mera fração ideal e tornou-se legítima proprietária do apartamento nº 75, conforme Matrícula nº 38.125, do 1º Cartório de Registro de Imóveis. Aduz que os ocupantes do imóvel foram notificados para desocupação, sem sucesso. Pendem débitos de IPTU e condomínio, de aproximadamente R$ 30.000,00 e R$ 100.000,00, inclusive tendo sido ajuizada ação de cobrança pelo Condomínio contra a autora. Insiste que o contrato de locação apresentado pela requerida é fictício e foi firmado com data retroativa à julho de 2013, com terceiros que não são proprietários do bem. O Magistrado desconsiderou o direito real de propriedade e amparou a decisão em relação locatícia inexistente. Reforça que a matrícula do imóvel é prova inequívoca da titularidade do domínio da autora. Requer, então, o provimento do recurso para julgar procedente o pedido inicial, determinando a imediata desocupação do imóvel.

Recurso tempestivo e preparado a fls. 155, foi recebido no duplo efeito (fls. 157).

Contrarrazões da requerida a fls. 159/162 reforçando a existência de contrato de locação anterior à propriedade da autora, firmado em 03/07/2013 com vigência até 03/06/2018, com Alexandre Escaño e Noram Pereira Escaño. Afirma também que estes últimos estão impugnando judicialmente a propriedade

Acesso ao Sumário

da autora através do Processo nº 1007604-61.2014.8.26.0565.

Certidão a fls. 238 de decurso do prazo sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A irresignação recursal merece prosperar.

Trata-se de ação de imissão na posse pela qual a autora busca justamente obter a posse do imóvel descrito na matrícula nº 35.125 do 1º Cartório de Imóveis de São Caetano do Sul (fls. 23).

O imóvel em tela corresponde a uma unidade autônoma do Edifício Fabiana, construído em terreno do qual a autora era coproprietária.

E a Matrícula de fls. 23 não deixa dúvidas quanto ao título de domínio registrado em favor da apelante.

Ainda assim, mesmo reconhecendo expressamente a propriedade da autora de acordo com o Registro imobiliário, a r. sentença de fls. 140/141 acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e julgou extinto o processo sem resolução de mérito (CPC/73, art. 267, inc. VI) amparando-se em contrato de locação trazido pela requerida a fls. 67/69.

Pois bem.

Em primeiro lugar, e a despeito do que entendeu a Magistrada, é inegável o legítimo interesse e a possibilidade jurídica do pedido pretendida pela autora apelante.

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA esclarece que "***O que é necessário ficar estabelecido, porém é que a ação de imissão de posse - melhor seria dizer 'imissão na posse', apesar de se ter consagrado o emprego errôneo da expressão 'imissão de posse'- não tem por fim a defesa da posse, que é indiscutivelmente, o fundamento da tutela outorgada pelos interditos possessórios***". Conclui que essa ação "***... não protege uma posse que se tem e sim o direito a adquirir uma posse de que ainda não desfrutamos. Como a ação não protege a posse mas o direito à posse, torna-se evidente sua natureza petitória***" (*in* 'CURSO DE PROCESSO CIVIL' Vol. 2; 3ª Edição; 1998; Editora Revista dos Tribunais; SÃO PAULO-SP; p. 232).

A ação de imissão de posse, portanto, é uma ação "***real, e não uma ação pessoal, fundada em direito obrigacional, daí sua natureza executiva***" (cf. obra citada, pag. 238).

Na imissão não se discute a existência de um direito. O direito já é certo, líquido e exigível. O pedido, enfim, é torná-lo efetivo.

Portanto, para a procedência da ação de imissão de posse basta que fique comprovado o domínio do autor e a posse sem justo título do réu.

Esses requisitos estão demonstrados à saciedade nos autos.

Como já consignado, a Matrícula de fls. 23 comprova ser a autora a legítima proprietária do bem.

Já a posse da requerida vem amparada em simples contrato de locação juntado a fls. 67/69.

Esse contrato de locação parece mesmo ter sido "fabricado" apenas para a instruir a contestação desta ação.

Além de não ter qualquer firma reconhecida, o prazo de locação é bastante longo (60 meses), contado a partir de 03/06/2013, data anterior ao registro da incorporação do condomínio (novembro de 2013).

E mais. Nesse contrato de locação figuraram como locadores Noram Pereira Escaño e Alexandre Escaño, sendo que estes, conforme informou a própria requerida inclusive nas contrarrazões deste recurso, estavam discutindo a propriedade do bem em Ação de Adjudicação Compulsória nº 1007604-61.2014.8.26.0565.

Entretanto, em consulta realizada por nossa assessoria aos autos digitais dessa ação de adjudicação, verificou-se que foi extinta sem resolução de mérito depois de determinada pelo Magistrado a juntada dos contratos originais de promessa de compra e venda do imóvel.

Essa decisão, inclusive, já transitou em julgado no dia 05/09/2016.

De todo modo, também não se pode perder de vista que o contrato de locação só tem validade perante terceiros se registrado publicamente em Cartório, o que não ocorreu.

Por fim, deve ainda ficar consignado que a requerida (ou mesmo os que se intitularam locadores do imóvel - Noram Pereira Escaño e Alexandre Escaño) sequer vêm pagando as despesas de condomínio, cujos débitos já beiram os R$ 100.000,00, tendo o Condomínio ajuizado ação de cobrança contra a autora (Proc. nº 1002736-40.2014.8.26.0565), com sentença de procedência.

Tudo isso demonstra, inclusive, a má-fé da requerida, que busca apenas permanecer na posse do imóvel indevidamente em detrimento do direito real da autora.

Assim, o recurso merece provimento para determinar a desocupação do imóvel no prazo razoável de 15 (quinze) dias, sob pena de cumprimento da ordem por Oficial de Justiça.

E diante do desfecho dado à causa, deverá a requerida responder pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ora fixados em 15% do valor da causa.

Ante o exposto, pelo meu voto dou provimento ao recurso para os fins e efeitos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003238-79.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ, é apelado DIRLEUZA DO LIVRAMENTO ELIZEU SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.515)**

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

São Paulo, 3 de maio de 2017.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Plano de saúde. Apólice coletiva, estipulada por empregadora. Direito do funcionário aposentado de ver mantida a cobertura, para si e dependentes, permanecendo com a condição de beneficiário, mediante assunção do prêmio. Previsão do artigo 31 da Lei 9.656/98. Aposentadoria havida ainda enquanto vigente o contrato de trabalho. Abusividade da elevação. Devolução da diferença que se deve fazer, desde quando havida a cobrança a maior. Valor da parcela inicial, considerada para verificação da parte do empregador, fixada pela média, tal como deliberado, mas depois reajustada do mesmo modo que para os ativos. Sentença apenas neste ponto revista. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 233/241) que, confirmando em parte a decisão que antecipou os efeitos da tutela, julgou procedente a ação para: i) a manter o plano de saúde da autora nas mesmas condições estabelecidas quando da vigência do contrato de trabalho (*Plano Executivo I, dependentes Antônia da Silva Elizeu e Paulo Fernandes dos Santos*), mediante pagamento do valor do empregado ativo e mais a parte do empregador, "*calculada pela média dos valores pagos por esta nos seis meses anteriores a fevereiro de 2015, dividida pelo número de beneficiários atendidos*

na mesma modalidade de plano (Executivo I)"; ii) condenar a ré a pagar à autora eventuais valores cobrados a maior após fevereiro de 2015, a serem apurados em futura liquidação; iii) a arcar com o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados, por equidade, em 2.500,00.

Sustenta a ré, em sua irresignação, que houve interpretação equivocada das normas que regulamentam a matéria, de que o contrato deveria estar incluído no mesmo grupo dos funcionários ativos da empresa e que o valor da mensalidade seria a simples soma do valor que pagava com aquele que era pago pelo empregador. Defende o poder normativo e a legalidade da Resolução Normativa n. 279 da ANS, asseverando que sua conduta preenche todos os requisitos normativos, e que com a manutenção da sentença se estará criando obrigação além daquelas determinadas pela regra, em ofensa ao princípio da legalidade e segurança jurídica. Assevera que o valor da mensalidade dos planos de saúde de ativos e aposentados possuem tabelas distintas, devendo ser cobrado o valor da carteira dos inativos, inclusive em conformidade com posicionamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em caso similar, em que se entende que o art. 31 da Lei 9.656/98 garante as mesmas condições de cobertura assistencial e não o mesmo preço de mensalidade. Defende a inocorrência do dano material, sustentando o descabimento da devolução em dobro dos valores supostamente cobrados a maior, uma vez que ausente cobrança indevida no caso. Por fim, argumenta que a apelada ao menos deve custear o valor integral do plano de saúde cobrado dos funcionários ativos, que corresponde à parcela que arcava enquanto funcionário do Banco, somada à quantia custeada pelo ex-empregador, bem como que os reajustes aplicados sejam equivalentes aos aplicados aos funcionários da ativa.

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

A sentença não comporta senão pequeno reparo.

De pronto, anote-se que a insurgência, antes que propriamente voltada a questionar a incidência do artigo 31 da Lei dos Planos de Saúde, discute o valor da contribuição para manutenção da cobertura.

Neste contexto, não controvertida a incidência do preceito, certo que isto implica a manutenção da cobertura, mas assumindo o empregado o pagamento integral do prêmio.

Sobre o valor da quota do empregador a ser assumida pelo beneficiário, deve-se ressaltar que a migração de apólice de ativos para a de inativos, a que se refere o recurso para justificar o aumento que a autora reputa abusivo, não pode ser um instrumento que desloque o empregado de seu regime próprio de cobertura, garantido por lei, favorecendo uma elevação desproporcional do que, para ele, era o custo de seu plano de saúde. Pagar a totalidade do prêmio é uma

Acesso ao Sumário

coisa. Vê-lo elevado em muitas vezes, por adesão a plano novo, próprio para os inativos, é outra.

Com efeito, se a ideia do legislador foi a de que a cobertura permanecesse a mesma, apenas carreando-se ao beneficiário o pagamento da parte que coubesse ao empregador, então não se há de admitir que a duplicidade de apólice ou mesmo resolução do CONSU ou ANS signifiquem uma completa mudança das condições do seguro.

Dito de outro modo, o mecanismo não pode ser tomado como meio oblíquo de obviar a incidência do regime de cobertura do beneficiário.

O único requisito que se erige no artigo 31 da Lei 9.656/98 é a assunção, pelo beneficiário, da totalidade do valor do prêmio que se pagava. Isto é, além de sua própria contribuição, no caso descontada de seu salário, deve passar a suportar a parte com que contribuía o empregador.

A respeito, ou seja, para apuração do valor total da mensalidade, considerando a parte do ex-empregador, a sentença fixou exatamente a forma do cálculo: "*E, para cálculo dessa quantia, faz-se necessário considerar a média do valor recebido pela ré da ex-empregadora da autora - Banco Itaú Unibanco S.A., nos seis meses anteriores a fevereiro de 2015, para custeio do plano de saúde coletivo do qual benficiária à autora - Executivo I (fls. 21), e dividir tal montante pelo número de beneficiários deste plano, obtendo-se quantia que será a devida pela autora com o contribuição de sua ex-empregadora.*".

Apenas aqui é que cabe ressalva, desde que, apurado o valor da mensalidade, não se expressa a questão dos reajustes e se deixa entrever a possibilidade de incidência da ANS, como requerido na inicial, e afinal porque procedente o pedido.

Mas, a propósito, cabe desde logo aceder, com a ressalva da posição que nesta Câmara se vinha adotando, mas já objeto de alteração **(TJSP, Ap.civ. 1065059-50.2016.8.26.0100, Des. Relator Francisco Loureiro, j. 22.2.2017; Ap.civ. 0199442-21.2012.8.26.0100, Des. Relator Francisco Loureiro, j. 31.1.2017)**, assim agora com a ressalva da posição pessoal deste relator, à orientação da Corte Superior, no sentido de que os valores pagos pelo ex-empregado devem seguir a sorte dos valores pagos pelos funcionários ativos, portanto observadas as mesmas condições e valores do plano paradigma. Confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. APOSENTADORIA DO BENEFICIÁRIO. MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E VALORES DE CONTRIBUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 31 DA LEI Nº 9.656/1998. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ.

Acesso ao Sumário

1. A melhor interpretação a ser dada ao caput do art. 31 da Lei 9.656/1998, ainda que com a nova redação dada pela Medida Provisória 1.801/1999, é no sentido de que deve ser assegurada ao aposentado a manutenção no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição, desde que assuma o pagamento integral desta, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que o ex-empregador tiver que custear.

2. Tendo o tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos e no contrato, concluído que o valor das mensalidades não é abusivo, a revisão de tal entendimento atrai a aplicação das Súmulas nºs 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental não provido."

(STJ, AgReg no AREsp 481.748/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 19.5.2015)

Por fim, no que tange a devolução do indébito, como já mencionado, o valor devido não é o que vinha sendo cobrado pela apelante, de forma que deverão ser devolvidos os montantes pagos a maior, na forma estabelecida pela sentença, ou seja, de maneira simples. Assim, a repetição de todos os valores pagos a maior deve ser feita a partir do momento de sua cobrança, a quantificar em liquidação.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1097647-47.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VITORIA DE CASSIA BATISTA FERREIRA LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados YASUDA MARITIMA SEGUROS S.A e VILA COUNTRY MACLEMON LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27738)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 5 de maio de 2017.

JAMES SIANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS. Autora agredida no interior de casa noturna por outro frequentador. Pretensão de reparação dos danos em face da casa noturna. Sentença de improcedência.

Apela a autora sustentando a responsabilidade objetiva em razão da relação de consumo; sofreu fratura e necessitou de cirurgia para reparação; há demonstração dos danos e do nexo causal; faz jus à reparação pelos danos materiais e morais.

Cabimento parcial.

O evento narrado restou incontroverso. Ainda que não se possa exigir a presença de um segurança ao lado de cada pessoa, a agressão da autora por terceiro no interior do estabelecimento não pode ser entendido como um risco assumido pelo consumidor ao dispor-se a frequentar o estabelecimento para entretenimento. A existência de possível confusão anterior só reforça a demora na segurança do local em tomar medidas que impedissem a agressão da autora. Dever de indenizar configurado.

Danos materiais carecem de demonstração razão pela qual são impassíveis de fixação ante apontamento de mera expectativa. Danos morais configurados. Fixação em R$10.000,00.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 222/225 que julgou improcedente a ação de reparação por danos por Vitória de Cassia Batista Ferreira Lima em face de Vila Country Maclemon Ltda. e Outro.

Apela a autora (f.241/250) sustentando: (i) foi agredida por um homem no interior do banheiro feminino, os seguranças da casa noturna além de não evitarem o ataque, facilitaram a evasão do agressor; (ii) sofreu fratura, necessitou de cirurgia para reparação e ficou afastada de suas atividades; (iii) há relação de consumo a ensejar a aplicação da lei de consumo; (iv) há demonstração do dano, presente ainda o nexo causal; (v) faz jus à reparação pelos danos materiais e morais experimentados.

Recurso respondido (f.257/273).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Prosperam em parte as razões recursais.

A autora relata ter sido agredida no interior de sanitário feminino da casa noturna por homem que teria invadido o local. Em razão da agressão sofreu fratura no nariz necessitando de cirurgia reparatória.

A situação restou incontroversa até porque o fato ensejou o registro de boletim de ocorrência no local (f.19/21), além de encaminhamento da autora à enfermaria para primeiros cuidados.

A sentença em que pese ter reconhecido a responsabilidade objetiva do estabelecimento em razão da patente relação de consumo, afastou a responsabilidade por fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima.

Ocorre, contudo, que eventos desta natureza não são esperados e enfrentados como risco inerente à relação de consumo que se estabelece pelo consumidor ao resolver frequentar qualquer estabelecimento para entretenimento.

Conquanto não se possa exigir da casa noturna a presença de um segurança ao lado de cada pessoa, evitar a invasão de sujeito masculino em sanitário feminino parece ser o mínimo a ser resguardado dentro dos limites de segurança esperados dentro de um espaço de eventos comumente cheio por seus frequentadores.

A segurança dos usuários do local é inerente à relação de consumo existente entre as partes, patente o dever de reparar.

Com relação ao pedido de danos materiais, inexiste demonstração do valor desembolsado para custeio da cirurgia reparatória, razão pela qual não se faz possível determinar a devolução de valor meramente estimativo.

Por outro lado, evidente que o dano deflagrado no interior do estabelecimento excedeu ao mero dissabor, caracterizados os danos morais a ensejar a reparação correspondente.

Não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da compensação, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, o valor da indenização, deve ser fixado com equidade e moderação, não podendo ser tão baixo a ponto de fazer com que o ofensor deixe de perceber a reação do ordenamento jurídico à lesão praticada, nem tão elevado a ponto de servir como fonte de enriquecimento sem causa por parte do lesado.

Diante das circunstâncias específicas do caso e almejando-se atender ao escopo satisfatório e punitivo da compensação moral, afigura-se adequada a fixação dos danos morais em R$ 10.000,00, valor razoável, tomando-se por parâmetro a natureza da ofensa e o porte econômico dos envolvidos.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da autora para

Acesso ao Sumário

condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais em R$10.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012052-36.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante REGINALDO MARQUES LUQUETTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S/A.

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 12646)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 2 de maio de 2017.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação. Seguro residencial. Avarias decorrentes de águas pluviais, tais como rachaduras, trincas e umidade nas paredes, alegando a possibilidade de desmoronamento. As condições de cobertura da apólice estão claras na própria cartela publicitária e no início do capítulo das coberturas, constando das condições da apólice a exclusão expressa dos riscos indicados na inicial no capítulo denominado "exclusões gerais". O efeito da revelia não induz procedência do pedido e nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados, principalmente, como no caso, a prova documental existente firma presunção oposta àquela operada pela revelia. Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O autor ajuizou ação contra ZURICH BRASIL SEGUROS S/A requerendo indenização de apólice de seguro residencial. Alega que fez seguro para cobrir danos no imóvel em que reside como locatário e começou a observar o aparecimento de avarias decorrentes de águas pluviais, tais como rachaduras,

trincas e umidade nas paredes, o que pode levar ao desmoronamento.

A sentença de fls. 89/91, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação.

Apelação interposta às fls. 94/102 na qual o autor alega que anuiu junto à ré um contrato de adesão para aquisição de uma apólice de seguro residencial n. 01.14.0003748, dentro do estabelecimento das Lojas Riachuelo. Diz ser locatário do imóvel residencial localizado na Alameda Demostenes, n. 8-45, Parque Rosevelt, Bauru/SP. Afirma que, no primeiro semestre de 2016, houve grande volume de chuvas, o que iniciou o aparecimento de avarias no imóvel objeto do seguro. Em decorrência das águas pluviais as paredes apresentam rachaduras, trincas e umidades que poderão comprometer a estrutura do imóvel, podendo levar ao desmoronamento, necessitando reparos com urgência. Alega que as cláusulas restritivas de cobertura devem ser interpretadas favoravelmente ao segurado, de acordo com os limites da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de se manter o equilíbrio das partes diante da relação entabulada. Alega que fortes chuvas normalmente vêm acompanhadas de ventos de larga escala (vendaval), de tal maneira que a cláusula 9.5, "a", do contrato deve ser interpretada de maneira mais favorável ao apelante. Requer a anulação da sentença, determinando a remessa dos autos para a primeira instância para colheita de provas pertinentes à constatação dos defeitos e aferição dos valores do imóvel, mediante a realização de perícia para tanto.

É o relatório.

O autor expressamente relata na inicial:

"*O requerente procurou por profissionais da área, sendo que todos foram uníssonos em relatar que as avarias decorrem das águas pluviais.*

As paredes apresentam rachaduras, trincas, e umidades que poderão comprometer a estrutura do imóvel, podendo levar ao desmoronamento, que segundo os profissionais consultados devem ser realizados reparos com extrema urgência".

Ressalta-se que em momento algum houve menção à realização de perícia para apurar a causa dos danos existentes, mas, diante da afirmação retro, de que a as avarias decorrem das água pluviais, apenas requereu a realização de perícia técnica a ser realizada na oportuna fase processual.

Assim, resta a análise da cobertura contratual acerca de danos causados por águas pluviais.

O contrato detalha as EXCLUSÕES GERAIS, sendo que, dentre estas consta: "*vício intrínsico, má qualidade, desgaste natural ou pelo uso, deterioração gradativa, umidade, mofo*".

Assim, conforme constou da sentença, as condições de cobertura da apólice estão claras na própria cartela publicitária (fls. 16) e no início do capítulo

Acesso ao Sumário

das coberturas (fls. 18), constando das condições da apólice a exclusão expressa dos riscos indicados na inicial no capítulo denominado “exclusões gerais” (fls. 21).

O efeito da revelia não induz procedência do pedido e nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados, principalmente, como no caso, a prova documental existente firma presunção oposta àquela operada pela revelia.

Na propaganda para contratação do seguro (fls. 16) consta que, por apenas R$ 6,95, debitados mensalmente no cartão Riachuelo, o adquirente do seguro residencial premiável protege sua casa contra eventos como: incêndio, raio, explosão e implosão; impactos de veículos terrestres; perda ou pagamento de aluguel em virtude de sinistros previstos pelo contrato; responsabilidade civil familiar e seguro de acidentes pessoais no valor de R$ 5.000,00.

Ainda, consta como objetivo do seguro o pagamento de indenização ao segurado por prejuízos de origem súbita, imprevista e acidental, diretamente decorrentes de eventos cobertos, como os fatos descritos na publicidade e que não condizem com o evento chuva, totalmente previsível, e que deteriora de forma gradativa e não súbita.

As coberturas aos danos causados no imóvel estão expressas, bem como as exclusões das coberturas, de modo que não procede a pretensão do autor em se ver ressarcido por eventos não cobertos.

A recusa não é abusiva na medida em que a fundamentou em dispositivos previamente ajustados, conforme as condições gerais do seguro contratado.

As cláusulas limitativas de responsabilidade não são vedadas. Até porque o prêmio pago guarda nítido cálculo atuarial em relação ao risco assumido. O que não se deve permitir, o que é bem diferente, com base no Código do Consumidor, é apenas a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas. Limitar a responsabilidade é o procedimento normal em qualquer contrato de seguro. E na medida em que se despreza a autonomia da manifestação de vontade, cria-se a insegurança jurídica, desrespeita-se o ato jurídico perfeito e acabado. O Poder Judiciário não pode criar obrigações contratuais inexistentes. Pode e deve coibir o abuso do direito, o que inocorreu no caso.

Acesso ao Sumário

Neste sentido:

> SEGURO. EMPRESARIAL. INDENIZAÇÃO. RECUSA NO PAGAMENTO DE COBERTURA DE PREJUÍZOS ADVINDOS DE INTEMPÉRIE CLIMÁTICA. DISCUSSÃO SOBRE A VALIDADE DE CLÁUSULA QUE EXCLUI DETERMINADOS BENS DA COBERTURA. ABUSIVIDADE, CONTUDO, NÃO OBSERVADA. EXCLUSÃO EXPRESSA. VALIDADE. AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. VERBA INDEVIDA. AÇÃO JULGADA

IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível n. 0007019-60.2011.8.26.0038, Rel. Des. Vito Guglielmi).

Do exposto, mantida a improcedência da ação. Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000669-23.2014.8.26.0462, da Comarca de Poá, em que é apelante CRUZ AZUL SAÚDE E EDUCAÇÃO, são apelados SÔNIA MARIA DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA) e ALTAIR LÁZARO DE MORAES (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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.950)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Plano de saúde. Contrato de prestação de serviços de assistência médica e hospitalar. Aplicabilidade do CDC (Súmula 469 do C. STJ). Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC e art. 6º, V, do CDC). Relativização da 'pacta sunt servanda'.

Denunciação da lide. Pretensão de denunciação da empresa terceirizada contratada pela ré. Inadmissibilidade. Exegese do art. 88 do CDC. Precedentes. Não incidência, ademais, das hipóteses do art. 70 do CPC (art. 125 do NCPC). Delimitação de atribuições que não deve ser invocada para lesar o consumidor. Tese repelida. Preliminar afastada.

Danos morais. Falha na prestação de serviços médicos e hospitalares. Início de procedimento cirúrgico autorizado sem a necessária conferência do material

Acesso ao Sumário

cirúrgico a ser utilizado. Constatação de material faltante após a submissão da paciente aos riscos da anestesia e da entubação. Conduta que amplificou a aflição psíquica e o estresse prévio e posterior ao ato cirúrgico, causando à conveniada concreta situação de impotência. Cirurgia interrompida e realizada dias depois. Danos morais configurados. Indenização cabível. Malferimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), vértice básico do dano moral. Responsabilidade civil perante o consumidor que é objetiva. Hipótese de flagrante abuso de direito. Prestadora de serviços que agiu com menoscabo à situação da segurada. *Quantum* indenizatório arbitrado em R$ 7.000,00 (à autora) e R$ 2.000,00 ao coautor. Montante proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944 do Cód. Civil). Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença que julgara parcialmente procedente a ação indenizatória para condenar a ré a restituir aos autores o valor de R$ 581,94, bem como a indenizá-los a título de danos morais, no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) para a autora e R$ 2.000,00 (dois mil reais) para o autor, atualizado desde o arbitramento (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento (Súmula 54 do STJ), extinguindo o processo (fls. 562/565), apela a operadora de saúde (fls. 567/601) postulando a reforma do julgado.

Em suas razões recursais sustenta, em síntese, que:

a) há grande discrepância entre o verdadeiramente ocorrido e o alegado pelos recorridos;

b) a questão atinente ao material faltante no momento do ato cirúrgico em nada diz respeito à conduta omissiva ou comissiva do nosocômio recorrente, mas sim, unicamente à empresa Steel Surgical Comércio de Materiais Cirúrgicos Ltda;

c) referida empresa é responsável por fornecer os materiais atinentes à cirurgia, bem como por encaminhar, a título de comodato, os instrumentais cirúrgicos e o instrumentador responsável pela conferência, durante e após a cirurgia;

d) a instrumentadora da Steel Surgical somente verificou a ausênia de um dos instrumentais que deveria ter sido enviado pela empresa (Caixa Cervical)

Acesso ao Sumário

quando a paciente já estava sob efeito de anestesia;

e) a instrumentadora Ana Paula não é empregada e/ou preposta a Cruz Azul de São Paulo, e sim trabalha para a empresa Steel Surgical Comércio de Materiais Cirúrgicos;

f) disponibilizou integralmente toda a sua estrutura em prol da requerente, tendo seus ânimos frustrados em razão de conduta de outrem;

g) a empresa Steel foi quem deu causa à realização da cirurgia para seis dias depois, sendo de rigor o deferimento da denunciação à lide e inclusão da aludida empresa no polo passivo da ação;

h) houve evidente dramatização desnecessária acerca do caso, pois, diversamente do alegado, nunca esteve a recorrida Sônia sob a iminência de risco de morte, ou mesmo menor lesão à sua saúde;

i) não houve erro, negligência ou imperícia por parte da instituição hospitalar e, consequentemente, não há que se cogitar qualquer responsabilidade, cuja indenização se persegue;

j) não há cobertura dos materiais importados pela autarquia "C.B.P.M.", da qual a recorrida é beneficiária;

k) não houve nenhuma infringência de um dever contratual, legal ou social, ressaindo a impossibilidade, dentro das normas de conduta, de constituir ato ilícito;

l) não houve dano patrimonial, sendo inviável e ilegal o ressarcimento da integralidade dos valores despendidos;

m) inexiste solidariedade entre o hospital e os profissionais médicos. Requer o provimento do apelo.

Recurso preparado e respondido (fls. 606/616).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 621).

É o relatório.

Da preliminar de denunciação da lide: rejeição

De plano, a preliminar de denunciação da lide não vinga.

Com efeito, em se tratando de relação de consumo (Súmula 469 do STJ), é inaplicável a denunciação da lide com fundamento no art. 70 do CPC (art. 125 do NCPC), ante a disposição contida no art. 88 do CDC.

Nesse sentido, colhem-se os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1196900/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014; EDcl no Ag 1249523/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2014; AgRg no AREsp 501.633/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2014; AgRg no AREsp 439.631/SE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado

Acesso ao Sumário

em 17/12/2013; REsp 1286577/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2013; REsp 1305780/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2013.

Fosse como fosse, ainda que admitida excepcionalmente a denunciação da lide, o chamamento da empresa Steel Surgical Comércio de Materiais Cirúrgicos Ltda. ao processo seria inadequado ante a prolação da sentença.

De fato, tal implicaria em prejuízo aos apelados, colidindo com a finalidade primordial das normas do consumo, que é a proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica.

Destarte, incabível a pretendida intervenção da fornecedora de materiais cirúrgicos.

Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e da possibilidade de revisão contratual

Trata-se de relação jurídica que envolve a aplicação do CDC, nos moldes da Súmula 469 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual declara, *verbis*:

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

Marque-se que um dos pontos capitais da tutela jurídica do consumidor finca-se na defesa deste contra práticas empresariais desleais, enganosas, desproporcionais e ilegítimas.

Esse foi, na verdade, o principal vetor e a própria razão de ser e existir do CDC, máxime porque o pretérito modelo de comércio era absolutamente obsoleto à luz dos valores que permeiam a sociedade pós-moderna.

Além disso, as partes se enquadram perfeitamente na definição do consumidor e do fornecedor do serviço.

Fixe-se que é irrelevante o fato de a recorrente apresentar-se como entidade filantrópica, vez que não há nenhuma dúvida de que opera planos de saúde.

Noutro quadrante, a possibilidade de revisão dos negócios jurídicos envolvendo planos de saúde é temática exaurida nos Pretórios.

Com efeito, tal decorre da nova feição do Direito Civil, que, relativizando a aplicação do princípio do "pacta sunt servanda", impõe o diálogo entre a autonomia privada, a boa-fé e a função social do contrato.

A propósito, lapidar o V. Acórdão relatado pelo Emitente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, *verbis*:

> "A revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do *pacta sunt servanda*"

Acesso ao Sumário

(AgRg no Ag 1383974/SC).

Nesse tom, colhem-se os seguintes precedentes do C. STJ: AgRg no REsp 1334008/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, j. 12/08/2014; AgRg no AREsp 188.198/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, j. 07/11/2013; REsp 1102848/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, j. 03/08/2010, entre outros.

Na mesma diretriz, o Enunciado 23 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> "A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana" (*in* Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Código Civil e Legislação Civil em Vigor, Editora Saraiva, 24ª Edição, página 120).

Por essa lente, a insurgência articulada pela recorrente não possui maior relevo.

Ressalte-se, ainda, que o contrato de seguro-saúde é contrato de adesão, no qual não é assegurada ao aderente a discussão de suas cláusulas.

Acerca desta temática, preleciona CLÁUDIA LIMA MARQUES:

> "Em matéria contratual, não mais se acredita que assegurando a autonomia da vontade e a liberdade contratual se alcançará, automaticamente, a necessária harmonia e equidade nas relações contratuais. Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais do contrato. Hoje esses métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes um autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente. É uma realidade social bem diversa daquela do século XIX, que originou a concepção clássica e individualista do contrato, presente em nosso Código Civil de 1917" (Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais, Revista de Direito do Consumidor, n. 1, pág. 27).

Prevalecem, ademais, o princípio da hipervulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC) e a interpretação contratual mais favorável ao aderente (art. 47, CDC).

Do procedimento cirúrgico e dos danos morais pela falha na prestação dos serviços

Do enredo dos autos, tem-se que a autora, conveniada ao plano de saúde ofertado ré (fls. 39), apresentara diagnóstico de artrodese de coluna cervical (fls.

Acesso ao Sumário

60).

Adveio, então, a necessidade de submissão à intervenção cirúrgica para descompressão, a qual não foi realizada por falta de fornecimento do material (*hemostático absorvível*) por parte do fornecedor autorizado pelo convênio (fls. 75).

Pois bem.

Não se discute a necessidade da intervenção cirúrgica promovida para o restabelecimento da saúde da segurada.

A ré, aliás, não nega a patologia que a acometera, tampouco a indicação médica para o tratamento.

Restara incontroverso (art. 374, III, do CPC), pois, que o procedimento cirúrgico prescrito era adequado e necessário.

No entanto, restara evidenciada a falha na prestação do serviço pela recorrente.

Nesse tom, cumpre reprisar a detida análise formulada pela ilustre magistrada sentenciante, *verbis*:

> "O estabelecimento réu comprometeu-se a prestar serviços cirúrgicos à requerida, para reparação de lesões na coluna. Para tanto, cobrou dos autores o pagamento de materiais e instrumentos não cobertos pelo plano de saúde, no valor de R$ 2.502,40, que foi integralmente quitado pelos autores. Contudo, somente na data do ato cirúrgico, após anestesia geral e entubação da paciente, deram-se conta da falta de instrumental cirúrgico, inviabilizando a realização da cirurgia.
>
> Evidenciada, então, a negligência e a imprudência da equipe médica da requerida, que iniciou procedimento cirúrgico em pessoa idosa sem conferir a presença de todos os materiais necessários para a realização do ato, submetendo a paciente aos riscos da anestesia e da entubação e ao estresse prévio e posterior ao ato cirúrgico.
>
> No caso, sequer haveria a necessidade de demonstração da culpa da equipe da ré, já que, como salientado, a responsabilidade da fornecedora pela reparação dos danos causados aos consumidores por falha na prestação do serviço é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, somente se eximindo de responsabilidade se provada uma das hipóteses do § 3º do referido dispositivo, o que não ocorreu no caso.
>
> A requerida tenta eximir-se da obrigação, atribuindo a falha na prestação do serviço a terceiro, sustentando que a responsabilidade pela suspensão do procedimento cirúrgico é exclusivamente da empresa contratada para o fornecimento do instrumental, a qual é responsável pela conferência, pelo manuseio e pela tutela do referido material.
>
> Ocorre que a empresa em questão não foi contratada pela consumidora para realização de qualquer serviço, não mantendo com ela qualquer relação. Na verdade, trata-se de empresa especializada

Acesso ao Sumário

contratada pela requerida, para a terceirização do serviço de instrumentação cirúrgica. Assim, se a requerida comprometeu-se perante o consumidor a realizar cirurgia ortopédica e, por sua conta e risco, optou por terceirizar parte do serviço, deve responder perante o consumidor pela falha da empresa contratada, cabendo-lhe ressarcimento pela via adequada, oportunamente.

No caso, em especial, além de se cogitar falha grave da empresa contratada pela ré, evidencia-se a negligência e imprudência da própria equipe médica da ré, que autorizou o início do procedimento cirúrgico antes mesmo da conferência realizada pelo 'CHECK LIST DE SEGURANÇA CIRÚRGICA' (fls. 86), o qual é de responsabilidade do médico anestesista, da equipe de enfermagem e do cirurgião, e não da instrumentadora. Caso a conferência tivesse sido realizada com a antecedência necessária pela equipe da ré, o ato cirúrgico teria sido cancelado sem qualquer intervenção ou prejuízo à paciente.

Assim, evidenciada a falha na prestação do serviço pela ré (...)" (fls. 563/564).

Inconteste que a conduta evidencia o menoscabo da seguradora com a situação evidenciada.

Houve, assim, o ferimento do dever elementar da preservação da dignidade, signo da pessoa humana, à margem do regime jurídico em vigor, o que sobeja.

Com efeito, a inércia explicitada, porque amplifica a aflição psíquica e causa situação de impotência, fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), vértice básico do dano moral, certo que a injusta recusa confere justa causa à fixação de indenização.

Marque-se que a responsabilidade civil perante o consumidor é objetiva e solidária (Lei nº 9.656/98, c.c. arts. 7º, parágrafo único; 14, *caput*, e 25, § 1º, da Lei n. 8.078/90), o que, ordinária e necessariamente, provoca o descabimento da conduta da operadora de saúde.

É caso de flagrante abuso de direito (art. 187 do Cód. Civil), o qual deve funcionar como limite ao exercício do direito subjetivo da ré.

Aplicável, pois, o enunciado 37 do CJF, *verbis*:

"*Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*".

Além disso, importa iluminar que o dano sofrido pela autora é de natureza *in re ipsa*, ou seja, dispensa a prova na espécie.

Justa, portanto, a fixação de indenização com vistas a repará-lo.

Nesse sentido, colhem-se precedentes desta C. Corte de Justiça:

"PLANO DE SAÚDE - Demora de vários meses na emissão de autorização para realização de procedimento cirúrgico tido como urgente

Acesso ao Sumário

(cirurgia bariátrica) - Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Irresignação da autora com relação ao não reconhecimento dos danos morais - Cabimento - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Incumbe ao médico assistente e não à operadora do plano de saúde definir a terapêutica adequada a seu paciente - Dano moral 'in re ipsa', decorrente da recusa em autorizar cirurgia prescrita em caráter de urgência pelo médico da autora - Indenização arbitrada em R$10.000,00. Observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Precedentes da desta Corte. Correção monetária contada do arbitramento - Súmula 362 do STJ - Juros moratórios contados da citação. Improcedência revertida, julgando-se a ação procedente em parte. Sucumbência recíproca. Recurso provido" (Apelação nº 0007018-94.2011.8.26.0161, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. WALTER BARONE, j. 23/09/2014, *grifamos*).

"PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Decreto de procedência. Demanda que busca a cobertura para tomografia de coerência óptica. Alegação da seguradora, de ausência de negativa, que não se sustenta (ilógico seria o ajuizamento da demanda, caso tivesse havido autorização para o exame) - Conjunto probatório indicativo da ausência de profissional credenciado para realizar o procedimento. Cobertura devida. Dano moral ocorrente, resultado do sofrimento da autora, com a negativa de cobertura, não obstante sua grave enfermidade (com perda progressiva da visão) - Recusa da ré que, na hipótese extrapolou a mera discussão acerca da cobertura contratual - Fixação em R$ 6.000,00 que não se mostra apta a reparar o dano causado. Cabível sua majoração para R$ 10.000,00 (conforme postulado pela própria autora no recurso que interpõe). Montante que se mostra compatível com o dano causado, sem ensejar o enriquecimento da requerente - Sentença reformada. Recurso da autora provido, improvido o da ré" (Apelação nº 4011060-55.2013.8.26.0224, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. SALLES ROSSI, j. 09/04/2014, *grifamos*).

"DANO MORAL - Indenização - Demora na liberação da guia de autorização para a realização de cirurgia - Cirurgia de urgência realizada somente após o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela - Descumprimento do contrato que, no caso, gera dano moral. Sentença que condena a operadora ao pagamento de indenização, mantida. Recurso não provido" (Apelação nº 0014780-19.2012.8.26.0003, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. 08/10/2013, *grifamos*).

"Plano de Saúde. Reparação de danos materiais e morais (…). Evidente falha na prestação do serviço da ré que gera o dever de indenizar à luz do Código de Defesa do Consumidor. Inegável a indignação dos autores diante da não autorização na cirurgia de emergência. A situação enfrentada ultrapassou os limites do mero aborrecimento, caracterizando

Acesso ao Sumário

o dano moral passível de indenização. Fixação do quantum indenizatório com base no princípio da razoabilidade. Apelação improvida" (Apelação nº 0021712-71.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. PEDRO DE ALCÂNTARA, j. 05/12/2012, *grifamos*).

"Ação declaratória de obrigação e fazer cumulada com danos morais. Plano de saúde. Autora que precisou realizar cirurgia, porém se deparou com a negativa do plano para tratamento coberto pelo mesmo. Sentença que dá provimento ao pedido de declaração de obrigação de fazer do plano, confirmando as tutelas antecipadas que o obrigavam a autorizar os tratamentos cirúrgicos. Autora apela em relação aos danos morais. Reconhecidos os danos psíquicos causados pela demora na autorização e realização da cirurgia. Inversão dos ônus sucumbenciais. Recurso provido" (Apelação nº 0016355- 93.2011.8.26.0004, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. FÁBIO QUADROS, j. 11/12/2014).

"PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL. Cirurgia urgente. Demora injustificada na autorização de sua realização. Remarcações sucessivas. Dano moral caracterizado. Indenização arbitrada com razoabilidade [R$ 10.000,00]. Sentença mantida. Recurso desprovido" (Apelação nº 0037798-22.2011.8.26.0224, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. MOREIRA VIEGAS, j. 17/09/2014, *grifamos*).

"Plano de saúde - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Aplicação da Súmula nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Demora excessiva para autorização de cirurgia buco-maxilar - Autorização concedida por força de liminar - Entraves burocráticos não podem expor a vida e saúde do consumidor a riscos. Existência de dano moral indenizável na hipótese. Indenização fixada em R$ 10.000,00. Dá-se provimento ao recurso interposto pelo autor e nega-se provimento ao recurso interposto pela ré" (Apelação nº 4001861-53.2013.8.26.0565, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CHRISTINE SANTINI, j. 02/12/2014, *grifamos*).

"PLANO DE SAÚDE - Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais - Procedência bem decretada - Alegação da ré de que não se negou a autorizar o procedimento - Demonstração que houve condicionamento da liberação somente após a realização de auditoria médica, atrasando a efetivação da cirurgia - Situação que demandava atendimento mais célere em decorrência do quadro clínico apresentado - Dano moral - Cabimento - Demora na autorização do procedimento - Valor fixado [R$ 7.240,00] que se mostra razoável para compensar o sofrimento moral suportado pela requerente. Recurso desprovido" (Apelação nº 0009810-05.2013.8.26.0564, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. GALDINO TOLEDO JÚNIOR, j. 07/10/2014, *grifamos*).

"PLANO DE SAÚDE - Demora de quase 1 ano na liberação da autorização para a realização de cirurgia no joelho do autor - Cobertura de tal procedimento pelo plano de saúde que é incontroversa - Hipótese

Acesso ao Sumário

em que a autorização só foi dada em cumprimento da liminar concedida pelo juízo a quo. Abuso por parte do plano de saúde - Recusa do plano de saúde que agravou a situação de angústia do autor - Danos morais configurados - Valor ora fixado em R$ 10.000,00 - Majoração dos honorários advocatícios - Recurso provido em parte" (Apelação nº 0006616-81.2012.8.26.0224, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. RUI CASCALDI, j. 23/09/2014, *grifamos*).

"PLANO DE SAÚDE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Autora portadora de estenose lombar - Discopatia degenerativa e hérnia discal central mediana - Indicação do cirurgião para artrodese de coluna com a utilização de material de osteossíntese - Demora injustificada na autorização para procedimento cirúrgico de urgência - Atraso atribuído à necessidade de realização de cotação dos materiais cirúrgicos requisitados, falta de relatório médico específico com lista tríplice de materiais, a par de se tratar de procedimento eletivo e não de emergência - Descabimento - Obrigatoriedade de a cobertura abranger todos os procedimentos ligados aos males por ela cobertos, como o presente - Contrato regido pela Lei 9656/98, lei de ordem pública - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Dano moral configurado - Decreto de procedência mantido - Apelo improvido" (Apelação nº 0026536-88.2012.8.26.0564, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. LUIZ AMBRA, j. 08/05/2013, *grifamos*).

"Apelação. Ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer. Plano de saúde. Falta de interesse de agir não verificada. Cirurgia no joelho. Diagnóstico de lesão no menisco. Demora (dois meses) para conceder a autorização que corresponde à negativa. Aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Danos morais caracterizados e fixados em R$ 10.000,00, que se mostra razoável. Sentença de parcial procedência mantida. Preliminar afastada. Recurso não provido" (Apelação nº 0158854-69.2012.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JOÃO PAZINE NETO, j. 26/08/2014).

Do *quantum* indenizatório

Sob outro aspecto, é certo que a reparação civil de dano infringido à dignidade da pessoa humana não encontra parâmetros legais definidos.

De fato, a fixação do *quantum* compensatório é atribuída ao prudente arbítrio judicial.

Nesse sentido, o V. Aresto, *ipsis litteris*:

"Ao contrário do que muitos pensam, o dano moral, por não haver repercussão no patrimônio, não há como ser provado; ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. Assim é entendido por se tratar de algo material.

A jurisprudência é unânime em remeter ao prudente arbítrio judicial a fixação do '*quantum*' para a composição do dano, no que o

Acesso ao Sumário

regramento positivo não conhece quaisquer restrições ou limitações, haja vista a determinação constitucional no sentido de que a indenização respectiva seja proporcional ao agravo e a inexistência de balizamentos ali preestabelecidos (CF, art. 5º, V e X). uma recente obra sobre dano moral ressalta bem o tema na doutrina e na jurisprudência, assinalando a importância do 'equivalente, mais ou menos aproximado, do valor perdido' (in, 'Dano Moral', de José Rafaelli Santini, LED, São Paulo, 1997).

A indenização, nesses casos, não visa reparar, no sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano. Prudente, dessa forma, seja fixada com base em alguns elementos informativos como a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes" (REsp 239.973/RN, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, Quinta Turma).

Ainda com esta exegese, os seguintes precedentes, a saber: REsp 565.880/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma; REsp 192.786/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, Terceira Turma; REsp 151.767/ES, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, Quinta Turma; REsp 171.084/MA, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma; e, REsp 109.470/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma.

Esta é a mesma interpretação exarada na IV Jornada de Direito Civil, consoante o Enunciado 550 ("A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos"), cuja justificativa traz que, *in verbis*:

"Da análise desse fato, devemos lembrar que a linha entre a indenização ínfima e o enriquecimento sem causa é muito tênue; entretanto, a análise do caso concreto deve ser sempre priorizada. Caso contrário, corremos o risco de voltar ao tempo da Lei das XII Tábuas, em que um osso quebrado tinha um valor e a violência moral, outro. Quando um julgador posiciona-se acerca de um dano moral, deve atentar para alguns pontos, entre os quais a gravidade do fato, a extensão do dano, a posição social e profissional do ofendido, a condição financeira do agressor e do agredido, baseando-se nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade, além da teoria do desestímulo. Dessa forma, a chance de resultados finais serem idênticos é praticamente nula. O juiz não pode eximir-se do seu dever de analisar, calcular e arbitrar a indenização dentro daquilo que é pretendido entre as partes. Assim, considerando o que temos exposto, conclui-se que não deve existir limitação prévia de valores, sob o risco de fomentarmos a diabólica indústria do dano moral".

À míngua de parâmetros legais e tendo em mente o grau de reprovabilidade

Acesso ao Sumário

da conduta da operadora de saúde, os consectários advindos de sua impostura e a capacidade econômica das partes, tem-se que a indenização no valor de R$ 7.000,00 para a autora, e R$ 2.000,00 para o autor, mostra-se adequada e proporcional à reparação civil.

Tal quantia é razoável e apta a compensar a lesão moral infringida, sendo que não proporcionará enriquecimento indevido e exagerado aos conveniados e, ainda, é capaz de impor punição à requerida, mormente na direção de evitar atuação reincidente.

Por fim, não se colhe juridicidade na tese de que inexiste solidariedade entre os profissionais médicos contratados pela operadora de saúde (e que prestaram atendimento à segurada) e a recorrente.

Há que se destacar que a responsabilidade solidária decorrente da relação de consumo e não pode ser afastada para isentar a apelante, em prejuízo dos consumidores.

Como bem anotado, se a requerida comprometeu-se perante os conveniados a realizar cirurgia ortopédica e, por sua conta e risco, optou por terceirizar parte do serviço, deve responder perante o consumidor pela falha da empresa ou dos profissionais contratados, cabendo-lhe ressarcimento pela via adequada, oportunamente.

Justa a r. sentença.

Objetivamente inviável, portanto, qualquer mutação no r. julgado monocrático.

Por esses fundamentos, meu voto nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0919766-34.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ABRIL RADIODIFUSÃO S.A., é apelado SILVIO CESAR TEIXEIRA DA SILVA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Juliana Akel Diniz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.031)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente), ARALDO TELLES e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DANO MORAL - Imagens de pessoa exibidas em programa televiso (da MTV) também reproduzidas no *youtube* - Programa denominado "Nunca Verão", com subtítulo "porque as pessoas ficam mais feias no verão", consistindo de comentários do apresentador e em capturar imagens de banhistas em praia, sem prévio conhecimento e autorização dos flagrados e filmados - Promoção de julgamento, pelo próprio apresentador, do banhista escolhido, segundo seus atributos físicos, com atribuição de nota de zero a dez - Autor que recebeu nota "zero" - Exposição vexatória evidente - Prova testemunhal confirmatória do dano moral - Conduta do programa que extrapola o direito de livre manifestação do pensamento e de expressão - Ação julgada procedente, com condenação da ré a pagar indenização por danos morais em R$ 15.000,00 - Determinação de que a ré (a emissora de TV) que retire as imagens do autor do *site Youtube*, por ela lá inseridas - Sentença mantida, tornada definitiva a antecipação da tutela. Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 167/169 julgou a ação procedente, condenando a ré a pagar R$15.000,00 a título de indenização, corrigidos até a data do efetivo pagamento, tornada definitiva a tutela antecipada, determinando a retirada das imagens do *youtube*. Opostos embargos de declaração, foram acolhidas apenas para acrescer a observância das determinações do Tribunal no tocante à retirada de imagens de sítio eletrônico que não é de sua propriedade e sobre o qual não tem qualquer controle (fls. 180).

Apela a ré (fls. 193/217). Alega: **a)** ter sido a imagem do autor capturada em ambiente público (praia), razão pela qual não há como se afastar o seu consentimento tácito à exibição de sua imagem; **b)** o apresentador buscava entreter os telespectadores com humor e irreverência que o verão permite; **c)** era de reconhecimento de todos que se tratava de uma brincadeira, de cunho humorístico; **d)** mesmo havendo equipamento ostensivo de filmagem ele continuou no local, por vontade própria; **e)** logo não se pode afirmar ter havido humilhação e tampouco ato ilícito; **f)** o programa "nunca verão" é obra informativa que aborda, de forma irreverente, curiosidade da estação mais descontraída do ano; **g)** o programa não teve qualquer intenção de ofender o apelado com a postura crítica acerca da valoração do padrão de sua beleza; sua imagem não foi utilizada e modo vexatório; **h)** fez uso do exercício dos direitos

Acesso ao Sumário

à livre manifestação do pensamento e expressão (art. 5º, IV e IX e 220, §2º, da CF); **i)** a mera insatisfação ou suscetibilidade exagerada não geram danos; **j)** o apelado limita-se a afirmar ter passado por exposição vexatória, humilhante, mas não faz constar em que consistiriam tais danos. Pede, portanto, a improcedência da ação.

Resposta às fls. 223/226.

É o relatório.

1. Está-se neste caso frente ao confronto entre duas garantias constitucionais. De fato, estão inseridos no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, como espécie dos direitos e garantias fundamentais, a liberdade de "*expressão da atividade intelectual, artística, científica e de* ***comunicação****, independente de censura ou licença*" (art. 5°, IX, da Constituição Federal). Ao mesmo tempo, e com idêntico nível e força de proteção, a Carta Magna garante serem "*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*" (inciso X do mesmo artigo).

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório movida em face da emissora de televisão (MTV) em razão do uso indevido de imagem pessoal veiculada em programa televisivo com reprodução no conhecido *site Youtube*.

O programa denominado "NUNCA VERÃO" é dito, pela apelante, obra informativa que aborda, de forma irreverente, curiosidades da estação mais descontraída do ano. Com o subtítulo "*porque as pessoas ficam mais feias no verão*" (cf. fls. 12), consistia o programa em comentários do apresentador e em capturar imagens de banhistas na praia e submete-lo a julgamento segundo sua forma física, a critério exclusivo do mesmo apresentador, que se posta em cadeira elevada, como as utilizadas pelos guarda-vidas.

O CD apresentado não expõe o critério de julgamento ou de padrões de confronto para o exame da figura de cada banhista em particular. E certamente para a consideração a ser levada a efeito neste processo, traz apenas três exemplos dos indivíduos submetidos ao tal julgamento, mais precisamente apenas o autor, uma mulher jovem filmada pelas costas e mostrada especialmente da cintura para baixo e uma boneca inflada, e que receberam respectivamente as notas "0", "5" e "10".

Acesso ao Sumário

Em que pese o caráter jocoso, irreverente do programa, é visível a clara e evidente que a pessoa escolhida para a tomada da imagem e o julgamento é ridicularizada.

No caso dos autos, o autor, pessoa obesa ou acima do peso, foi filmado e "*ganhou*" nota "*zero*" do apresentador do programa (fls. 13 e 11). Ele não foi informado do que sucedia, e muito menos consultado pela direção do programa

a respeito do uso de sua imagem e de ser submetido ao tal "julgamento" do apresentador, senhor da escolha dos alvos da aprovação, ou da reprovação do corpo do banhista anônimo e desconhecedor do que sucedia.

A praia é local público, sem sombra de dúvida. De igual modo, não há dúvida de não ser lícita a captura de imagens de banhistas, indistintamente ou não, é irrelevante, com intuito de expô-los e ridiculariza-los em rede televisiva perante o público em geral.

Nenhum banhista sabe, e por isso nem pode supor que sua imagem será utilizada para divertir o público. A consequência, que emana dos próprios comentários do apresentador, é a ridicularização dos personagens anônimos que escolhe.

Não se trata de mostrar as pessoas de um modo geral, como sucede em matérias destinadas a retratar o movimento e a frequência, baixa ou alta das praias nos meses de verão, especialmente. O objetivo nessas ocasiões é outro, de noticiar, sem apontar ou distinguir banhistas em particular.

A exposição nos moldes do programa em apreço nesse tipo de local não implica autorização tácita alguma de quem quer que seja, especialmente para ser a pessoa escolhida submetida a "julgamento" de claro mau gosto que, certamente, culminará com gozações da parte de seus conhecidos e familiares, no meio social ou de trabalho, além, é claro, dos desconhecidos, em flagrante violação, por excesso, do direito constitucional de livre manifestação do pensamento e de entretenimento.

Necessária, por óbvio, a autorização da pessoa envolvida nesse tipo de exibição, na medida em que não se trata de mera reportagem acerca de fatos objetivos de interesse público, mas sim de verdadeira exposição ao ridículo, por julgamento subjetivo, em primeiro lugar do apresentador e, posteriormente, do público em geral.

Não se diga ter o autor permanecido no local, mesmo tendo visto todo o aparato de filmagens da emissora. As imagens mostram que ele não se encontrava próximo do apresentador, vez que sua imagem foi capturada enquanto saía do banho de mar. Ora, como iria supor que ao longe sua imagem estava sendo capturada, é de perguntar. Além disso, se qualquer pessoa não pretende aparecer na gravação, não precisa se retirar da praia ou se distanciar. A presunção, para qualquer um, é de que a exposição para os fins propostos pelo programa, será se consentida.

Enfim, o programa excedeu os limites da livre manifestação do pensamento ou do direito de informar, violando sobretudo o direito à imagem, sem falar de quebra da privacidade e da intimidade do autor, direitos a que todos têm, malgrado em lugar público como a praia.

Enfim, o programa foi além do simples exercício da liberdade de

Acesso ao Sumário

expressão do pensamento e de crítica, causando ao autor dissabores com submeter-se a brincadeiras e chacotas no seio da família, no lugar onde vive e no meio profissional. A propósito, e com análise da prova oral produzida, assim discorreu o digno Magistrado na sentença:

> "Ficou comprovado nos autos, mormente pela farta documentação juntada, que de forma indevida, vez que sem autorização, foi utilizada a imagem da pessoa do autor, a explorar no que diz respeito às suas formas, haja vista a sua flagrante condição de pessoa obesa, dentre as várias acometidas de tal condição atualmente, contudo, a trazer-lhe danos a sua moral e auto-estima. Tanto é assim que o dito programa veiculado pela requerida, nominado Nunca Verão, atribuía notas às formas físicas das pessoas que eram filmadas indistintamente junto à praia. No caso, como se verifica em mídia juntada e em impressão de fls. 13, numa saída de banho de praia, o autor, trajando apenas sunga, recebeu a nota do apresentador PC Siqueira como sendo 'zero', não se olvidando a dita inserção no tal programa, da frase em forma de exclamação a fls. 12, qual seja: 'porque as pessoas ficam mais feias no verão?'. Decerto que tal veiculação de imagem, que se deu não só perante a televisão através do canal MV, mas também pela internet, como não negado pela requerida, tanto que agravou da tutela em antecipação para que junto àquela via de comunicação cessassem as ditas exibições, o que se teve com efeito é que a pessoa do autor foi alvo de gozações e chacotas, não só por aquelas pessoa que tiveram acesso via TV e internet e desconhecidas do autor, mas principalmente por aquelas do meio em que vivem tanto no que diz respeito ao seu âmbito residencial quanto junto a pessoa que mantém relação profissional, de trabalho. Neste sentido, esclareceu a testemunha Antônio José, que, tendo sido colega do autor, deparou-se com a dita imagem na televisão, tanto que entrou em contato com o mesmo para ter certeza de que e tratava da pessoa de Silvio Cesar, informando, outrossim, em que Ribeirão Preto, onde reside o autor e manteve contatos profissionais no ramo de seguros, foi o mesmo, em razão da veiculação das ditas imagens, motivo de gozação. O mesmo se repetiu no que diz respeito ao que informado pela testemunha Joaquim Araújo, ex-vizinho do autor, que informou ter visto a dita imagem do autor, saindo de um banho de mar, dentro de programa onde destacado que no verão as pessoas ficam mais feias, tendo o autor recebido nota 'zero', teve oportunidade também de verificar a veiculação de dita imagem, permanentemente perante internet, junto ao site Youtube. Com efeito, pelo que se vê, independentemente da questão de como se apresenta ou não aquele que realizava a apresentação do programa, podendo ser ou não paradigma de beleza, o que importa em questão é a veiculação da imagem do autor, perante a televisão e

Acesso ao Sumário

internet, independentemente das características físicas do apresentador do programa, haja vista que dito programa, de cunho humorístico como esclarecido pela testemunha Antônio José, destacava eventuais dotes físicos negativos das pessoas cujas imagens era colhidas, embora em ambiente público, indevidamente, pois, sem qualquer autorização para delas fazer uso, levando a efetiva situação de alvo de prática jocosa, quando a indicar que, como citado, no verão as pessoas ficam mais feias, imediatamente com a exibição da imagem do autor saindo de banho de mar, de sunga, atribuída que lhe foi nota 'zero'. Se o dito apresentador PC Siqueira, quando não a requerida, entende que necessário à realização de programa humorístico, utilizar-se de situações referentes a circunstâncias que se vê com frequência em praias e no verão, tais quais as inscritas a fls. 55, como: *'porque as pessoas ficam mais feias no verão?', 'porque não dá para esconder as suas imperfeições?', 'porque marca de biquíni é broxante?', 'porque todo mundo exagera no sol?', 'porque a mulher fica grudenta de óleo bronzeador?', e 'porque ninguém merece ver a barriga de tiozão?'*, que o fizessem com eventuais imagens de pessoas que se dispusessem a exibição perante canal de televisão e internet, sabendo das consequências certas, vez que seriam motivo de chacota e algo de gozação, uma vez que utilizando-se de imagens indevidamente capturadas, vez que utilizadas para dito fim, sem autorização das respectivas pessoas, de fato estarão a praticar ato ilícito, atingindo a moral de tais, promovendo o menoscaber e inclusive a introversão de tais, como ocorrera com o autor".

Dessa forma, ante o evidente ato ilícito por exposição vexatória, de rigor a imposição de indenização.

Prevenindo discussão na fase de cumprimento da sentença, fica consignado (porque a r. sentença nada referiu a respeito) que, além da correção monetária, incidirão sobre a verba mandada pagar (de R$ 15.000,00), juros legais a partir do evento danoso (a data de veiculação do programa questionado), nos termos da Súmula 54 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

2. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014446-11.2016.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, são apelados IZABEL MARIA TORRÃO DOMINGUES e MANOEL DOMINGUES MACHADO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19346)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente) e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 9 de maio de 2017.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE RETAGUARDA. NEGATIVA ABUSIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1- Apelação interposta contra a sentença que julgou procedente a ação, condenar a ré a custear todas as despesas relativas ao atendimento indicado em hospital ou clínica de retaguarda, credenciada, tornando definitiva a tutela anteriormente concedida.

2- É certo que não compete à operadora do plano de saúde substituir-se ao Estado na prestação de saúde pública, mas o fato é que ela vale-se das falhas do Estado, explorando atividade comercial (empresarial) com a legítima finalidade de lucro.

3- Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV).

4- A interpretação do contrato deve mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC), sob pena de se inviabilizar o objeto do próprio ajuste.

5- Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença (fls. 129/133), cujo relatório adota-se, julgou procedente ação movida por Izabel Maria Torrão Domingues contra Bradesco Saúde S/A, a fim de condenar a ré a custear todas as despesas relativas ao atendimento indicado em hospital ou clínica de retaguarda, credenciada, tornando definitiva a tutela anteriormente concedida. Sucumbente, deverá a ré arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Apela a ré (fls. 135/150), sustentando, em síntese, que: a) a apelada tem plena ciência das condições gerais de sua apólice; b) a autora busca apenas aumentar a cobertura contratual, sem, contudo, alterar a contraprestação; c) as

despesas médico-hospitalares não incluem a alimentação de acompanhante; d) devem prevalecer os princípios do *pacta sunt servanda* e da comutatividade do contrato secundário; e e) é dever do Estado prestar assistência à saúde de toda população.

Contrarrazões às fls.155/159.

Recurso tempestivo e com preparo.

É o relatório.

I) Consta no relatório médico (fl. 23), datado de16/09/2016:

"*Trata-se de paciente com os seguintes antecedentes: Demência de Alzheimer avançada com sintomas neuropsiquiátricos de agitação psicomotora intensa, Fibrilação Atrial, Diabetes mellitus insulinodependente. Apresenta internações hospitalares recorrentes, com permanência hospitalar na maioria das vezes superior a 30 dias.*

A paciente foi admitida nesta instituição no dia 04/07/2016, com quadro de delirium hipoativo, decorrente de infecção de trato urinário. Foi submetida a tratamento específico e após período de melhora evoluiu com pneumonia, hemorragia digestiva alta e delirium hiperativo.

No momento, a paciente se encontra acamada dependente para todas as atividades básicas da vida diária sem controle de esfíncteres em uso de fraldas. Necessita de cateter de oxigênio, devido dispneia importante nos períodos de agitação; sonda vesical de demora, decorrente de retenção urinária crônica de etiologia multifatorial; e gastrostomia para receber medicação e suporte nutricional devido à disfagia. Os sintomas neuropsiquiátricos da demência são parcialmente controlados com neurolepticos e a dor crônica com analgésicos opioides.

(...)

Recomendamos a continuidade do tratamento em regime de internação em clínica ou hospital de reabilitação, como etapa intermediária necessária para futura internação domiciliar.

***Ressaltamos que no momento a permanência em hospital de alta complexidade (terciário) pode ser deletéria a paciente, pois aumenta o risco de infecções**, conforme consta no boletim informativo de 2013 do Observatório de Saúde da Região Metropolitana de São Paulo.*

Evidentemente entendendo-se o atendimento como um processo dinâmico na medida em que a paciente apresenta melhora ou piora o local de atendimento ideal deverá ser reavaliado."

A presente ação foi ajuizada em 13/10/2016. A tutela antecipada foi deferida no dia 20/10 (fls. 24/25).

II) Inicialmente, é sabido que se sujeitam ao regime jurídico da Lei nº

9.656/98 as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo de legislação específica que rege a sua atividade (art. 1º), tendo o preceito redação larga, com o escopo de alcançar todas as pessoas jurídicas, qualquer que seja a forma de sua constituição, incluídas as cooperativas e as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pelas modalidades de autogestão ou administração (§ 2º, do art. 1º, da Lei 9.656/98).

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

Cite-se, ainda, a Súmula 469 do Col. STJ, que assim dispõe: "aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

III) É certo que não compete à operadora substituir-se ao Estado na prestação de saúde pública, mas o fato é que ela vale-se das falhas do Estado, explorando atividade comercial (empresarial) com a legítima finalidade de lucro. Mas ao inserir cláusula prejudicial ao consumidor, destinatário final de seus serviços, desconsiderou as regras que regem as relações contratuais assimétricas, como no caso (relação de consumo), descumprindo o próprio objeto contratado (proteção saúde do consumidor).

A respeito, Paula A. Forgioni (**Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 119, n. 11.20), ao analisar os comerciantes na condição de "agentes econômicos *ativos* e *probos*", escreve (a redação está na grafia original):

> "Se, no direito do consumidor, a presunção é a vulnerabilidade de uma das partes, no direito comercial parte-se necessariamente da assunção oposta. Na dicção de Cairu:
>
> 'os Commerciantes são, ou sempre se presumem, habeis, atilados, e perspicazes em seus negócios [...] Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circunspectos em seus tratos. [...]'
>
> Levin Goldschmidt, um dos maiores historiadores do direito mercantil, já advertia que os mercadores são 'delle classi della popolazione economicamente meglio addestrate e più sagaci'".

Tal lição é relevante pois a apelante e ré, empresária do ramo de prestação de serviços de saúde, enquadra-se naquilo que está denominado "Commerciantes", de modo que se justifica a efetiva proteção ao consumidor, hipossuficiente, pois se é certo que a busca do lucro é legítima, em especial na atividade empresarial, não é menos certo que na relação empresa/consumidor,

Acesso ao Sumário

tal persecução encontra limites.

IV) Necessário ponderar-se que as operadoras podem estabelecer cláusulas limitativas referentes à extensão do objeto contratado. Contudo, na hipótese dos autos, a ré ao restringir a cobertura ao tratamento para o qual existe cobertura contratual, negou à paciente o cumprimento do próprio objeto segurado.

Encontrando-se o usuário adimplente com as prestações (prêmio) do contrato celebrado com a ré, e tendo em vista a ocorrência do sinistro que determinou a necessidade de o segurado submeter-se a internação, ainda que em clínica de reabilitação, para que lhe fosse assegurada a sua higidez, incumbia à operadora o integral cumprimento de sua prestação na obrigação.

Nesse diapasão, havendo previsão contratual de cobertura para a doença da autora e seu tratamento, não se justifica a recusa da ré ao local indicado pelo médico responsável, mesmo porque, houve determinação para que a paciente fosse internada em nosocômio credenciado, impondo-se a interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC), sob pena de se inviabilizar o objeto do próprio ajuste.

Não se olvidar que existem diversos tipos de internação (hospitalar, reabilitação, domiciliar, psiquiátrica etc) cobertas pelos planos de saúde, ainda que a maioria insista na obrigação exclusiva da internação hospitalar.

Dessa forma, se a seguradora é obrigada a custear *home care* (Internação domiciliar), não há razão para recusar hospital de reabilitação, já que, como mencionado pelo especialista que acompanha a autora, trata-se de "*etapa intermediária para futura internação hospitalar*".

Assim, sendo certo que compete ao médico e não à operadora verificar qual a melhor terapia ao paciente, descabida a negativa de cobertura.

Em caso semelhante, envolvendo a apelante e o Hospital Saint Marie, já decidiu este E. TJSP:

> "*PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada. Recusa da ré em custear internação da autora em hospital de retaguarda. Alegação de que o contrato foi firmado antes da entrada em vigor da Lei 9.656/98. Contrato de renovação anual. Incidência do princípio da Recondução. Ademais, há expressa indicação médica para internação da autora. Sentença mantida. Recurso improvido.*" (Apelação nº 0024347-84.2011.8.26.0011, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 26/06/2012)

Como ressaltou o Excelentíssimo Relator:

"*Trata-se de ação de obrigação de fazer, em que a autora objetiva compelir a ré a custear internação em hospital de retaguarda por ter sofrido um AVC isquêmico e ainda estar acometida de Mal de Alzheimer.*

Acesso ao Sumário

No presente caso, diante do relatório médico colacionado aos autos (fls. 107/108), restou clara a necessidade da autora em receber cuidados especiais, uma vez que, não se trata de hipótese em que os parentes não querem cuidar do idoso, mas sim de caso em que a internação é realmente necessária. Segundo consta, a apelada necessita de nutrição enteral, cuidados respiratórios, fisioterapia respiratória intensiva, aspiração frequente por broncoaspiração e medicação injetável para crises de agitação psicomotora.

A autora poderia se valer do sistema de 'home care', se no caso fosse menos dispendioso para o plano de saúde, todavia diante da falta de alegação da ré neste sentido, e devido a sua negativa em custear ambos os tratamentos, não resta outra alternativa a não ser determinar que a ré custeie a internação da autora no Hospital Saint Marie Hospice.

É de se consignar ainda, que ao contrário do que alega a apelante, o sistema 'home care', deve ser custeado pelo plano de saúde, nos casos em que existe prescrição médica, até porque, recentemente foi editada a Súmula 90 do Tribunal de Justiça de São Paulo, do seguinte teor: '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'.

Além disso, o plano de saúde não apontou outro hospital ou clínica em que a autora pudesse ser tratada, se limitando a dizer que a paciente não possuía justificativa para estar internada. Outrossim, como bem mencionado pela mm[a] Juíza 'a quo' 'o contrato de seguro saúde é obrigado a fornecera forma de tratamento das doenças cobertas'.

Ocorre que, quem define a necessidade ou não de um determinado tratamento é o médico e não o plano de saúde, e no presente caso, há expressa indicação médica para a internação da autora em um hospital de retaguarda."

Configurada, portanto, a abusividade da conduta da ré/apelante quanto negativa de custeio da internação.

V) Concluindo, as razões da apelação não infirmam a r. sentença, sendo hipótese inclusive, de aplicação do 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").

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

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026744-84.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado TIBÉRIO INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES 24 LTDA., é apelado/apelante VAGNER DE OLIVEIRA TEODORO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao apelo da ré e negaram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.391)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), HAMID BDINE e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 11 de maio de 2017.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Rescisão contratual. Aquisição de imóvel em construção. Relação de consumo presente. Legitimidade passiva caracterizada. Desfazimento do entabulado em condições de sobressair. Retenção de 25% dos valores pagos se apresenta adequada, pois abrange os custos administrativos da vendedora. Restituição de 75% das quantias pagas configura equilíbrio no desfazimento, porquanto as partes retornam ao 'statu quo' primitivo. Restituição da importância paga a título de comissão de corretagem não pode prevalecer, já que referida pretensão foi atingida pela prescrição. Aplicação do artigo 206, § 3º, incisos IV e V do Código Civil. Matéria objeto de resolução de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça - Tema 938. Devolução de taxa condominial de forma simples, visto que o autor não foi imitido na posse do bem. Sucumbência recíproca. Apelo da ré provido em parte. Recurso do autor desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelações interpostas tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 276/282, aclarada pelos embargos de pág. 326, que julgou procedente em parte ação de rescisão contratual, cumulada com restituição de

valores pagos, envolvendo aquisição de imóvel em construção.

Alega a ré apelante que deve ser reconhecida a prescrição quanto à pretensão de devolução da importância relativa à corretagem, pois as verbas foram pagas em 02 de novembro de 2011 e a ação distribuída em 23 de março de 2015, ultrapassando o lapso de três anos, de acordo com o artigo 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil. Continuando declarou ser parte ilegítima passiva para a restituição de quantias pagas a terceiro, porquanto fora a Lello Condomínios que recebera diretamente o valor correspondente à intermediação. Prosseguindo expôs que não existe ilícito, nexo causal ou culpa da ré para a rescisão contratual, mas sim, desistência da aquisição por parte do autor, fazendo referência ao *pacta sunt servanda* e transcrevendo trecho doutrinário. A seguir disse que aplicara no empreendimento o numerário recebido, com aquisição de materiais e demais despesas à construção do edifício, destacando ainda a ausência de cláusulas abusivas no entabulado, além de salientar que os serviços de corretagem foram exercidos por terceiro, mencionando jurisprudência sobre a matéria. Dando prosseguimento ressaltou que as chaves do imóvel permaneceram à disposição do comprador desde 30 de abril de 2014, e que a partir daí todas as despesas e encargos fiscais são por conta do adquirente, não cabendo restituição da taxa condominial, configurando obrigação *propter rem*. No mais sustentou que, na hipótese de ser negado provimento ao apelo, os honorários sucumbenciais comportam redução para o mínimo previsto, afirmando que nada ocorrera na demanda que justificasse o arbitramento em percentual superior. Por último requereu o provimento do apelo, para que ação a seja julgada totalmente improcedente.

O autor também recorreu, aludindo que tem direito à rescisão e devolução das quantias pagas integralmente, haja vista que não recebera as chaves do imóvel no prazo previsto, o que é suficiente para a resilição do pactuado, não podendo ser válida a cláusula que manifesta desvantagem ao consumidor. A seguir disse que o valor a ser restituído a título de corretagem exige retificação para o montante de R$7.409,13, discriminando o efetivamente pago, e que atualizado alcança a quantia de R$11.466,49. No mais requereu a devolução da taxa de corretagem em dobro, transcrevendo ementas de acórdãos, pleiteando, afinal, o provimento do apelo.

Acesso ao Sumário

Os recursos foram contra-arrazoados pelo autor, págs. 327/344, bem como pela ré, págs. 374/393, rebatendo integralmente as recíprocas apelações.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece reforma em parte.

O pactuado pelas partes envolve aquisição de imóvel em construção, tendo notório aspecto consumerista.

Deste modo, todos os participantes da relação negocial são partes

legítimas para figurar no polo passivo, respondendo de maneira solidária, pois formam cadeia única de fornecedores/prestadores de serviços.

3. Por outro lado, a rescisão contratual pleiteada pelo autor está em condições de sobressair, e, ocorrendo a desistência do negócio, deve preponderar o equilíbrio, retornando as partes ao *statu quo* primitivo.

Assim, adequada a restituição de 75% dos valores pagos, em parcela única, com incidência de correção monetária a contar dos respectivos desembolsos e juros de mora a partir da citação, conforme disposto no artigo 405 do Código Civil, sobretudo porque não ficou caracterizada nenhuma culpa da ré que contribuísse para a resilição do ajustado, mas, ao contrário, a rescisão se deu por mera opção do autor, outrossim, a retenção de 25% dos valores pagos em prol da vendedora remunera os custos administrativos e correlatos.

Confira-se, deste E. Tribunal:

"*Rescisão contratual postulada pelo promitente comprador do imóvel. Impossibilidade de continuar honrando as prestações. Sentença de parcial procedência. Devolução de 15% dos valores pagos. Insurgência apenas do autor. Desistência quanto à devolução da corretagem. Recurso prejudicado nessa parte. Abusividade da cláusula de retenção. Devolução de 75% dos valores pagos. Razoabilidade no caso concreto. Súmula nº 01, TJSP. Sucumbência recíproca mantida. Apelação do autor parcialmente provida na parte conhecida.*" (Apelação Cível nº 1.042.475-60.2014.8.26.0002. Relator Des. Alexandre Lazzarini. Nona Câmara de Direito Privado. J. 14-02-2017).

4. Em contrapartida, não há suporte para a devolução das importâncias pagas a título de corretagem.

Isto porque referida pretensão está prescrita, uma vez que o pagamento das quantias relativas à intermediação ocorrera em 02 de novembro de 2011, enquanto que a ação foi proposta em março de 2015, ultrapassando, assim, o triênio, conforme disposto no artigo 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil.

Cabe anotar que já é entendimento pacífico da jurisprudência a aplicação do prazo de três anos à hipótese, tendo a matéria inclusive sido objeto de resolução de recursos repetitivos junto ao Superior Tribunal de Justiça, originando no Tema 938.

Oportuna a transcrição jurisprudencial:

"*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 a pretensão de*

Acesso ao Sumário

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. 2. Caso Concreto: 2.1. Reconhecimento do implemento da prescrição trienal, tendo sido a demanda proposta mais de três anos depois da celebração do contrato. 2.2. Prejudicadas as demais alegações constantes do recurso especial. 3. Recurso Especial provido. (...) Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (Sati), ou atividade congênere (artigo 206, § 3º, IV, CC)". (REsp nº 1.551.956/SP. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. J. 24-08-2016).

5. De outra banda, cabe ao polo passivo devolver, de forma simples, os valores pagos pelo polo ativo a título de taxa condominial, haja vista que o adquirente do imóvel não foi imitido na posse do bem, salientando que abrange obrigação *propter rem*, logo, é de responsabilidade do titular de domínio, e não do adquirente com expectativa da propriedade.

A jurisprudência assim entende:

"*Cobrança de despesas condominiais. Embora os proprietários da unidade autônoma sejam responsáveis pelas despesas condominiais a ela referentes, não respondem por dívidas condominiais se ficar demonstrado, como no caso, que não receberam a posse do imóvel no momento em que originada parte dos débitos condominiais. Precedentes do C. STJ. Repetição de indébito e litigância de má-fé do autor. Impossibilidade. O tema da cobrança de despesas condominiais, conforme visto gera realmente dúvidas e entendimentos diversos, devendo-se analisar o caso concreto para verificar o direito das partes a cobrança efetivada pelo autor não foi exercida de má-fé. Recurso de apelação da ré parcialmente provido.*" (Apelação Cível nº 0032494-63.2010.8.26.0002. Relatora Des. Berenice Marcondes Cesar. Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado. J. 28-01-2014).

"*Condomínio. Ação de cobrança. Despesas condominiais. 'Somente quando já tenha recebido as chaves da incorporadora e vendedora do imóvel, passando a ter a disponibilidade da posse, do uso e gozo da coisa, é que se reconhece a obrigação do promitente comprador da unidade autônoma quanto às obrigações atinentes aos encargos condominiais'*". (Apelação Cível nº 0067535-57.2011.8.26.0002. Relator Des. Francisco Thomaz. Vigésima Nona Câmara de Direito Privado. J. 05-02-2014).

6. Ante o desfecho da demanda, o autor foi vencido na pretensão de

Acesso ao Sumário

comissão de corretagem e na retenção de 25% dos valores pagos e a ré no que corresponde ao desfazimento do pactuado com a restituição de 75% das quantias pagas.

Desta maneira, a sucumbência se apresenta recíproca, cabendo às partes suportar o pagamento dos honorários advocatícios do titular da capacidade postulatória *ex adverso*, sendo a verba honorária fixada em R$3.500,00, montante que é condizente com as peculiaridades da demanda, ressaltando que o autor é beneficiário de gratuidade de justiça, conforme interlocutória de pág. 159.

7. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento em parte ao apelo da ré e nega-se provimento ao recurso do autor.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007617-05.2016.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado SUL AMERICA SEGURO SAUDE S/A, são apelados/apelantes JOSÉ MAURO DE OLIVEIRA FILHO e MARIA DE FATIMA MOREIRA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.846)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE E CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Apelações Cíveis. Plano de saúde - Análise do tema pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recuso Representativo de Controvérsia nº 1.568.244-RJ - Controvérsia que se cinge ao reajuste por mudança de faixa etária e financeiro, além da devolução dos valores - Sentença de parcial procedência - Apelação dos autores - Reajuste financeiro - Reajuste imposto unilateralmente pela ré - Suposta variação anual de custo médico-hospitalares não demonstrada - Ônus

Acesso ao Sumário

da prova imputável às rés - Abusividade verificada - Observância dos índices de reajuste anuais da ANS para planos individuais e familiares determinada para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato - Reajuste por mudança de faixa etária - Não aplicação do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) à espécie, por ser o reajuste ora impugnado aplicado quando os beneficiários completaram 59 anos de idade - Abusividade, entretanto, caracterizada - Excesso no percentual de reajuste (132%) - Devolução dos valores pagos, a maior mantida, sob pena de enriquecimento ilícito da ré - Prescrição trienal e não anual - Aplicação do artigo 206, parágrafo 3º, inciso IV, do Código Civil - Apelação da ré - Reajuste por faixa etária autorizado em sentença insuficiente - Reforma da R. Sentença apelada para fixar o percentual em 60%, sem prejuízo dos reajustes anuais autorizados pela ANS, consoante entendimento desta Colenda Câmara. Dá-se provimento em parte aos recursos de apelação.

VOTO

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer movida por José Mauro de Oliveira Filho e Maria de Fátima Moreira de Oliveira em face de Sul América Seguro Saúde S.A., alegando, em síntese, que são titulares de plano de saúde coletivo e a ré vem aplicando nas mensalidades reajustes ilegais, pois superiores aos autorizados pela ANS. Requereram, em face disso, que seja declarado ilegal o percentual de 132% aplicado para o primeiro autor, para conservar o valor de R$ 539,28 que pagava antes de completar 59 anos, que seja a requerida condenada em obrigação de fazer a revisar os valores das mensalidades de 2014, 2015 e 2016, que o valor que vier a ser apurado para o primeiro autor seja válido também para sua dependente, além de que seja a ré condenada a restituir os valores pagos a maior, corrigidos monetariamente e acrescido de juros de mora.

A ação foi julgada parcialmente procedente nos termos da R. Sentença de fls. 285/290, para declarar a abusividade do reajuste aplicado pela ré ao plano coletivo do autor José, a partir da data em que a autora completou 59 anos fixando o acréscimo em 43%, além de condenar a ré a devolução simples dos valores pagos a maior, limitados aos últimos anos anterior ao ajuizamento da ação, bem como honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Inconformadas apelam ambas as partes.

Acesso ao Sumário

Requerem os autores a anulação da cláusula contratual que impôs aumento abusivo por conta da mudança da faixa etária do primeiro autor, com aplicação apenas dos índices de reajuste anuais previsto pela ANS, a revisão e recálculo das mensalidades dos anos de 2014, 2015 e 2016, pois aplicados em dissonância aos previstos pela ANS no período, a condenação da ré a devolução dos valores a maior, desde 10 (dez) anos antes da propositura da ação, a revisão do reajuste aplicado na mensalidade da dependente e coautora Maria de Fátima por ocasião da portabilidade de carência em junho de 2013, a fim de que o valor de sua mensalidade seja igual a cobrada do titular, além da concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Alega a ré, ao seu turno, que consoante posicionamentos e resoluções da ANS, os reajustes aplicados à mensalidade do autor não podem ser considerados ilegais na forma como constou na R. Sentença, valendo considerar que o reajuste se efetivou para o primeiro autor foi por mudança de faixa etária, pois alcançou a idade de 59 (cinquenta e nove) anos. Insurge- se, ainda, contra a repetição dos valores cobrados, pois não houve qualquer má-fé na cobrança.

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões pela ré (fls. 387/407), decorrido o prazo para os autores (fls. 408).

É o relatório.

2. Anote-se, de início, que o recurso de apelação, interposto em 02.11.2016 (fls. 311/321), tem por objeto sentença proferida em 13.10.2016 (fls. 285/290). Assim, em face do princípio do "*tempus regit actum*" e ao entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.465.535/SP, devem ser aplicadas à hipótese as disposições do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), diploma vigente à época em que prolatada a R. Sentença apelada.

Os recursos merecem provimento em parte.

Relativamente ao mérito, cinge-se a controvérsia a dois pontos: a) validade dos reajustes anuais aplicados pela ré nas mensalidades dos planos de saúde coletivos dos autores e b) validade dos reajustes por faixa etária, ambos superiores aos previstos nos índices veiculados pela ANS.

Cumpre salientar que se aplicam aos contratos de plano de saúde e seguro saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O reajuste antes dos sessenta anos de idade, em tese cabível porque não aplicável o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), deve ser pautado pela razoabilidade, não podendo ser arbitrado de forma abusiva e unilateral, sem qualquer respaldo em demonstração de aumento efetivo de custo, a obstar a própria manutenção do contrato.

Neste diapasão, é de se ponderar que recentemente o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia

Acesso ao Sumário

1.568.244-RJ pacificou a possibilidade do reajuste de mensalidade do plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário desde que "*(i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso*".

Quanto ao reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos, em caso análogo, aliás, em que a corré Sul América Companhia de Seguro Saúde figurava no polo passivo, esta Colenda Câmara já decidiu:

> *"PLANO DE SAÚDE - Reajuste por elevação de faixa etária - Inaplicabilidade do Estatuto do Idoso - Inexistência, a princípio, de ilegalidade no contrato celebrado pelas partes - Existência de cláusula estipulando de modo claro os percentuais de reajuste - Hipótese, entretanto, em que o autor desconhecia informações referentes ao reajuste - Violação ao art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor - Último aumento que se revelou extremamente oneroso ao autor, por praticamente obstar a manutenção do plano de saúde - Atitude da ré que se mostrou abusiva - Redução do reajuste devido - Restituição dos valores pagos a maior de forma simples devida - Sucumbência recíproca reconhecida - Apelação da ré parcialmente provida e recurso adesivo desprovido.*
>
> *(...)*
>
> *Sob a alegação de que a ré teria aplicado reajuste superior a 130% por ter completado cinquenta e nove anos de idade em 31 de maio de 2012, foi ajuizada a presente demanda, pretendendo o autor o afastamento do reajuste aplicado, bem como a devolução, em dobro, dos valores pagos a maior.*
>
> *Cumpre ressaltar que não incide na hipótese o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), no qual há previsão de proibição de reajuste por mudança de faixa etária somente ao consumidor que atingir a idade de sessenta anos.*
>
> *In casu, a princípio, não haveria ilegalidade no contrato celebrado pelas partes, por existir cláusula estipulando de modo claro os percentuais de reajuste, sendo possível ao consumidor aferir previamente o valor que teria de desembolsar ao alcançar determinada idade.*
>
> *Entretanto, conforme afirmação do autor, não refutada pela ré, não lhe foi enviado o 'Manual do Usuário', em que constariam as informações referentes ao reajuste. É certo, assim, que houve inegável violação ao disposto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, o qual preconiza como direito básico do consumidor a informação adequada e clara. Diante disso, tal fato, por si só, já caracterizaria abusividade do*

Acesso ao Sumário

reajuste em questão.

Ademais, a despeito de, nos termos do art. 15, 'caput', da Lei nº 9.656/98, admitir-se o reajuste por mudança de faixa etária (desde que se observe o disposto no Estatuto do Idoso), no caso concreto, o último aumento revelou-se extremamente oneroso ao autor, por praticamente obstar a manutenção do plano de saúde.

Conforme anotado na sentença, 'verifica-se que a cláusula contratual que estabelece o reajuste por faixa etária (14.3, fls. 159) não é válida. Em primeiro lugar, porque fixado de modo aleatório, com índices fixados unilateralmente, o aumento considerável previsto em contrato celebrado anos antes se mostra abusivo. Em segundo lugar, não há demonstração de correlação entre o índice da faixa etária e os seus custos' (fls. 189).

Diante disso, a atitude da ré mostrou-se abusiva, sendo certo que 'O princípio - pacta sunt servanda - deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social' (REsp. nº 32.639-RS, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, em 23/3/93, DJ de 19/4/93, pág. 6699). Conforme anota Cláudia Lima Marques, 'Na proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem a posteriori, quando o contrato já está perfeito formalmente; quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está ineqüitativo. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da 'vontade', das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática' (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pág. 693).

Assim, é patente que a cláusula 14.3, do Manual do Beneficiário (fls. 159) não atende aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato celebrado pelas partes, razão pela qual se reduz o reajuste para 60%, conforme já decidido em hipótese semelhante, envolvendo a mesma ré (Apelação Cível nº 0212092-71.2010.8.26.0100 - São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., Rel. Des. Francisco Loureiro, em 28/6/12)."

(Apelação Cível nº 0008195-24.2012.8.26.0011, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, v.u., j. 14.05.2013).

No mesmo sentido, envolvendo operadora de plano de saúde diversa:

"PLANO DE SAÚDE - Reajuste contratual de mensalidade por mudança

Acesso ao Sumário

de faixa etária, aos cinquenta e nove anos - Pretendida a declaração de nulidade desta cláusula entendida como abusiva - Incidência do CDC à espécie - Reajuste, em tese, justificado - Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos - Necessidade de maior assistência médico-hospitalar com o aumento da idade - Elevação do risco do contrato - Ademais, consoante a Lei 9.656/98 e o Estatuto do Idoso, não haverá mais reajuste por faixa etária após os sessenta anos - Reajuste, contudo, abusivo, à luz do caso concreto - Intervenção, para impedir seu excesso - Fixação em 60% do valor real da faixa etária anterior, sem prejuízo dos reajustes autorizados pela ANS - Precedente - Ação procedente em parte - Recurso provido em parte." (Apelação Cível nº 0152297-66.2012.8.26.0100, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, v.u., j. 18.06.2013)

Na hipótese, a tabela inserta no contrato entabulado entre as partes (fls. 237) prevê os seguintes percentuais de reajuste por mudança de faixa etária, para o plano contratado pelos autores (fls. 161):

Até 18 anos	0%
De 19 a 23 anos	56,55%
De 24 a 28 anos	2,72%
De 29 a 33 anos	1,68%
De 34 a 38 anos	3,03%
De 39 a 43 anos	1,37%
De 44 a 48 anos	43,42%
De 49 a 53 anos	1,60%
De 54 a 58 anos	4,06%
59 anos ou mais	131,73%

Acesso ao Sumário

Desta forma, o percentual já acolhido por esta Colenda Câmara em casos semelhantes, de 60% sem prejuízo dos reajustes anuais autorizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mostra-se consentâneo com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a permitir a manutenção do contrato sem onerosidade excessiva para nenhuma das partes, sendo o reajuste concedido em sentença (43%) considerado insuficiente.

No tocante ao pedido de revisão das mensalidades para os reajustes anuais indevidos, aplicados nos meses de julho/2014, julho/2015 e julho/2016, postulam

os autores sejam aqueles veiculados pela ANS. Isto porque reputam excessivos os reajustes para os referidos meses diante do acréscimo de R$ 2.499,26 para R$ 2.933,14 (Julho/2014), R$ 2.933,14 para R$ 3.411,24 (julho/2015) e R$ 3.411,24 para R$ 4.075,06 (julho/2016).

Em relação ao reajuste anual por variação de custos médico- hospitalares (reajuste financeiro), a matéria não se mostra de fácil solução.

Discute-se, aqui, aumento da mensalidade em razão da variação de custos médico-hospitalares, a qual interfere, por óbvio, no próprio equilíbrio financeiro do contrato e alcança todos os integrantes do plano coletivo, indistintamente.

Efetivamente, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não regula os planos coletivos da mesma maneira que controla os planos individuais e familiares. Nesses, há fixação de reajuste máximo do valor das mensalidades. Nos planos coletivos, diversamente, a ANS não intervém, em face da possibilidade de negociação direta entre a operadora e a associação ou empresa, parte que não é considerada vulnerável no contrato.

Dessa forma, em tese, nos contratos coletivos é perfeitamente possível a inclusão de regra que preveja o reajustamento por variação de custos médico-hospitalares (reajuste financeiro), não se podendo obrigar a ANS a intervir na negociação para seu reajustamento, até porque, para tanto, necessariamente deveria a agência integrar o polo passivo da demanda, para que pudesse sofrer os efeitos de coisa julgada.

Em suma, não há norma legal que obrigue a ANS a intervir na negociação para reajustamento por variação anual de custos em planos coletivos de saúde, bem como se considera legal a previsão de reajustamento com base em tais fatores.

Fixadas essas premissas, passa-se à análise do caso concreto.

Sendo cabível a revisão técnica sem a interferência da autarquia federal e reputando os autores ser abusivo o reajuste por variação anual de custos, cabe ao Poder Judiciário definir se foram ou não tais reajustes efetivamente abusivos.

Nesse ponto, esta Colenda Câmara pacificou o entendimento de que é admissível o reajuste das mensalidades em função da por variação de custos médico-hospitalares, sendo, contudo, ônus da operadora de plano de saúde comprovar o aumento dos custos, não bastando sua mera afirmação nesse sentido. Deste modo, é inadmissível a fixação de índices de reajuste ao arbítrio da operadora, de forma aleatória, em percentuais muito superiores aos aprovados pela ANS para os contratos individuais e familiares e à inflação oficial do período.

No caso, a cláusula que prevê o reajuste das mensalidades por variação anual de custos (fls. 235) não possui a clareza vislumbrada pelas rés. A falta de demonstração dos fatores que levaram ao reajuste aplicado, deste modo,

Acesso ao Sumário

implica no reconhecimento de sua abusividade. Assim, inobstante tratar-se de contrato coletivo, para o qual não há fixação de índices de reajustes pela ANS, é imperioso o reconhecimento da nulidade da cláusula contratual que serviu de fundamento para o reajuste imposto unilateralmente.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Primeira Câmara de Direito Privado:

> *"PLANO DE SAÚDE - Plano coletivo - Reajuste por sinistralidade - Descabimento - Não comprovação do suposto desequilíbrio contratual a autorizar a majoração da mensalidade - Onerosidade excessiva - Ação procedente - Recurso desprovido."*
>
> *(Apelação Cível nº 0017015-75.2011.8.26.0590, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, v.u., j. 17.11.2015)*
>
> *"Seguro saúde coletivo. Reajuste da mensalidade por variação dos custos. Dever de transparência e informação. Cláusula obscura no tocante ao aumento implementado. Pretendido reajuste em razão da variação dos custos deveria ser convenientemente explicada justificada. Abusividade reconhecida. Sentença mantida. Recurso desprovido."*
>
> *(Apelação Cível nº 1016739-03.2014.8.26.0564, Rel. Des. Claudio Godoy, v.u., j. 06.10.2015)*
>
> *"CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. Ação própria para discutir-se a natureza, a origem e o valor da obrigação, quando controvertidos, admitindo-se discussão a respeito do an e do quantum debeatur. Precedentes do C. STJ. Contrato celebrado que prevê com clareza a possibilidade de reajuste por sinistralidade. Aumento da sinistralidade, porém, não foi comprovado. Inexistência de ilegalidade, em abstrato, de cláusula que prevê o reajuste por sinistralidade em contratos coletivos. Incremento nos preços que deve vir acompanhado de efetiva comprovação dos sinistros. Inexistência de alegação de insuficiência de depósitos, de acordo com os critérios de reajuste utilizados pela autora. Verba honorária fixada em valor excessivo, que comporta redução. Ação procedente. Recurso parcialmente provido, com observação."*
>
> *(Apelação Cível nº 0151022-53.2010.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 08.09.2015)*

Observo, por derradeiro, que, não obstante tratar-se de contrato coletivo, é imperiosa a limitação dos reajustes da mensalidade do plano de saúde aos índices aprovados pela ANS para planos individuais e familiares, solução que impede reajustes arbitrários e abusivos por parte da operadora de plano de saúde. Neste sentido, confira-se:

> *"PLANO DE SAÚDE - Contrato coletivo - Beneficiário dependente idoso - Reajuste de mensalidade por faixa etária - Vedação expressa no*

Acesso ao Sumário

Estatuto do Idoso, aplicável ao caso, conforme súmula nº 91 aprovada pelo Órgão Especial deste Tribunal - Nulidade declarada - Reajuste por aumento de sinistralidade - Abusividade reconhecida - Violação dos deveres de transparência e informação - Limitação dos reajustes aos índices autorizados pela ANS aos planos individuais e familiares - Cabimento - Precedentes - Devolução em dobro dos valores pagos a maior - Descabimento - Inaplicabilidade do art. 42, parágrafo único, do CDC - Danos morais - Inocorrência - Ação parcialmente procedente - Recurso parcialmente provido."

(Apelação Cível nº 0045179-71.2010.8.26.0562, Rel. Des. Rui Cascaldi, v.u., j. 21.10.2014)

Por conseguinte, também merece acolhida o pleito de devolução dos valores pagos a maior durante o período em que ambos os aumentos foram aplicados, sob pena de enriquecimento ilícito da ré. Tais valores devem ser apurados em liquidação e acrescidos de correção monetária desde as datas dos respectivos pagamentos e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, compreendendo três anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Embora anteriormente tenha adotado entendimento diverso, no sentido de que os prazos prescricionais relativos às pretensões oriundas de contratos de plano de saúde e seguro saúde apresentavam regime jurídico distinto, pacificou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial representativo de controvérsia a prescrição trienal nos termos do artigo 206, parágrafo 3º, inciso IV, do Código Civil. Confira-se:

"1. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO CARÁTER ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ÂNUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(REsp nº 1.360.969/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção,

Acesso ao Sumário

j. 10.08.2016)

Dessa forma, a devolução dos valores cobrados em excesso deve compreender o período de três anos desde a propositura da ação, e não de apenas um ano na forma da R. Sentença apelada.

Por fim, há de se afastar a pretensão para que a mensalidade da coautora Maria de Fátima seja igual a atribuída ao autor. Com efeito, a dependente já ingressou no atual plano de saúde com idade de 59 (cinquenta e nove) anos, de modo que o reajuste não se deveu à portabilidade, mas a própria mudança de faixa etária. Assim, com os limites já aludidos nesta decisão, sua mensalidade também deverá ser recalculada, devolvido o excesso nos termos já definidos, sem que isso signifique, todavia, similitude com os valores cobrados em face do titular do plano.

Sucumbente em maior parte, arcará a ré com o pagamento de honorários advocatícios que ficam fixados em 15% do valor da condenação, já considerados neste percentual a sucumbência recursal, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte aos recursos de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001184-87.2012.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, é apelado LUIZ CESAR GUALBERTO VERAS INOUE.

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 27895/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente sem voto), GIFFONI FERREIRA e ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR.

São Paulo, 16 de maio de 2017.

ALVARO PASSOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Atraso na entrega das chaves - Inadimplência

da construtora - Reconhecimento - Pretensão ao recebimento de lucros cessantes, decorrente da impossibilidade de utilização do bem - Cabimento - Sentença de parcial procedência mantida - Ratificação dos fundamentos do "decisum" - Aplicação do art. 252 do RITJSP/2009 - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 359/363, cujo relatório se adota, que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, julgou-a parcialmente procedente, condenando a ré á indenização por dano material no valor de R$ 35,838,80 somado aos valores de taxa de condomínio cujo pagamento foi efetuado no período de maio a setembro de 2011 com incidência de correção monetária desde a data do pagamento e juros legais da mora desde a citação.

Inconformada, a ré apela e requer a reforma do julgado, pelas razões expostas a fls. 372/380.

Com contrarrazões (fls. 388/399), vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

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

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

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou*

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

Acesso ao Sumário

ausência de fundamentação no decisum" (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j . de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j . de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j . 17.12.2004 e REsp nº 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Consigna-se que, corretamente, a r. sentença assentou que é necessário que o consumidor tenha pleno conhecimento da possibilidade de prorrogação para permitir que planeje o recebimento do imóvel somente após o decurso contratual de prorrogação. No caso vertente, a ré utilizou artifício para dificultar o entendimento do consumidor sobre o prazo de entrega, pois nada indicou no quadro resumo sobre possibilidade de prorrogação do prazo por cento e oitenta dias, possibilitando o entendimento ao consumidor de entrega da obra em agosto de 2009 ou um mês após a assinatura junto ao agente financeiro.

Acrescente-se, ainda, "considerando a confusão causada pela ré para o entendimento pelo consumidor do prazo para a entrega da obra, deve prevalecer a interpretação mais favorável, excluindo- se a validade da prorrogação da entrega por cento e oitenta dias diante da ausência da informação o quadro resumo." (fls. 362)

Diante da culpa da apelante pela inadimplência contratual e pelos claros gastos tidos pela apelada em razão do atraso na entrega do imóvel, cabível é a condenação no pagamento de lucros cessantes, que decorrem da impossibilidade de utilização do imóvel, que, no caso, obstou a apelada de auferir renda, devendo ser mantido o valor, bem como o período imposto na origem.

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

Cabe registrar, finalmente, que, ao ser adotada uma tese de mérito, todas as outras, com ela incompatíveis, são rejeitadas automaticamente. E, ainda que sejam examinados um a um os fundamentos expostos nos articulados, aqueles que não se encaixam na tese acolhida pelo julgador estão rechaçados.

Na hipótese de interposição de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes desde já intimadas a se manifestarem no próprio recurso a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão especial deste E. Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019566-14.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., é apelada SILVIA YARA BORTOLUZZO (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 39.949)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACOIA e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 18 de maio de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO C.C. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. Negativação do nome da autora junto a órgãos de proteção ao crédito. Abusividade. Inexistência de relação jurídica a embasar a inscrição do nome. Enunciado nº 24 desta Câmara. Ônus da prova da ré. Art. 6º, VIII do CDC. Inscrição indevida. Necessidade de concretização da exclusão de referida inscrição. Dano moral. Caracterizado. Indenização corretamente fixada em R$ 8.800,00. Correção monetária e juros de mora nos termos da r. sentença. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de inexigibilidade de crédito c.c. indenização por perdas e danos morais, **julgada PROCEDENTE** pela r. sentença de fls. 100/101, da lavra do í. Magistrado Marcelo Eduardo de Souza, de relatório adotado.

Apela a ré, pleiteando, em suma, a inversão do julgado para que sejam afastadas suas condenações, sob pena de enriquecimento sem causa da autora.

Contrarrazões às fls. 129/132.

É O RELATÓRIO.

Cuida-se de ação de inexigibilidade de crédito c.c. indenização por

perdas e danos morais, proposta por Silvia Yara Bortoluzzo em face de Nextel Telecomunicações LTDA.

Almeja a autora, a condenação da ré à proceder o cancelamento definitivo das restrições de crédito por ela inseridas no SCPC; e ao pagamento de indenização por perdas e danos morais em favor da autora, no valor equivalente a R$ 31.520,00.

A decisão *a quo* considerou procedente a ação, ficando declarados inexistentes os débitos apontados pela parte ré e condenando a prestar-lhe indenização por danos morais, fixados em R$ 8.800,00 corrigidos da publicação da decisão e juros de mora da data da negativação.

O recurso não merece ser acolhido.

A apelada teve seu nome anotado perante cadastros restritivos ao crédito, em razão do débito mencionado na exordial, o qual alegou ter sido indevidamente rotulado como seu.

In casu, não houve a juntada de documento apto a evidenciar a regular constituição do negócio jurídico causador da inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito. Ou seja, conclui-se que inexiste contrato de prestação de serviço assinado pela apelada.

O encargo de confirmar a suposta combinação caberia à autora, mormente porque os fatos de seu direito estão apoiados em negativa geral (não realização de qualquer negócio), a cujo respeito o sistema processual civil brasileiro exonera a parte de fazer a prova diabólica. Ao revés, só o fato positivo é que pode exigir prova (**Vicente Greco Filho**. Direito Processual Civil brasileiro. Saraiva. São Paulo. 1995, pág. 186; e **Daniel Amorim Assumpção Neves**. Manual de Direito Processual Civil. Método, São Paulo. 2009, pág. 364).

Desse modo, a prova da relação jurídica competia à ré, já que se trata aqui de relação de consumo, com inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, CDC.

No âmbito desta Câmara, o teor do Enunciado 24, aprovado na ata da sessão de julgamento realizada em 17.04.2012, deste Tribunal, a saber: *I - A ausência de relação jurídica entre as partes desautoriza a inscrição no cadastro de inadimplentes; II - Responde pelo ato aquele que promoveu a inscrição em razão de negligência e/ou do risco inerente a sua atividade (art. 927, parágrafo único, CC), independentemente da atuação de terceiro fraudador; e III - A indevida inscrição, por si só, gera indenização por dano moral, dispensada a prova do abalo à honra e à reputação do lesado.*

No caso dos autos, negando a autora à celebração do contrato que gerou a negativação (fls. 1/10), caberia à requerida a prova de que a contratação foi regular. Aliás, não logrou apresentar o contrato originário e a cópia apresentada, segundo manifestação do perito judicial (fls. 93), não fornece elementos

materiais e técnicos, necessários e suficientes, para sua análise, ônus que lhe caberia.

Visto isso, considerando a existência da negativação, conforme demonstrada pela autora, nas fls. 14, bem como a falta de demonstração, pela apelante, de relação jurídica que a justifique, referida inscrição é indevida, independentemente da atuação de terceiro fraudador, uma vez que decorreu de negligência da apelante, devendo ser excluída permanentemente dos cadastros de proteção ao crédito.

Em casos como o presente, o dano de índole moral existe no próprio fato violador (inscrição indevida), impondo a necessidade de resposta, que nada mais é que a reparação desse dano. Emerge, pois, *ex facto*, na medida em que atingiu a esfera do lesado. É o *damnun in re ipsa*, não havendo necessidade, por isso, de reflexo patrimonial, bastando à reparação que o fato, por si só, cause ao ofendido transtornos e reações constrangedoras.

Veja-se a respeito:

"*Responsabilidade civil - Danos morais - Desnecessidade de prova do prejuízo – 'Damnum in re ipsa' - Fixação do 'quantum' pela técnica do valor do desestímulo. Necessidade de sancionamento do lesante. Recurso provido*" (1º TACSP, 4ª Câm. Esp.; AC nº 551.620-1-Santos, Rel. Juiz CARLOS BITTAR, j. em 2.8.95, V.U.; e ACs. nºs 814.354-8, de São Paulo, 839.263-8, de Osasco; 354.877.4/3-00, de Piracicaba; 405.884.4/0-00, de Santo André; e, 437.146.4/2-00, de Marília, todas de minha relatoria).

Ainda: JTJESP 146/118 e 145/106 e AC nº 744.051-9, Comarca de Bauru, 12ª Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil, rel. Juiz BERETTA DA SILVEIRA e ACs nºs 191.012.4/0-00, de Piracicaba; 268.476.4/1-00, de São Paulo; 282.680.4/5-00, de São Paulo; 238.584.4/0-00, de São Paulo; 252.423.4/0-00, de São Paulo; 298.927.4/5-00, de Catanduva; 354.488.4/7-00, de São José do Rio Preto; 329.464.4/0-00, de Itapira; 310.881.4/0-00, de Mogi das Cruzes; 314.503.4/5-00, de Presidente Prudente; 301.181.4/4-00, de São Paulo; 338.858.4/0-00, de São Paulo; 301.303.4/2-00, de Osasco; 340.875.4/7-00, de São Paulo; 344.159.4/9-00, de Valinhos; 389.339.4/0-00, de São José dos Campos; 377.172.4/4-00, de São Paulo; 453.327.4/6-00, de Indaiatuba; 445.268.4/2-00, de São Paulo; 638.022-4/2-00, de Ribeirão Preto; 635.591-4/6-00, de São Paulo; 634.008-4/0-00, de São Paulo; 631.980-4/2, de Botucatu; 632.235-4/0, de Santos, todas da 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA).

É igualmente da jurisprudência tranquila deste Tribunal ser dispensável "*a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do*

Acesso ao Sumário

indivíduo - o seu interior" (REsp nº 85.019- RJ, DJ 18.12.1998).

Ou seja, a prova do dano moral se satisfaz com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum (REsp nº 496.528/SP [2002/0170080-7] Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Apel. 437.146.4/2-00, de Marília, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, Apel. 440.251.4/9-00, de Bragança Paulista, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, Apel. 453.327.4/6-00, de Indaiatuba, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também está consolidada no sentido de que, na concepção moderna da reparação do dano moral, prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto (STJ - REsp nº 196.024/MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA; AgRg no Agravo de Instrumento nº 671.882/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES).

Destarte, uma vez que, perante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, desta Corte e, inclusive, desta Câmara, figura como categoricamente ilícita a conduta da recorrida em inserir o nome do recorrente em cadastro de devedores sem a regular constituição do negócio jurídico causador da inscrição, exsurge a obrigação de indenizar, por danos morais, que pesa em detrimento da requerida-apelante.

O valor da indenização por dano moral se sujeita ao controle do Tribunal de Justiça, sendo certo que na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcional ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (REsp nº 145.358-MG, Rel. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; Apel. 389.339.4/0-00, de São José dos Campos, 3ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA; Apel. 354.877.4/3-00, de Piracicaba, 3ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA; Apel. 364.243.4/9-00, de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA; Apel. 405.884.4/0-00, de Santo André, 3ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA; Apel. 437.146.4/2-00, de Marília, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, Apel. 416.755.4/8-00, de Itaí/Avaré, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, Apel. 411.604.4/3-00, de Santos, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA).

Diante disso, considerando a finalidade da indenização por dano moral,

Acesso ao Sumário

que tem um caráter intimidativo e compensatório, e levando-se em conta, ainda, o caso concreto, onde não houve comprovação de negócio jurídico regular a ensejar a inscrição, correta a fixação pelo juízo *a quo* em R$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), o qual se mostra consentâneo ao usualmente arbitrado, por esta Corte e por esta Câmara, para casos parelhos, com correção e juros de mora nos termos da r. sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001213-18.2014.8.26.0045, da Comarca de Arujá, em que é apelante VENÂNCIO BENTO FERNANDES, é apelado ASSOCIAÇÃO DOS ADQUIRENTES DE UNIDADE DE LOTEAMENTO ARUJÁ 5.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9578)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. LOTEAMENTO. TAXA ASSOCIATIVA.

Ação ajuizada por associação em face do proprietário de imóvel em loteamento, pretendendo a cobrança de taxas associativas vencidas e não pagas. Revelia do réu. Sentença de procedência. Apelo do requerido.

1. Réu citado pela via postal, conforme autorizam os arts. 221 e 222 do CPC/73. Aviso de Recebimento encaminhado para o mesmo endereço constante da procuração e assinado pela esposa do requerido. Validade da citação e do decreto de revelia ante o não oferecimento de contestação.

2. REsp 1280871/SP que, em regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou entendimento

Acesso ao Sumário

de que "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". Conclusão que não afasta a possibilidade da associação ser ressarcida pelos gastos efetuados em benefício do proprietário, em pleito fundamentado no enriquecimento sem causa (art. 884 do CC), conforme ressalva da Min. MARIA ISABEL GALLOTTI em seu voto no caso. Serviços prestados, sem oposição, que beneficiam o proprietário, direta e indiretamente, e demandam, necessariamente, dispêndio financeiro que podem ser cobrados. Obrigação derivada da vedação ao enriquecimento. Desnecessidade de ingresso com pleito indenizatório. Ressarcimento pelo rateio das despesas efetuadas, relativas, em regra, a serviços indivisíveis, que pode ser representado pelas taxas cobradas, caso demonstrada administração séria do loteamento. Exigir a comprovação específica de cada serviço prestado efetivamente ao imóvel implicaria em *probatio diabólica*.

3. Hipótese em que o réu não contestou o feito, comparecendo aos autos apenas em sede recursal, alegando a impossibilidade da cobrança por não ter aderido à associação. Inexistência de impugnação específica quanto à adequação entre o valor mensalmente cobrado e os serviços prestados. Condenação ao ressarcimento devida.

4. Aplicação de multa. Impossibilidade. Relação extracontratual. Legislação sobre condomínio edilício inaplicável. Sanção que não pode advir de analogia. Multa afastada.

5. Juros de mora a partir da citação. Relação extracontratual.

Correção monetária a partir de cada vencimento.

5. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *ação ordinária de cobrança* (sic), ajuizada por ASSOCIAÇÃO DOS ADQUIRENTES DE UNIDADE DE LOTEAMENTO ARUJÁ 5 em face

de VENÂNCIO BENTO FERNANDES.

A r. sentença (fls. 92/93), publicada em 16/02/2015 (fls. 94), julgou procedente a ação, nos seguintes termos:

> "*Ante o exposto e por tudo o mais que constar dos autos, com fulcro no artigo 269, inciso do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDNETE A AÇÃO e condeno a parte-ré a pagar à parte-autora as prestações condominiais e demais encargos do período de janeiro de 2012 a fevereiro de 2014 no montante de R$25.659,02 incidindo os acréscimos legais e contratuais até a data do efetivo pagamento e também condeno a parte-ré, em conformidade com o artigo 270 do Código de Processo Civil, a pagar as parcelas vencidas e não pagas após fevereiro de 2014, acrescidas de multa estatutária, juros de 1% ao mês e correção monetária, tudo a contar do vencimento de cada uma delas até a data do efetivo pagamento.*
>
> *Condeno o réu nas custas do processo e nos honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, com fulcro no artigo 20, §3º do Código de Processo Civil*." (Fls.93).

Inconformado, apela o réu (fls. 96/119).

Alega que não foi citado pessoalmente, nem foi nomeado advogado dativos, configurando-se cerceamento de defesa.

Diz que não é associado da autora, não aderindo à instituição que age como se fosse um condomínio, desviando-se de sua finalidade institucional.

Afirma que a requerente não pode impor taxas a quem dela não participa formalmente, pois trata-se de mera associação de moradores que só possui vínculos obrigacionais com aqueles que aderiram ao seus estatutos.

Argumenta que a autora não é empresa prestadora de serviços e não pode impor taxas ou obrigações.

Colaciona inúmeros julgados e faz referência a diversos dispositivos legais, pretendendo prequestioná-los.

Recurso tempestivo, bem processado e preparado (fls. 121 /12 2).

Contrarrazões pela autora (fls. 161/166).

É o relatório.

VALIDADE DA CITAÇÃO POSTAL

Inexiste a alegada nulidade do reconhecimento da revelia no caso em estudo.

Isto porque o réu foi citado pela via postal, conforme autorizam os arts. 221 e 222 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época (fls. 79).

Sendo que o Aviso de Recebimento (fls. 79vº) foi encaminhado para o mesmo endereço consignado pelo requerido na procuração outorgada aos

Acesso ao Sumário

seus patronos (fls.120) e assinado pela sua esposa, nada havendo que afasta a validade do ato.

E, sendo o réu devidamente citado e deixando de oferecer contestação, não havia mesmo que lhe ser nomeado advogado dativo, haja vista que a hipótese é de revelia, nos termos do art. 319 do CPC/73.

MÉRITO

Cumpre, primeiramente, pontuar que o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou, recentemente, entendimento a cerca do tema, em regime de recursos repetitivos (art.543-C do Código de Processo Civil), no sentido de que *"As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram"* (REsp 1280871/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/Acórdão Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 22/05/2015).

Entretanto, a aplicação do entendimento deve ocorrer segundo a ressalva feita pela Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI em seu voto no caso. *In verbis*:

> *Acompanho o voto do Ministro Marco Buzzi e a tese por ele proposta: "a taxa de manutenção criada por associação d morador não obriga os proprietários não associados ou os que a ela não anuíram". Ressalto, todavia, que, ao meu sentir, o acolhimento desta tese não significa que não possa, em tese, haver o ajuizamento de ação de indenização por enriquecimento sem causa quando alegado e demonstrado que o morador se beneficia, utiliza concretamente de serviços fornecidos pela associação e por eles nada paga.*
>
> *No caso ora em exame, como na maioria dos que tenho analisado, as associações de moradores alegam o seguinte: o réu que tem uma casa nesse loteamento, usufrui dos serviços que a associação presta, mas não paga a taxa de manutenção estipulada pela associação, donde extraia a conclusão de que haveria enriquecimento ilícito. Está-se, pois, a cobrar taxa fixada unilateralmente pela associação, da qual não faz parte o réu, sem a especificação dos benefícios usufruídos concretamente por ele e dos valores dos serviços prestados.*
>
> *Neste caso agora em julgamento, por exemplo, o que alega o réu em contestação é que são 290 imóveis e que, nas assembléias, só participam vinte proprietários; que a associação só cuida da rua principal, que a dele está relegada ao descaso; que essa associação apenas prejudica quem não mora na via principal. Isso porque impõe o uso de uma tarja no carro, dizendo que é associado; quem não tiver essa tarja de associado tem de entrar por uma outra entrada e ser revistado, identificados todos os ocupantes do carro; o correio, ele não recebe mais em casa, porque desde que criaram essa associação de moradores, as correspondências são entregues na guarita, e o pessoal da guarita só entrega [a correspondência] a quem passa por aquela cancela de associado, e, portanto, ele tem que parar o carro, saltar e pegar a correspondência.*

Acesso ao Sumário

Em síntese, ele diz que não se beneficia de nada, pelo contrário, a atividade da associação o atrapalha. Além disso, diz que o imóvel dele tem um décimo do tamanho de outros, e a associação cobra o mesmo valor de todos, mesmo que o imóvel seja dez vezes maior. Não estou emitindo juízo sobre essas alegações, mas apenas narrando o que o réu alega. Acredito, portanto, que essa tese proposta pelo Ministro Marco Buzzi atende fielmente ao que nossos inúmeros precedentes estabelecem: uma taxa imposta por uma associação de moradores não pode ser cobrada de quem não é associado. Isso, todavia, não impede, ao meu sentir, que a associação de moradores ajuíze ação de ressarcimento, com uma outra causa de pedir.

Nesta ação aqui, a associação autora alegou, em síntese: - nós, da associação, fixamos o valor de R$ 290,00 (duzentos e noventa reais) por mês, e o réu está inadimplente, porque há dois anos não paga os R$ 290,00 (duzentos e noventa reais) por mês. A associação não afirma que os R$ 290,00 (duzentos e noventa reais) por mês correspondam ao exato valor de serviços específicos e necessários, de que realmente tenha usufruído o réu.

Penso que o fundamento de enriquecimento ilícito, constante no art. 884 do Código Civil, não está abrangido na tese proposta. O que não podem as associações é cobrar uma taxa que foi fixada unilateralmente pelos participantes e exigir que não associados a paguem. Diversamente, a taxa de condomínio propriamente dito, legalmente instituído, obriga a todos os condôminos e deve ser fixada de acordo com as regras regulamentares e legais pertinentes, especialmente o quorum de deliberação. A associação não pode impor taxas, sob qualquer nome ou título, para pagamento pelos não associados.

Mas nada obsta, mesmo que aprovada essa tese repetitiva, que uma determinada associação ajuíze ação contra um determinado morador de condomínio, loteamento, bairro, e alegue: faço serviço de limpeza, tenho uma guarita para segurança, entrego a correspondência na casa de todos. Nesta ação, ele seria cobrado não do valor de taxa estipulada pela associação, mas apenas daquilo que o beneficia e na medida do benefício. A causa de pedir não seria a mera inadimplência de uma taxa imposta unilateralmente pela associação, não se sabendo se na medida do benefício proporcionado ao morador réu.

Com essas ressalvas, acompanho a divergência iniciada pelo Ministro Marco Buzz.

(g.n.)

Dessa forma, o melhor entendimento é pela impossibilidade da associação cobrar taxa propriamente dita, mas pela possibilidade de ser ressarcida pelos gastos efetuados em benefício do proprietário, em pleito fundamentado no enriquecimento sem causa.

Com esse entendimento, já se manifestou esta Colenda Câmara:

Acesso ao Sumário

Ação de cobrança. Associação de moradores. Despesas condominiais (serviços de manutenção e conservação). Propriedade de lote que não é circunstância suficiente à admissibilidade e ao cabimento da ação de cobrança. Ausência de cláusula convencional averbada na matrícula do imóvel. Obrigação propter rem não configurada. Relação obrigacional que exige vontade expressamente declarada pelo proprietário do imóvel no sentido de associar-se. Cobrança de serviços efetivamente prestados e que beneficiam o morador do condomínio. Possibilidade, na medida do referido benefício. Descabimento da cobrança de taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram. Orientação do STJ firmada no REsp. 1280871, com rito de eficácia vinculante. Sentença mantida. Recurso desprovido. (...)

É certo que cabe anotar a teórica viabilidade de pleito indenizatório em razão dos serviços prestados ao titular do domínio.

Nessa exata medida, a associação poderá ser credora de serviços que efetivamente são prestados e que beneficiam o morador do condomínio. A vedação, pois, da cobrança de taxa unilateral a não associado não compromete que sobrevenha ação de cobrança das verbas alusivas ao anotado custeio.

*Convivem, portanto, a impossibilidade de cobrança de taxa ao não associado com a **possibilidade de cobrança dos valores condizentes com serviço que beneficie o respectivo morador e na medida desse benefício**.*

(TJSP, Ap. 0113379-71.2009.8.26.0011, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Rômolo Russo, j. 19/08/2015 - g.n)

Assim, a quantia do ressarcimento das despesas pode ou não, a depender do caso e da comprovação, ser equivalente ao valor da taxa.

Se restar comprovado que há coerência entre os serviços oferecidos e os valores cobrados, o ressarcimento das quantias é devido.

O posicionamento intermediário é razoável porque, conquanto se reconheça a inexistência de vínculo contratual entre as partes e a impossibilidade de ser o proprietário compulsoriamente associado à entidade, é necessário admitir que os serviços prestados, sem oposição, o beneficiam, direta e indiretamente, e demandam, necessariamente, dispêndio financeiro.

É evidente, nesse sentido, que os custos devem ser rateados entre todos os beneficiados, sendo que a quantia mensal fixada pela entidade administradora (na maioria das vezes, em assembleia geral de associados), feita de forma séria e relativa aos serviços prestados, pode muitas vezes representar tal rateio de despesas, ou seja, o que deve ser objeto de ressarcimento.

Exigir a comprovação específica de cada serviço prestado efetivamente ao imóvel, por outro lado, implicaria em *probatio diabólica*. Destaca-se ainda que, em regra, os serviços são *indivisíveis*.

Acesso ao Sumário

O que não é razoável é a cobrança de valor arbitrário, sem a demonstração de sua correlação com os benefícios promovidos.

Presentes tais elementos, é possível o ressarcimento em valor equivalente à "taxa", ainda que tenha sido proposta ação de cobrança, e não indenizatória.

Com efeito, liberar o devedor do pagamento de qualquer quantia ocasionaria clara injustiça, beneficiando-se o morador dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação, o que é vedado pela proibição de enriquecimento sem causa (art. 884, CC/2002) e, igualmente, na medida em que se mostraria incoerente e pautado pela má-fé comportar-se de modo a usufruir dos benefícios decorrentes dos serviços custeados pelos demais moradores, negando-se, conscientemente, a contribuir para manutenção das respectivas despesas.

Faz-se, ainda, ressalva para as situações em que, embora não associado, o adquirente anuiu com os serviços e a cobrança das taxas no compromisso de compra e venda, hipótese na qual a cobrança da *taxa propriamente dita* é devida.

Corroborando:

Loteamento fechado, ou dotado de serviços diferenciados aos moradores - Associação de moradores, clube de campo, sociedade ou outra modalidade criada para custear a estrutura e serviços do empreendimento, que beneficiam e valorizam todos os imóveis - Recente entendimento de recurso repetitivo (543-C CPC) C. STJ no sentido de que "as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram" - Ressalva feita, portanto, às situações em que, embora não associado, o adquirente anuiu com os serviços e a cobrança das taxas - Compromisso de compra e venda que contém cláusula expressa na qual o adquirente do lote se compromete a participar do rateio das despesas do empreendimento fechado, além de declarar-se expressamente associado - Multa moratória devida por quem declarou-se associado - Correção monetária a partir do vencimento - Juros a partir da citação - São devidas também as parcelas vencidas no curso da ação até a data da satisfação do crédito, de acordo com o art. 290 CPC - Recurso improvido.

(TJSP, Ap. 0053247-16.2012.8.26.0602, 1ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 11/08/2015 - g.n)

Fixadas as premissas do julgamento, passa-se à análise do caso concreto.

RESSARCIMENTO DE DESPESAS A FIM DE EVITAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

No caso em estudo, não há qualquer prova documental da condição do réu de associado, todavia, não se pode relegar a plano de pouca importância a revelia deste que a penas em sede recursal negou sua adesão à associação.

No entanto, ainda que se entenda pela inexistência de adesão do requerido à associação, o ressarcimento dos valores almejados na presente ação, ante tudo

Acesso ao Sumário

que já foi explicitado, é devido sob o fundamento da vedação ao enriquecimento sem causa.

Apesar de inexistirem provas cabais da condição do apelante de associado, as atas de assembleias juntadas pela autora com a inicial (fls. 17/53vº) demonstram a prestação de diversos serviços de manutenção e implementação de melhorias no loteamento, cujas despesas foram rateadas entre os proprietários dos imóveis ali localizados.

E, inexistindo impugnação do apelado quanto à efetiva realização de tais serviços, entende-se que estão sendo prestados a contento e, portanto, devem mesmo ser objeto de rateio entre as unidades habitacionais que deles se beneficiam.

Some-se a isso, o fato de que não foram demonstradas quaisquer irregularidades contábeis da associação que afastem a adequação do valor da taxa cobrada mensalmente com os serviços que estão sendo oferecidos.

Desse modo, entendo que o ressarcimento das despesas realizadas pela apelada, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do apelante, pode ser equivalente às taxas mensais cobradas.

Nada havendo que afaste o direito de serem cobradas, também, as taxas que se venceram no curso da demanda, pelos mesmos motivos já expostos.

MULTA MORATÓRIA

Não é possível, todavia, que nos valores cobrados se inclua qualquer tipo de **multa**, tendo em vista que não se trata de relação contratual. Ademais, não é possível a aplicação da multa moratória prevista na legislação sobre condomínio edilício, uma vez que não é possível haver sanção por analogia.

Nesse sentido:

*CONDOMÍNIO DE FATO - Loteamento fechado - Associação Amigos da Malota - Dever de todos os proprietários beneficiados de ratear as despesas, associados ou não - Temática que não se ajusta ao singelo raciocínio extraído da regra constitucional garantidora da liberdade associativa, mas se afina ao princípio geral que veda o enriquecimento sem causa - Hipótese em que não se discute a prestação de serviços - Precedentes desta Corte - Recurso desprovido. CONDOMÍNIO DE FATO - Contraprestações mensais não pagas - **Multa - Impossibilidade de cobrança de qualquer valor pecuniário a esse título - Hipótese em que, à míngua de formal vínculo associativo, apto a definir a prefixação de perdas e danos para a hipótese de inadimplemento, inexiste causa legal ou convencional autorizante da incidência da multa - Analogia vedada** - Recurso desprovido, com observação.*
(TJSP, Ap. 9250619-16.2008.8.26.0000, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Ferreira da Cruz, j. 18/12/2013 - g.n)

LOTEAMENTO FECHADO - Ação de cobrança - Instrumento que comprova a contratação da autora para a administração do loteamento

Acesso ao Sumário

*- Legitimidade ativa configurada - Dever do proprietário de contribuir com tais despesas previsto em cláusula constante do compromisso de compra e venda do lote, havendo constado a previsão da obrigação no registro imobiliário - Réus que não negaram propriamente a prestação de serviços e implemento de benefícios no loteamento - Contas prestadas pela autora - Taxas de manutenção devidas - **Descabimento da multa moratória - Prevista na legislação sobre condomínio edilício apenas, não se pode cogitar da imposição de sanção por analogia** - Tampouco restara comprovada a existência de previsão convencional - Tratando-se de prestação periódica, incluem-se no pedido as parcelas que se vencerem no curso da ação, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença - Ação julgada procedente em parte - Recurso provido em parte.*

(TJSP, Ap. 9159437-12.2009.8.26.0000, 1ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 13/12/2011 - g.n)

Diante disso, deve ser afastada da condenação a incidência de multa estatutária.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

Por fim, por se tratar de relação extracontratual, os **juros de mora devem incidir a partir da citação**. A correção monetária, como mera recomposição do valor da moeda, deve ter como termo inicial cada dispêndio.

Corroborando:

COBRANÇA. TAXA DE CONSERVAÇÃO. LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO EXCLUSIVO DA AUTORA. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. VENCIMENTO DE CADA PRESTAÇÃO. JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DECORRENTE DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA MULTA MORATÓRIA. INCLUSÃO DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS. ART. 290, CPC. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE DECORRE DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Sentença que julgou procedente a ação de cobrança de taxas de conservação. Associação de moradores. Manutenção. Recurso exclusivo da autora. 2. Termo inicial da correção monetária que deve ser do vencimento de cada prestação. Mera recomposição do valor da moeda. 3. Juros de mora que, por sua vez, devem incidir a partir da citação, já que a responsabilidade é extracontratual, decorrente da vedação do enriquecimento ilícito. 4. Possibilidade de inclusão, na condenação, das prestações vencidas no curso da demanda. Art. 290, CPC. 5. Imposição de multa moratória. Descabimento, eis que sequer comprovada a existência de previsão no Estatuto Social. 6. Aplicação do princípio da causalidade que impõe a condenação do réu nos ônus da sucumbência, ainda que revel. Honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor total do débito.

Acesso ao Sumário

7. Apelação da autora parcialmente provida.
(TJSP, Ap. 0006581-76.2009.8.26.0176, 9ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 24/09/2013 - g.n)
LOTEAMENTO - Ação de cobrança de contribuições para conservação, manutenção e segurança das áreas do empreendimento - Preliminares de nulidade por cerceamento de defesa e de ilegitimidade ativa afastadas - Dever de todo adquirente de concorrer para o custeio das despesas comuns, sob pena de enriquecimento sem causa - Garantia constitucional contida no art. 5°, XX, que cede passo a dispositivo de igual natureza previsto no inciso XXIII do mesmo artigo - Prescrição em parte dos valores cobrados - Aplicação do artigo 2028 do Código Civil - Prazo prescricional contado individualmente desde o vencimento de cada parcela - Juros de mora que incidem a partir da citação - Natureza extracontratual do débito - Sucumbência recíproca que resulta na divisão igualitária dos encargos - Recurso parcialmente provido.
(TJSP, Ap. 9203471-72.2009.8.26.0000, 9ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 04/12/2012 - g.n).

DISPOSITIVO

Diante disso, o apelo deve ser parcialmente acolhido para afastar da condenação a incidência de multa estatutária e estipular a incidência de juros de mora e correção monetária nos termos acima explicitados.

Assim, o pedido deve ser julgado parcialmente procedente, para condenar o réu ao pagamento das taxas vencidas e não pagas a partir de janeiro de 2012, inclusive aquelas vencidas no curso da demanda, acrescidas de correção monetária a partir de cada vencimento e juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

Tendo a autora decaído de parte mínima do pedido e considerado o princípio da causalidade, arcará o requerido com as despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC/1973, vigente à época da interposição do recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, para julgar parcialmente procedente a demanda, nos termos acima especificados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0072123-28.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante INAJÁ GUEDES BARROS e é apelado CLUBE CAMPINEIRO DE REGATAS E NATAÇÃO.

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 27841)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), SALLES ROSSI e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 25 de maio de 2017.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Ação desconstitutiva de decisão de sindicância administrativa c.c. indenização por danos morais - Improcedência - Inconformismo - Não acolhimento - Agressão entre associados de clube desportivo, quando ambos se encontravam na academia do clube - Sindicância administrativa instaurada para apurar os fatos que observou os direitos do autor ao contraditório e à ampla defesa - Procedimento administrativo que não se mostrou eivado de irregularidades - Decisão final que aplicou sanção de suspensão equivalente a ambos os envolvidos no episódio, de modo fundamentado e com amparo em normas estatutárias - Poder Judiciário a quem descabe reexaminar o mérito de decisões *interna corporis* do comitê sindicante e do Conselho Deliberativo do clube, que não estão eivadas de manifesta ilegalidade ou abuso de direito - Inexistência de defeito no serviço prestado pelo réu - Inteligência do art. 14, do CDC - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação desconstitutiva de decisão proferida em sindicância administrativa c.c. indenizatória por danos morais movida por Inajá Guedes de Barros em face de Clube Campineiro de Regatas e Natação, julgou improcedente a demanda. Confira- se fls. 449/460.

Inconformado, apela o autor (fls. 468/481), sustentando, em resumo, que a sentença reconheceu ser Rafael Fernandes o agressor, e Inajá, a vítima, de modo que não poderia ter mantido a decisão administrativa do clube que impôs igual punição a ambos (suspensão de 75 dias). Insiste na existência de ilegalidades e cerceamento de defesa no âmbito da sindicância administrativa realizada pelo clube, sobre os quais discorre, e em fazer jus a indenização por danos morais em face do clube. Junta acordo celebrado com Rafael Fernandes para

Acesso ao Sumário

cumprimento da sentença contra este último prolatada, em que teria reconhecido sua culpa pelos eventos, o que corroboraria a injustiça da decisão da sindicância administrativa de impor punição equivalente a ambos.

O preparo foi recolhido (fls. 485/488 e 512/513), sendo o recurso recebido (fls. 490) e contrarrazoado (fls. 493/498).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - A demanda está mesmo fadada à improcedência.

Em primeiro lugar, não se vislumbra, na prova produzida, ilegalidade e/ou cerceamento de defesa na sindicância administrativa realizada pelo apelado para apurar os fatos relacionados à agressão sofrida pelo apelante e para responsabilizar aqueles que, após tal apuração, fossem considerados responsáveis.

Extrai-se da prova documental acostada à inicial que o apelante teve oportunidade de exercer seus direitos ao contraditório e à ampla defesa - apresentou defesa, teve amplo acesso aos autos da sindicância, as testemunhas que arrolou foram ouvidas, o próprio apelante foi pessoalmente ouvido, inclusive com a presença do outro associado envolvido (o que é legítimo), seus advogados tiveram oportunidade de participar de todos os atos, recorreu da decisão administrativa tomada ao final (quando pode explorar os depoimentos das testemunhas, a despeito da não apresentação de novos memoriais finais após tais oitivas), e as decisões da comissão sindicante e do Conselho Deliberativo do clube apontaram os fundamentos pelos quais entenderam aplicáveis as sanções cominadas, ao apelante e ao agressor.

Em suma, não se verifica, do exame dos autos, qualquer prejuízo aos direitos do apelante ao contraditório e à ampla defesa, inexistindo violação ao art. 5°, LV, da CF.

O fato de se ter concluído, em demanda judicial promovida pelo apelante, que este foi vítima da agressão, havendo, após a prolação da sentença, a celebração de transação entre o apelante e o apontado agressor (em que, ao contrário do que afirma o apelante, inexiste reconhecimento expresso de culpa), não autoriza, por si só, que o Poder Judiciário se imiscua na decisão *interna corporis* da comissão sindicante do clube (posteriormente confirmada pelo Conselho Deliberativo), que, apurando os fatos, decidiu aplicar sanção a ambos os envolvidos no episódio, de modo fundamentado, com amparo em disposições estatutárias.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, predomina a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. Confira-se:

> "Processo administrativo disciplinar. Instauração para suspensão de associado de clube recreativo e esportivo. Observância ao Regimento Interno, existência de amplo debate e oportunidade de defesa. Ausência

de nulidade. Impossibilidade de intervenção do Judiciário no mérito do procedimento. Sentença mantida. [...]" (Apelação nº 0013714-53.2015.8.26.0664, TJSP, 10ª Câm. de Dir. Priv., Rel. Des. Araldo Telles, j. em 29.11.2016.)

.....

"ANULATÓRIA - APLICAÇÃO DE PENA DE EXCLUSÃO DO AUTOR DO QUADRO SOCIAL DE CLUBE RECREATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL NO MÉRITO DA DECISÃO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO LIMITADA AOS ASPECTOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR ADOTADO - SANÇÃO IMPOSTA COM OBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - ATO VÁLIDO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA - APELO DO RÉU PROVIDO, PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO ADESIVO DO AUTOR." (Apelação nº 0000661-30.2010.8.26.0001, TJSP, 5ª Câm. de Dir. Priv., Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. em 17.08.2016.)

.....

"ASSOCIAÇÃO - PUNIÇÃO IMPOSTA A ASSOCIADO DE CLUBE - DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PENALIDADE DE SUSPENSÃO DECORRENTE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO DO APELANTE AFASTADO - CONVENIÊNCIA DE DECISÃO ***INTERNA CORPORIS*** QUE NÃO COMPORTA REEXAME PELO JUDICIÁRIO - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE, ILEGALIDADE OU INFRAÇÃO ESTATUTÁRIA NO ATO - DESVIO DE FINALIDADE E IRREGULARIDADES ALEGADAS NÃO PROVADAS - SENTENÇA MANTIDA. Deve ser prestigiada a sentença que julgou improcedente pedido de nulidade de ato administrativo de clube recreativo que aplicou sanção de suspensão a associado após prévio procedimento administrativo, que não se mostrou eivado de irregularidades. Inadmissível revisão pelo judiciário de ato ***interna corporis***. Apelante que não obteve êxito em comprovar alegado desvio de finalidade ou irregularidades no procedimento que lhe imputou a punição impugnada. Ausente ato ilícito, inexiste dano a ser indenizado. Sentença mantida. RESULTADO: apelação desprovida." (Apelação nº 0004847- 96.2009.8.26.0368, TJSP, 8ª Câm. de Dir. Priv., Rel. Alexandre Coelho, j. em 19.08.2015.)

Acrescente-se que não há, nos autos, manifestação formal do apelado reconhecendo "equívoco" na decisão administrativa da sindicância (como afirma o apelante a fls. 520), e que, de todo modo, como se disse acima, não cabe ao Poder Judiciário reexaminar o mérito das decisões administrativas da sindicância e do Conselho Deliberativo do clube, cujas conclusões, embora não convirjam integralmente com aquelas expostas na sentença quanto aos fatos ocorridos, não estão eivadas de manifesta ilegalidade ou abuso de direito.

Acesso ao Sumário

Em segundo lugar, o apelante não se encontrava em uma boate, ou em uma festa, como na maior parte dos casos objeto dos arestos colacionados no apelo. Encontrava-se na academia de ginástica de um clube desportivo.

Não se vislumbra, nessa hipótese, à luz do art. 14, § 1°, do CDC, a existência de responsabilidade objetiva do apelado por agressão física levada a cabo contra o apelante por outro associado do clube, quando ambos se encontravam na academia de ginástica, não se tratando, na hipótese, de risco razoavelmente associado ao serviço prestado, tampouco se tratando, no caso, de defeito no modo de fornecimento.

Ante evento envolvendo agressão entre associados e relatos contraditórios de ambos, o apelado instituiu sindicância administrativa para apurar os fatos, suspendendo preventivamente os envolvidos, inclusive com o fim de evitar novas agressões físicas e verbais, e, ao final, impôs sanção a ambos, conforme conclusões da comissão sindicante, tomadas após procedimento administrativo que, conforme se extrai dos autos, foi regular, o que constitui exercício regular de direito (art. 188, I, do CC).

Também sob esta ótica, portanto, a demanda é improcedente.

Ante os fundamentos acima expostos, verifica-se que todos os argumentos do apelante que poderiam impactar o resultado da demanda foram apreciados e decididos, e que inexiste violação ou negativa de vigência a qualquer dos dispositivos suscitados, que restam integralmente prequestionados.

Concluindo, pelos fundamentos *supra*, de rigor a manutenção do decreto de improcedência posto na sentença.

III - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1051161-67.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante D.L.N., é apelado F.Q.B.B.L.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em razão de divergência, a turma julgadora foi ampliada, Artigo 942 do CPC. Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso. O 2º Juiz, que declara voto, e o 4º Juiz negavam provimento ao recurso. Sustentaram oralmente a Doutora Carolina Mellone Etlin e a Doutora Carolina Cruz Mc Cardell.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21619)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), JAMES SIANO, MOREIRA VIEGAS, FÁBIO PODESTÁ e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PATERNO E MODIFICAÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME DE VISITAS - Autora que pretende a concessão de suprimento de consentimento paterno para a fixação de domicílio do menor no exterior pelo período de 2 anos - Improcedência do pedido - Inconformismo - Acolhimento parcial - Provas técnicas produzidas nos autos da ação de modificação de guarda ajuizada pelo réu em face da autora que são minuciosas e concluem que o suprimento é do interesse do menor - Pareceres do Ministério Público de primeiro e segundo graus que são favoráveis à procedência do pedido inicial - Requerente que formulou pedido de mudança de domicílio por tempo determinado e propôs regime de visita provisório que garante convivência razoável entre pai e filho - Requerido que não pretende a efetiva guarda do menor, mas sim compelir a ex-esposa a permanecer no país - Recusa do requerido que não se justifica - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de suprimento de consentimento paterno para mudança temporária de domicílio e modificação do regime de visitas ajuizada por D.L.N. em face de F.Q.B.B.L., tendo a r. sentença de fls. 799/802, de relatório adotado, julgado improcedente o pedido.

Inconformada, apela a autora sustentando, em síntese que: a) a prova técnica judicial é contundente ao concluir pela inexistência de elementos que justifiquem a modificação da guarda unilateral materna para a compartilhada; b) o menor convive com o padrasto há quase 5 anos, ao passo que a convivência com o agravante durou somente até os seis meses de idade do filho; c) a guardiã-apelante, grávida de 5 meses, tem o direito constitucional de fixar domicílio onde quiser, não existindo no ordenamento jurídico brasileiro previsão de imposição ao guardião de residência na cidade ou no país do outro genitor;

Acesso ao Sumário

d) a sentença é contrária aos interesses do menor e os danos causados são permanentes e irreversíveis; e) o parecer do Ministério Público é favorável à mudança do menor; f) a vontade do menor de mudar com a mãe para Londres está demonstrada pela declaração espontânea perante a psicóloga; g) a ação de modificação de guarda ajuizada pelo apelado está instruída com todas as provas necessárias, inexistindo justificativa para inviabilizar a mudança da família para a Inglaterra; h) o apelado tenta procrastinar e protelar a prestação jurisdicional, devendo ser condenado por litigância de má-fé. Requer, pois, o provimento do recurso (v. fls. 805/861).

Recurso recebido, processado e respondido (v. fls. 867/900).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (v. fls. 924/934).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Inicialmente, recomenda-se à autora, ora apelante, que seja mais concisa em suas manifestações, já que a petição inicial conta com 45 folhas, ao passo que as razões de apelação, com 57 folhas. Ora, não é necessário escrever 57 laudas para buscar a reforma de uma decisão judicial.

Qualquer peça processual (petição inicial, contestação, reconvenção, petição arguindo o impedimento ou a suspeição do juiz, alegações finais, razões de apelação, contrarrazões, etc.) deve pautar-se pela clareza, objetividade e concisão. O operador do Direito não precisa apresentar longos arrazoados recheados de transcrições de ementas, de lições doutrinárias e de textos legais que, não raro, apenas servem para dificultar o exame da matéria e atrasar a almejada decisão judicial, em detrimento do próprio jurisdicionado.

Não foi por outra razão que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo criou o "Projeto Petição 10 Sentença 10", cujo objetivo é conscientizar o operador do Direito a escrever com mais objetividade (endereço eletrônico constante no texto original).

Sendo assim, espera-se que a autora seja mais comedida em suas manifestações.

Quanto à questão de fundo, respeitada a convicção do MM. Juiz de 1º grau, assiste razão à autora.

As provas presentes nos autos demonstram que a concessão do suprimento de autorização paterna para a fixação do domicílio do filho no exterior por prazo determinado é de rigor para o melhor interesse do menor C.N.B.

As provas técnicas produzidas nos autos da ação de modificação de guarda ajuizada pelo apelado em face da apelante foram realizadas com prudência, mediante a análise dos interesses de ambas as partes e, sobretudo, do menor.

Acesso ao Sumário

Nota-se o cuidado dos peritos ao detalharem o convívio dos genitores com o filho e a importância de cada um na vida do menor, sopesando cautelosamente as consequências da mudança ou não para outro país.

No laudo psicológico (fls. 491/509), a psicóloga judiciária apresenta as seguintes conclusões: "*(...) A criança parece estar bem adaptada à rotina de cuidados providos pela requerida, tendo a moradia materna como referencia de lar, estabilidade e segurança. (...) Não nos parece que a menor assiduidade dos contatos entre pai e filho possa afastá-los emocionalmente, ainda mais considerando que se trata de período relativamente restrito (2 anos) e que a qualidade do vínculo entre eles pode ser renovada por encontros mensais, além dos meios eletrônicos cada vez mais disponíveis a que se tem acesso no mundo tecnológico em que vivemos. (...) A nosso ver, os prejuízos seriam maiores caso a criança se distanciasse da figura materna. A deliberação da genitora de permanecer no Brasil no caso de uma decisão judicial que beneficiasse o requerente, parece sinalizar o envolvimento e comprometimento que a genitora mantém com o filho, e certamente há um preço a ser pago, não só por ela, mas também para a criança em pauta (sem se considerar os prejuízos ao nascituro e núcleo familiar da requerida como um todo), que sofre reflexos da renúncia materna*" (fls. 497/500).

Já no laudo social (fls. 510/532), o perito formula as seguintes conclusões: "*(...) Assim, o único caminho para sugerirmos uma solução menos injusta neste caso é o de, sopesando as justas aspirações de ambos, acolhendo e buscando colocar-nos, com humildade, no lugar de cada protagonista do presente embate, destilar, destas justas aspirações, as que podem concorrer melhor para fazer menos infelizes a cada um e, sobretudo, para proporcionar maior felicidade e mais sólida formação a C. (...) Mas reputo injusto o pai de C., sempre tão generoso, agora interpor-se para impedir que siga com sua família atual para a Inglaterra, onde precisa morar por dois anos. (...) A sugestão que se afigura, a nosso ver, menos sofrida para a criança e mais justa para todos os protagonistas, embora não contemple todos os desejos legítimos envolvidos na demanda, é da autorização paterna para que C. acompanhe sua mãe com a nova família que formou a Londres, não o privando da companhia da figura parental com quem sempre morou, nem privando o pai da criança que a requerida traz em seu ventre de acompanhar a gestação, o nascimento e os primeiros meses de vida extrauterina da criança que há de vir a luz. O pai-autor mostrou-se seguro de não estar privando o filho da companhia materna quando desautoriza sua viagem a Londres, convicto de que, não indo o filho, a mãe permaneceria exercendo sua guarda aqui em São Paulo (...)*" (fls. 521/523).

É dizer, embora o MM. Juízo *a quo* tenha utilizado trechos de tais provas técnicas para fundamentar a improcedência do pedido inicial (fls. 800/802), é certo que as conclusões dos peritos foram exatamente no sentido contrário: de

Acesso ao Sumário

concessão do suprimento de autorização paterna para que o menor possa mudar provisoriamente para Londres/Inglaterra.

E não é só. Os pareceres do Ministério Público de primeiro e segundo graus são favoráveis à procedência do pedido inicial (fls. 732/739 e 924/934).

A Promotora de Justiça Substituta, Dra. Ana Paula Freitas Vilela Leite, bem observou que "*A fixação temporária do domicílio da criança em Londres (repise-se, pelo período de dois anos, ao qual a autorização estará limitada), não importará danos ao bem-estar ou riscos à sua saúde mental. Ao contrário, a mudança para Londres poderá lhe proporcionar melhores condições de educação e desenvolvimento, principalmente, no tocante ao enriquecimento cultural. Essa experiência oferecerá um bom crescimento ao infante, que terá a chance de melhorar sua comunicação em outra língua, o que lhe trará benefício tanto profissional, quanto pessoal*" (fls. 738).

E a combativa Promotora de Justiça oficiante em segundo grau, Dra. Isabella Ripoli Martins, em parecer bem lançado, fez as seguintes ponderações: "*(...) Ora, uma vez que C. sempre viveu inserido nesse núcleo formado por sua mãe, depois integrado pelo padrasto, compartilhando também o convívio com os filhos dele, deve ser autorizado a acompanhar a sua mãe, posto que não pode, nessas alturas, ser dividido ao meio. (...) Nesse ponto, seria preferível que o pai soltasse as amarras para que o menino pudesse acompanhar a mãe, e assim vivenciar interessante oportunidade internacional e de adaptação, do que se impor ao menino ancore a sua mãe e o irmão por nascer no país, servindo como verdadeiro divisor da sua família, rompendo a unicidade familiar. Seria exercício de amor praticado pelo pai que somente lhe traria profícuos frutos, posto que livraria o menino de culpa. Conforme já dito acima, a manutenção de C. no Brasil, com sua mãe, impondo a apelante o afastamento dela de seu marido e do pai de seu segundo filho, conforme decidido em sentença, é solução que não se amolda aos interesses da criança, tornando-se até mesmo prejudicial ao seu bem-estar, na medida que implica em colocar o menino no centro de uma disputa familiar e de conflito de lealdade. (...) Não há indício de que a ida de C. não seja temporária e que oculte intenção definitiva de mudança materna. Tanto assim que a autorização se limita a apenas dois anos (...)*" (fls. 930/934).

Acesso ao Sumário

Não há justificativa para que o suprimento do consentimento paterno não seja concedido. Não se nega, é bem verdade, a angústia paterna em ficar provisoriamente afastado do convívio semanal com o filho. No entanto, além das provas técnicas e dos pareceres ministeriais serem favoráveis ao pleito inicial, nota-se que a proposta de visitação feita pela autora a fls. 27/29 é razoável e garante o convívio do menor com o genitor-apelado quase que mensalmente, diga-se, à custa da requerente.

Quanto a tal regime de visitação provisório, consigna-se que a pensão

alimentícia não poderá ser revertida em benefício do requerido para custeio de visitações, como proposto pela autora no item 68 (fls. 30).

Aliás, o próprio requerido informa que "*a questão financeira nunca esteve em voga*" (fls. 458), o que significa que tem condições de viajar para Londres para ver o filho sempre que puder, tendo a autora expressamente deliberado sobre o livre acesso ao menor (fls. 29).

É importante salientar, ainda, que na ação de modificação de guarda o apelado pleiteia a concessão da guarda compartilhada para "*regularizar a situação de fato já existente*", com determinação de que a residência do menor seja fixada em São Paulo (fls. 170/186), ou seja, resta evidente que o genitor não pretende obter a efetiva guarda do menor, mas sim compelir a ex-esposa a permanecer no Brasil com o filho.

Também não prosperam as alegações formuladas na contestação de que o regime de visitação proposto pela autora é impossível e de que a mudança não é provisória (fls. 431/465). Primeiro, porque é incontroverso que o menor realiza com regularidade viagens para o exterior. Segundo porque não há sequer indício de que a mudança não seria provisória diante do pedido inicial por tempo determinado. Ademais, tratando-se de pessoa esclarecida e assistida por profissionais qualificados, o requerido por óbvio tomará as medidas cabíveis em caso de descumprimento de algum dos termos propostos.

Descabe falar, ainda, em litigância de má-fé, tendo em vista que a combatividade do requerido nada mais é do que a defesa de seus interesses como pai.

Finalmente, considera-se prequestionada toda a matéria debatida relativa à Constituição Federal e legislação infraconstitucional, restando desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos invocados e pertinentes aos temas em discussão, razão pela qual a oposição de embargos de declaração meramente protelatórios poderá resultar na aplicação das multas previstas no Código de Processo Civil.

Em suma, impõe-se a reforma da r. sentença apelada para o fim de julgar o pedido procedente, suprindo-se o consentimento paterno para que o menor C.N.B. possa fixar domicílio em Londres/Inglaterra na companhia materna até julho de 2018, estabelecendo-se o regime de visitação provisório proposto nos itens 63 a 67 (fls. 27/29).

Em razão da sucumbência, fica o réu condenado a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 5.000,00, nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

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

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 27299)

Não obstante o respeitável entendimento do i. Relator, *data venia*, ouso divergir de seu voto, por entender ser caso de negar provimento ao recurso.

Em que pese ação se denomine suprimento de consentimento paterno e modificação temporária da guarda, em verdade, o seu resultado será equivalente a uma regulamentação de visitas, alterando substancialmente as regras da guarda, além de trazer enormes dificuldades à convivência entre pai e filho.

Não se pode impedir a apelante de acompanhar seu marido à Inglaterra, no entanto, consentir na ida do menor, importará em prejuízo ao apelado, genitor, que ficará impedido de conviver com seu filho.

Caso a mãe opte, como o fez, em se mudar de país para acompanhar seu marido, que o faça sozinha, deixando o menor no Brasil, na companhia do pai, assegurando à genitora que venha visita-lo sempre que desejar.

Além disso, caso o menor vá morar no exterior, por vontade exclusiva da mãe, obrigará o pai a fazer enormes deslocamentos para Londres, para gozar da companhia de seu filho menor.

Ainda que se admita a hipótese da genitora trazer a criança para o Brasil para, ocasionalmente visitar o pai, irá submeter uma criança a longas horas de voos, de ida e volta, entre este País e sua nova moradia.

Seja, pelo impedimento de convívio com o genitor, pelo desgastante das longas viagens, entendo que o pedido de suprimento não atende o melhor interesse do menor.

Prudente que apelante, querendo, enfrente os percalços da locomoção para vir visitar seu filho no Brasil.

Concluindo, entre deslocar o menor ou a genitora, e visando o bem estar do menor, opto por negar o suprimento de autorização e mudar a regra de guarda.

É notório que uma temporada fora do País irá agregar conhecimento e cultura ao menor, mas o preço a pagar - ficar distante de seu genitor - é um custo muito alto, cujos resultados somente serão aferidos no futuro, de maneira irreversível.

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

JAMES SIANO, Desembargador, 2º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002748-57.2016.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que são apelantes UNIMED DO ESTADO DE SAO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS e QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S/A, são apelados SUELI FUKUMORI, RODRIGO YAMANE (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), VITOR YAMANE e TOKUICHI YAMANE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.248)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO E CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 30 de maio de 2017.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Plano de Saúde. Ilegitimidade passiva. Responsabilidade solidária de todos os que estejam intervindo na finalidade da relação de consumo. Precedentes. Preliminar rejeitada.

Resilição unilateral. Contrato cativo e de longa duração que gera a confiança e justa expectativa de produção de efeitos a ser protegida por lei. Nulidade das cláusulas que admitem a resilição unilateral porque ofendem a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Precedentes.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação cominatória cumulada com pedido de indenização, julgada parcialmente procedente para, tornando definitiva a tutela antecipadamente concedida, determinar que as rés mantenham os autores assistidos pela mesma apólice do plano de saúde coletivo à qual estavam vinculados como dependentes do titular falecido Mario Yamane, sendo que o valor da prestação corresponderá ao valor daquela última paga pelo falecido, excluindo-se a sua quota, a contar da data do óbito, autorizando-se apenas os reajustes legais.

Inconformada, recorre a ré Qualicorp a alegar, em suma, a inaplicabilidade

da Lei nº 9.656/98 aos contratos coletivos de seguro saúde e a impossibilidade de manutenção do plano aos dependentes após o falecimento do titular, em razão da inexistência de vínculo destes com a entidade coletiva, motivo pelo qual a resilição unilateral foi pautada na legalidade.

A ré Unimed também apela a sustentar, preliminarmente, ser parte ilegítima para integrar o polo passivo porque os apelados fazem parte de apólice coletiva por adesão estipulada pela *Qualicorp Administradora de Benefícios Ltda.* No mérito, sustenta que apenas cumpriu o contratado com a corré, não possuindo gerência sobre a resilição contratual.

Há contrariedades e os preparos foram anotados.

É o relatório, adotado o de fls. 297/298.

A preliminar levantada nas razões da Unimed deve ser afastada, pois se tratando de relação de consumo, incide a responsabilidade solidária.

A solidariedade foi o recurso utilizado pelo legislador para integrar e simplificar a proteção e defesa do consumidor à abordagem complexa e, às vezes, extensa da organização das atividades de fornecimento.

Com a busca desse objetivo, ao mesmo tempo, atende-se ao fim da reparação efetiva e integral[1] e supera-se o princípio a relatividade que rege, classicamente, os contratos[2], impondo responsabilidade *tanto daquele que possui vínculo contratual com o consumidor, quanto daquele cujo vínculo contratual é apenas com a cadeia de fornecedores*[3].

Assim, todos os fornecedores que, de alguma forma, estiverem articulados com a finalidade de fornecimento, integrarão essa cadeia, ficando sujeitos à regra da solidariedade.

Nesse sentido, já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça: *a empresa que integra, como parceira, a cadeia de fornecimento de serviços ao consumidor é responsável solidária pelos danos causados ao consumidor por defeitos no serviço prestado*[4].

Dessa forma, o consumidor pode escolher contra qual fornecedor integrante da cadeia de fornecimento irá demandar, tendo, no caso, entre a administradora de benefícios ou a operadora do plano de saúde, optado por ambas.

Confiram-se, a respeito, os precedentes desta C. Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde. Cancelamento

Acesso ao Sumário

1 MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.206.

2 COELHO. Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial Direito de Empresa. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, vol. 01, p. 291.

3 MARQUES, Claudia Lima, Op. cit., p. 1207.

4 REsp 759791/RO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 15/04/2008.

unilateral do contrato. Alegada ilegitimidade passiva da operadora do plano. Inocorrência. A operadora do plano é a responsável direta pelo cumprimento da apólice. Desnecessidade de a estipulante figurar na ação. Decisão mantida. Recurso desprovido[5].

Agravo instrumento - Decisão interlocutória que determina a reativação do plano de saúde da agravada - Rescisão unilateral por suposto inadimplemento - Legitimidade passiva tanto da administradora do plano, quanto da empresa prestadora de assistência à saúde - Responsabilidade solidária dos fornecedores, Qualicorp e Unimed Paulistana - Negado provimento ao recurso[6].

No mérito, os recursos não comportam provimento.

O falecido Sr. Mario Yamane celebrou contrato de Seguro Grupal de Assistência à Saúde com a requerida, em 01.10.2015. Sustentam os autores, dependentes do Sr. Mario, que após seu falecimento aos 28.12.2015, efetuaram o pagamento da mensalidade do mês de janeiro de 2016, porém, ao tentarem utilizar o plano em 01.02.2016, tomaram conhecimento do seu cancelamento.

Ainda que se considere inaplicável o disposto no inciso II do art. 13 da Lei n. 9.656/98, a circunstância de se tratar de contrato empresarial não autoriza que a resilição fique ao livre arbítrio das partes, estando submetida aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

O contrato de assistência à saúde é um contrato cativo e de longa duração, ou seja, gera a confiança e a justa expectativa de longa produção de efeitos a ser protegida pela lei.

Disso decorre que a denúncia realizada pela operadora configura um abuso de direito.

Nesse sentido, confiram-se os inúmeros precedentes desta C. Corte:

APELAÇÃO. Plano de saúde. Ação cominatória. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Pretensão de extinção do contrato após período de remissão concedido às dependentes de titular falecido. Descabimento. Direito de permanência no convênio médico, em caso de morte do titular, nas mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações daí decorrentes. Aplicação do artigo 30, § 3º, da Lei nº 9.656/98 e da Súmula 13 da ANS. Recurso a que se nega provimento.[7]

Acesso ao Sumário

5 Agravo de Instrumento n. 2056456-82.2013.8.26.0000; Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2014; Data de registro: 12/03/2014.

6 Agravo de Instrumento n. 2072338-50.2014.8.26.0000; Relator(a): Lucila Toledo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 10/06/2014; Data de registro: 13/06/2014.

7 Apelação nº 1108222-80.2016.8.26.0100, Relator(a): José Rubens Queiroz Gomes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/04/2017; Data de registro: 27/04/2017.

PLANO DE SAÚDE. Morte do titular do plano. Rescisão unilateral. Descabimento. Contrato anterior à Lei nº 9.656/98, Irrelevância. Trato sucessivo. Continuidade do contrato. Em caso de morte do titular há direito de permanência dos dependentes. Artigo 30, § 3º da Lei 9.656/98. Situação que não se enquadra nas hipóteses de resilição unilateral do artigo 13, da Lei nº 9.656/98. Sentença mantida. Fixados honorários advocatícios recursais em 10% do valor da causa. Recurso não provido, com observação.[8]

AÇÃO COMINATÓRIA. Plano de saúde. Falecimento do titular. Pleito de manutenção de dependente. Sentença de procedência, determinando que a ré se abstenha de rescindir o contrato firmado com o marido da autora. Apela a ré, alegando que em vista do falecimento do titular contratante e diante da previsão contratual, não há que se falar em possível continuação do contrato em nome da dependente, sendo caso de rescisão; contato teve sua comercialização suspensa; não é possível a readmissão da autora, no plano de saúde do qual usufruiu na qualidade de dependente do falecido esposo; subsidiariamente, a manutenção não pode se dar por tempo indeterminado, devendo obedecer ao prazo mínimo de 06 meses e máximo de 02 anos, desde que assuma o período integral. Descabimento. Respeitada a liberdade contratual, necessário ponderar a possibilidade de aplicação analógica do art. 13 da Lei 9.656/98 aos planos coletivos, em especial no tocante à proibição de rescisão unilateral que não tenha por fundamento fraude ou inadimplemento. O falecimento do titular não é causa automática de resilição. Não se vislumbra existência de fraude ou inadimplemento. Incidente o art. 30, §3º, da Lei 9.656/98. Recurso improvido.[9]

Ademais, o artigo 30 da Lei nº 9.656/98 dispõe sobre o direito de permanência dos dependentes em caso de falecimento do titular, até mesmo dos beneficiários de planos de saúde coletivos, conforme o seu parágrafo 3º, que expressamente dispõe: "*Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado e coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo*".

Correto, portanto, o reconhecimento pela sentença da nulidade da cláusula que permite a resolução unilateral, porque afronta o princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Com esteio no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil/2015, majoro os honorários sucumbenciais de 10% para 15% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

8 Apelação nº 101286392.2015.8.26.0309, Relator(a): Fernanda Gomes Camacho; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/04/2017; Data de registro: 06/04/2017.

9 Apelação nº 1015117-76.2016.8.26.0576, Relator(a): James Siano; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/03/2017; Data de registro: 08/03/2017.

Ante o exposto, pelo meu voto, proponho que se negue provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000180-35.2016.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante O.A.P.J.G. (MENOR REPRESENTADO), é apelado J.C.

ACORDAM, em 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 17508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente) e ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR.

São Paulo, 9 de maio de 2017.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - ALTERAÇÃO EM ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO DO PATRONÍMICO DA GENITORA DO AUTOR DECORRENTE DE DIVÓRCIO - NOME DE SOLTERIA - POSSIBILIDADE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, vituperando a R. sentença de fls., que deu pela improcedência da ação, em que buscava o Autor a retificação de seu registro civil de nascimento, para constar o nome de solteira de sua genitora em decorrência do divórcio ocorrido.

No apelo aduz o Apelante que, embora a alteração do nome de sua mãe em razão do divórcio tenha ocorrido após o seu nascimento, a medida buscada, além de evitar dificuldades no seu cotidiano, também prestigia sua realidade atual. Sustenta que há justo motivo e o pleito não prejudica terceiros.

Parecer a fls., empós de processamento regular do apelo.

Esse o breve relato.

Com efeito, a R. sentença, pesar de lançada por honrado Magistrado, não

Acesso ao Sumário

deu exata solução à lide.

Deveras, a pretensão não enseja qualquer violação à identificação do Apelante, que, como se sabe, deve ser preservada; apenas será retificado o nome da genitora do Apelante, decorrente da mudança do estado civil, a fim de prevalecer no assento civil informação legítima e retratar a verdade real.

Destarte, a despeito dos Princípios da Imutabilidade e Segurança Jurídica, como os registros públicos devem espelhar a realidade e com ela estar em harmonia, havendo interesse do Autor, a alteração no registro de nascimento do filho para a averbação do nome de sua mãe que, após o divórcio, voltou a usar o nome de solteira, é medida que deve ser deferida, tal como possibilita o artigo 109 da Lei 6.015/73, bem como o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 8.560/92.

Pelo exposto, DEFERE-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000685-36.2016.8.26.0549, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é apelante/apelado SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESARIAL LTDA., é apelada/apelante MONICA GERARDI DUARTE (JUSTIÇA GRATUITA).

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 da autora e deram parcial provimento ao da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.542)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 29 de maio de 2017.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Alegação de não cumprimento do período de carência para cirurgia - Inadmissibilidade - Situação emergencial que por si só, já impunha autorização

para o procedimento médico - Inteligência dos artigos 12, V, "c" e 35-C, da Lei 9656/98 - Danos morais - Cobertura já prevista em Súmula da Corte - Má-fé evidenciada -'Quantum' indenizatório arbitrado de forma proporcional e razoável - Termo inicial dos juros de mora da indenização por danos morais fixada é a citação - Relação contratual - Art. 405 do CC - Sentença reformada apenas neste ponto - Recurso da autora não provido e da ré parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 203/226) interposto por São Francisco Sistemas de Saúde Sociedade Empresarial Ltda. e Mônica Gerardi Duarte contra a r. decisão de fls. 194/200, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais interposta por Mônica Gerardi Duarte em face de São Francisco Sistemas de Saúde Sociedade Empresarial Ltda., para condenar a parte ré a pagar à parte autora, por dano material (reembolso de valores gastos pela parte autora com o tratamento que deveria ser prestado pela ré), a quantia de R$ 4.077,34, monetariamente atualizada dos respectivos desembolsos da autora pelo tratamento (fls. 86/89) e acrescidos dos juros legais da mora, de 1% ao mês, contados da citação da parte ré nestes autos (07/07/2016); e por dano moral (em decorrência da injusta negativa de cobertura), de R$ 9.000,00, monetariamente corrigidos da data da sentença, e acrescidos dos juros legais da mora, de 1% ao mês, contados os juros de 18/12/2015 (data da indevida recusa à cobertura).

Sucumbente, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas do processo, bem como ao pagamento de 15% do valor do somatório atualizado das condenações, a título de honorários ao causídico da autora da ação (art. 85, § 2º, NCPC).

Apela a ré alegando preliminarmente que a não abertura da instrução processual acarretou em cerceamento de defesa. Argumenta não ter havido omissão de atendimento, mas tão somente cobertura para o quanto a autora fazia jus em razão de estar cumprindo prazo de carência.

Consigna que o atendimento de urgência e emergência, cuja carência é reduzida para 24 horas, refere-se apenas e tão somente a atendimento ambulatorial pelo período de 12 horas ou até que evolua para internação. Frisa que em razão do prazo de carência não havia a obrigação contratual de se proceder a internação e cirurgia da autora. Afirma que no mesmo sentido dispõe especificamente o item 8.8 do contrato havido entre as partes.

Aduz que a negativa de cobertura para internação em razão do não

Acesso ao Sumário

cumprimento de prazo de carência é matéria unicamente contratual, não sendo cabíveis valores a título de danos moral. Pleiteia a redução do valor fixado a este título tendo em vista seu caráter desproporcional.

Por fim, esclarece que, em sendo mantida a condenação, merece reparo a r. sentença no que tange a fixação do termo "a quo" para que incidam juros de mora.

Em apelação, a autora alega que a indenização por danos morais, do modo como fixada, é insuficiente à reparação do dano suportado pela vítima, assim como não observa a teoria do desestímulo frente ao poderio econômico da apelada. Pleiteia a majoração dos honorários advocatícios para 20% do valor da condenação. Requer ainda, em atenção ao que dispõe o art. 85, §1º do Código de Processo Civil, sejam arbitrados, de forma cumulativa os honorários sucumbenciais para a fase recursal.

Recebidos os recursos em ambos os efeitos (fls. 243), foram respondidos (fls. 252/265). Oportunizada manifestação sobre julgamento virtual, não houve oposição.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, na qual a autora alega ter contratado a ré para cobertura de saúde (Plano de Saúde Suplementar), e que, durante o prazo de carência do contrato, necessitou submeter-se a procedimento médico de urgência (ou emergência) para apendicite; o que foi negado pela parte ré; fazendo com que a autora tivesse de desembolsar os valores com esse tratamento.

Não houve cerceamento, pois o que foi juntado é mais do que suficiente para deslinde da controvérsia, sendo desnecessária qualquer dilação probatória. Ressalte-se que a própria requerida admitiu a situação de emergência da autora ao ser levada ao Hospital.

Pois bem. Tanto o art. 12, V, "c", como o art. 35-C, I, ambos da Lei nº 9.656/98, dispõem que, em se tratando de casos de urgência e emergência, a cobertura é obrigatória e o prazo de carência aplicável é de 24 horas.

Acesso ao Sumário

Frise-se que a limitação de 12 horas prevista na Resolução CONSU, não encontra previsão na Lei 9656/98, que fixa a obrigatoriedade de atendimento nos casos de urgência e emergência após o máximo de 24 horas da contratação. Portanto, a Resolução extrapolou seu poder regulamentar.

Nesse sentido a Súmula 103 deste E. TJSP: *é abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei nº 9.656/98*.

Embora esta Relatoria tenha sempre entendido que mero descumprimento contratual não enseja ilicitude a justificar indenização pecuniária, no presente

caso **a negativa de cobertura afrontou entendimento sumulado desta Corte (vide acima), tendo sido a aludida Súmula publicada antes da recusa em questão**. Assim, considerando também a circunstância de se tratar de consumidora em situação de urgência, a aludida negativa revestiu-se de iniludível má-fé, justificadora da sanção pecuniária que foi imposta na sentença.

O valor da indenização deve ser aferido, caso a caso, segundo a situação aflitiva vivida pelo autor.

Também deve se ater aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, a fim de não causar enriquecimento sem causa à vítima e, também, não ocasionar a ruína financeira do causador do evento danoso. Diante do caso dos presentes autos, correta a indenização por danos morais fixada em R$ 9.000,00 (nove mil reais).

A r. sentença só merece reparo no que tange ao termo inicial dos juros de mora na condenação à indenização por danos morais. Por tratar-se de relação contratual, estes deverão ser contados a partir da citação, consoante o disposto no artigo 405 do Código Civil. Adequados os honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação pela r. sentença recorrida.

Em razão do acolhimento de pequena parte do pedido da requerida, fixo os honorários advocatícios a serem pagos pela autora à ré, em R$ 200,00 (duzentos reais), nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Portanto, pelo exposto, meu voto **nega provimento ao recurso da autora e dá parcial provimento ao recurso da ré, para fixar o termo inicial dos juros de mora da indenização por danos morais a partir da citação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008970-71.2007.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que são apelantes/apelados JOSE ANTENOR FREIRE ANDRADE e BERNADETH DE LOURDES CASTRO ANDRADE, é apelado/apelante COMPANHIA DE HABITAÇÃO POPULAR BANDEIRANTE - COHAB BANDEIRANTE.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do apelo da assistente e negaram provimento ao recurso dos autores, nos termos enunciados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32234)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 17 de maio de 2017.
A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Apelação - Interposição por assistente simples do réu - Contagem do prazo em dobro - Inadmissibilidade - Regra do artigo 191 do CPC/1973 que somente se aplica ao assistente litisconsorcial - Entendimento pacificado pelo Colendo STJ - Extemporaneidade - Apelo da assistente não conhecido.

Usucapião extraordinário por "posse-trabalho" - Modalidade nova introduzida pelo artigo 1238, parágrafo único, do Código Civil - Possibilidade, ao menos em tese, de aquisição de imóvel pertencente à sociedade de economia mista, que não goza das proteções inerentes aos bens públicos - Precedentes do Colendo STJ - Irmão e cunhado do autor, respectivamente, que eram comodatários da área usucapienda, há mais de 30 anos e, ininterruptamente, efetivaram o pastoreio de gado no local - Elementos colhidos em anterior usucapião envolvendo a totalidade do imóvel e julgada improcedente que demonstraram que os autores não exerceram posse - Utilização do imóvel por mera tolerância dos comodatários - Eventual transmudação da posse de não-própria para própria que não teria se dado no prazo legalmente previsto para gerar a usucapião, mesmo se considerando a fluência do tempo anterior à vigência do novo diploma civil - Pedido improcedente - Modificação, todavia, do fundamento da improcedência - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação: usucapião extraordinária por "posse trabalho".

Argumentos dos autores: em síntese, asseveraram exercer posse mansa e pacífica, com "*animus domini*", a justo título e boa-fé, há mais de 10 anos, de um imóvel rural devidamente identificado no memorial descritivo, com área de 403.829,424m², cadastrado no INCRA, em área maior, sob o nº 635.120.005.223. No local, foi desenvolvida atividade agropastoril. A inicial foi aditada para correção do polo passivo, já que o imóvel passou a integrar o patrimônio de Carlos César Gomes André, adquirente do bem, em concorrência

pública, ocorrida em 2007.

Defesa da Cohab Bandeirante (fls. 131/135): na qualidade de assistente simples, bateu-se pela improcedência da demanda, asseverando ter adquirido a área em 1980 visando à construção de um conjunto habitacional de casas populares e, para garantir a preservação do local, cedeu em comodato a posse precária do imóvel ao irmão e ao cunhado do autor José Antenor. Em 2007, por meio de concorrência pública, alienou o imóvel ao réu Carlos César, razão pela qual o imóvel deixou de ostentar caráter público.

Defesa do réu Carlos César (fls. 245/253): pugnou pela improcedência do pleito, ressaltando, em suma, a natureza de bem público do imóvel até 2007, quando alienado por meio de concorrência pública.

Os réus incertos, ausentes e desconhecidos foram citados por edital (fls. 832/833).

As Fazendas Nacional, Estadual e Municipal manifestaram o desinteresse na demanda (fls. 836/838 e 844).

Sentença (fls. 931/932verso) e declaração (fls. 956): julgou improcedente o pedido, condenando os autores ao pagamento das verbas sucumbenciais, fixada a honorária em 10% sobre o valor da causa.

Recurso dos demandantes (fls. 947/953): postulam a reforma do *decisum*, com o reconhecimento da usucapião, repisando, em síntese, os argumentos da inicial, ressaltando, ainda, que os bens das sociedades de economia mista podem ser objeto de usucapião.

Recurso da assistente simples (fls. 958/962): pretende a parcial reforma do julgado, a fim de que seja alterado o fundamento da improcedência do pleito.

Regularmente processados, foram apresentadas as contrarrazões apenas pelos autores (fls. 976/985).

Inicialmente distribuídos à e. 16ª Câmara de Direito Privado, foram os autos redistribuídos a este Relator, em virtude do v. acórdão de fls. 993/996.

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

De início, tem-se que o recurso interposto pela Cohab Bandeirante não pode ser conhecido, por ser extemporâneo.

Em verdade e como afirmado pelos demandantes, o ingresso da Cohab Bandeirante se deu a título de assistente simples do réu Carlos César Gomes André (cf. art. 50 CPC/1973 - fls. 131, primeiro parágrafo), o que foi deferido pelo egrégio juízo pela r. decisão de fls. 846.

Ora, como é cediço, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não se aplica o benefício do prazo em dobro para recorrer, na hipótese de assistência simples.

A esse respeito, confira-se o decidido nos autos do AgRg no Ag 39.843/

Acesso ao Sumário

RJ, Rel. Min. Jesus Costa Lima, 5ª Turma, j. 20.09.1993, pub. DJU 18.10.1993, pág. 21.887.

Não discrepam desse entendimento, os julgados desta E. Corte:

PRAZO - Assistente - Inaplicabilidade do art. 191, do Código de Processo Civil - Intempestividade do agravo verificada - Recurso não conhecido.

(Agravo de Instrumento nº 9048200-12.2005.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 10/08/2005).

Embargos Infringentes da massa falida - Intempestividade - Não se aplica o prazo previsto no art. 191 do Código de Processo Civil nos casos de assistência simples - Recurso não conhecido.

Legitimidade recursal do sócio da falida nos termos do art. 103 da Lei de Falência - Divergência jurisprudencial - Recurso conhecido - Ônus da prova da simulação da embargante, que deixou de presentar os livros contábeis referentes aos anos de 1996 e 1997 a fim de comprovar que não recebeu o pagamento pelos apartamentos objeto do litígio - embargos rejeitados

(EI 0126901-38.2008.8.26.0000 - Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville - 6ª Câmara de Direito Privado - j. 04/04/2013)

Confira-se, ainda, deste Tribunal RJTJESP 108/226 e JTJ172/173.

De conseguinte e por certificada a intempestividade (fls. 967) não se conhece do apelo interposto pela Cohab Bandeirante.

Passa-se, nesse lanço, à análise do reclamo manejado pelos autores e, em que pese a argumentação expendida, o pedido não pode ser acolhido, embora por fundamento diverso do externado em primeiro grau.

Respeitado o entendimento esposado pelo egrégio juízo, conquanto a Cohab Bandeirante seja sociedade de economia mista, o imóvel objeto desta ação não possui a proteção de imóvel público, tornando-o insuscetível de usucapião extraordinária ou aquela prevista no artigo 183 da Constituição da República.

Nesse sentido:

"USUCAPIÃO . Sociedade de Economia Mista. CEB. O bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião - Precedente - Recurso conhecido e provido." (REsp 120.702, Ruy Rosado de Aguiar).

"USUCAPIÃO. BEM PERTENCENTE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 'ANIMUS DOMINI'. MATERIA DE FATO." (REsp 37.906, Barros Monteiro).

"Usucapião. Imóvel pertencente à CDHU. Quitação do preço caracterizada. Autor que exerce a posse direta do bem desde 2001, sem qualquer impugnação. Aquisição do bem junto à Cohab ocorreu em 1992. Ausência de óbice para a pretensão do polo ativo. Prescrição aquisitiva caracterizada. Requisitos da posse, bem como lapso cronológico

presentes. Usucapião em condições de sobressair. Apelo provido." (Ap. 0000471-50.2011.8.26.0060, Natan Zelinschi de Arruda).

Portanto, ao menos em tese, é possível adquirir imóvel pertencente a uma sociedade de economia mista por meio de usucapião.

Devem ser, analisados, pois, os requisitos para a usucapião extraordinária por "posse-trabalho" invocada na exordial.

Afirmaram os demandantes que exercem posse mansa, pacífica, sem oposição e com ânimo de dono, sobre uma área de aproximadamente 400.000m², inserida em área maior, desde 1994, devidamente identificada no memorial descritivo e que pertencia à Cohab Bandeirante. Asseveraram, ainda, terem empreendido atividade agropastoril no local.

Chama a atenção o fato de que, anteriormente, foi proposta ação de usucapião sobre a totalidade da área pertencente à Cohab (836.896.00m²), em 1995, por Benedito dos Santos e sua mulher Iraci Morgado dos Santos (autos nº 515/95, que tramitou perante o e. juízo da 2ª Vara de Pindamonhangaba), sobrevindo sentença de improcedência (fls. 156/159).

Naqueles autos, a perita, em vistoria realizada no imóvel, em outubro de 1996, expressamente afirmou que:

"*Desde 28/03/1980, o imóvel encontra-se emprestado e na posse, através de comodato (vide contrato de comodato à fls. 97/99 dos autos), a Hugo José Ribas e Carlos Eduardo Freire de Andrade (filhos do antigo proprietário, Sr. Antenor da Silva Andrade).*

Neste caso, o imóvel tem sido utilizado ininterruptamente para o pastoreio de gado bovino, não sendo praticadas quaisquer atividades relacionadas ao cultivo de frutas, hortaliças ou leguminosas pelos mesmos.

[...]

Em toda a área do imóvel objeto da presente Ação, a signatária observou a existência de apenas 1 benfeitoria, construída pelo proprietário anterior do imóvel (Sr. Antenor da Silva Andrade) sendo a mesma utilizada como residência;

[...]

A benfeitoria caracteriza-se por um padrão construtivo muito simples, com idade aparente de 35 anos;

A área do imóvel objeto da presente ação ocupada pela referida benfeitoria foi delimitada através de cercas de arame e mourões;

Nessa benfeitoria residem a Sra. Maria Pureza Ramos, 2 filhos, 1 filha e 1 neto;

A Sra. Maria Pureza Ramos é viúva de um antigo empregado da fazenda de Antenor da Silva Andrade, Sr. Pedro Ramos;

A família do Sr. Pedro Ramos reside nessa benfeitoria que assenta-se sobre o imóvel objeto da presente ação através de autorização informal

Acesso ao Sumário

da atual proprietária, que não se opôs à permanência dos mesmos no local. Neste caso essa família ajuda a tomar conta do imóvel para que o mesmo não seja invadido por terceiros (...).

Nessa área ocupada pela família, foi verificada uma pequena área cercada onde são cultivados alguns tipos de legumes e hortaliças, apenas para o consumo próprio (...)" (fls. 202/203 - não há grifo no original)

Portanto, dos elementos colacionados, constata-se que pelo menos até novembro de 1996 os autores não exerciam posse sobre o imóvel usucapiendo.

Vale referir, ainda, que em entrevista à experta, o comodatário Carlos Eduardo Freire de Andrade (irmão do ora demandante) asseverou que o Sr. Pedro Ramos, antigo empregado da fazenda de seu pai (Antenor da Silva Andrade) foi morar juntamente com sua família, em uma benfeitoria residencial existente na área que atualmente é de propriedade da Cohab-Bandeirante. Disse, também, que o Sr. Pedro Ramos se mudou para o local para tomar conta da área que acabou ficando isolada do restante do imóvel e deste modo, evitar que a mesma caracterizasse área abandonada e fosse invadida por terceiros. Relatou que logo após seu genitor ter alienado o imóvel à Cohab-Bandeirante, firmou, juntamente com Sr. Hugo José Ribas, contrato de comodato com a titular do domínio e, desde 1980, vêm utilizando ininterruptamente a área para o pastoreio de gado bovino (fls. 207/208 - destacou-se).

Efetivamente, não há nenhuma menção ao exercício de posse pelos ora requerentes.

As provas indicam que as benfeitorias de caráter produtivo já estavam edificadas muito antes dos autores virem a residir no local.

Há apenas referência feita por Ernesto Ramos, filho do falecido Pedro Ramos, à ocupação do imóvel pelos sucessores de Antenor Andrade (especialmente o ora requerente e seu irmão Carlos), quando da inspeção judicial realizada em 02 de abril de 1997 (fls. 865/867).

Indene de dúvidas a existência de comodato firmado por Carlos Eduardo Freire de Andrade e Hugo José Ribas Branco com a Cohab-Bandeirante, em 28.03.1980, tendo por objeto o imóvel usucapiendo (fls. 453/456, além do depoimento do próprio comodatário supra).

Como ressaltado pelo comodatário Carlos Eduardo, a área foi utilizada ininterruptamente, desde 1980, para a criação de gado.

Ora, o fato de estar comprovada a existência de comodato entre o irmão do autor e a titular do domínio impede, como consequência lógica, o reconhecimento de que tivessem os autores o *animus domini*, mesmo porque se utilizaram o imóvel foi por mera tolerância dos comodatários.

Consoante o magistério de José Carlos Moreira Alves[1], que bem elucida

Acesso ao Sumário

1 A detenção no direito civil brasileiro, *in* Posse e Propriedade: doutrina e jurisprudência - Coord.

a questão:

> "Em matéria de posse, a tolerância, portanto, é o comportamento omissivo e consciente do possuidor, que, sem renunciar à posse nem fazer nascer para si qualquer obrigação que anteriormente não existia, retira o caráter de ilicitude que teria a atividade do terceiro - o detentor - sobre a coisa. Distingue-se a tolerância (que impede a posse do terceiro) da inércia (que não impede a posse) pela circunstância de que, naquela, o possuidor tem de ter, necessariamente, conhecimento da atividade do terceiro, o que não é indispensável para esta, e tem de ter esse conhecimento para, de qualquer modo (...), fazer presente sua posse e a precariedade dos atos do terceiro".

Por outro lado e ainda que assim não fosse, também não lograram comprovar os autores o exercício da posse pelo período previsto em lei.

Alegam os demandantes a usucapião de "posse-trabalho", prevista no artigo 1238, parágrafo único, do Código Civil.

Tal modalidade não existia no diploma civil anterior e o prazo prescricional foi encurtado por opção legislativa visando a estimular a conduta socialmente relevante do possuidor, consoante o pontuado pelo eminente Des. Francisco Loureiro[2].

No caso da usucapião por "posse-trabalho", há que se considerar, ainda, que o prazo prescricional reduzido para 10 anos (cf. art. 1238, parágrafo único do CC) sofreu um acréscimo de 02 anos, nos primeiros dois anos de vigência do novo diploma civil, *ex vi* do art. 2029 do mesmo *codex*.

Não se olvida que parte da doutrina e jurisprudência, considerando a novel modalidade de usucapião, tem sustentado que o prazo prescricional de 10 anos somente passaria a fluir da vigência do novo Código Civil (janeiro de 2003).

Nesse sentido, já decidiu esta E. Corte:

> Apelação Cível.
>
> Ação de usucapião extraordinária - Sentença que julgou procedente a ação, face ao reconhecimento da usucapião extraordinária qualificada pela posse-trabalho - Autora que não logrou êxito em demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários ao reconhecimento da prescrição aquisitiva - Ausência de posse mansa, pacífica e com "animus domini" pelo lapso temporal exigido pela lei - Incidência do prazo previsto no artigo 1.238, "caput", do Código Civil - "Dies a quo" para a contagem do prazo que coincide com a entrada em vigor do Novo Código Civil (11.01.2003) - Ação ajuizada em fevereiro de 2014 - Lapso temporal não comprovado - Contagem de prazo posteriormente à propositura

Acesso ao Sumário

Yussef Said Cahali - São Paulo - Saraiva - 1987 - p. 17.

2 *In* Código Civil Comentado - coord. Min. Cezar Peluso - 9ª ed. - Barueri - Manole - 2015 - pág. 1147.

da ação - Descabimento - Inaplicabilidade do artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a redução do lapso temporal para dez anos - Possuidora que não estabeleceu no imóvel sua moradia habitual, destinando-o à locação - Ausência de documentos que demonstrem a realização obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel - Requisitos da usucapião extraordinária não preenchidos - Recurso provido para julgar improcedente a ação.

Dá-se provimento ao recurso de apelação.

(Apel. 0000907-66.2014.8.26.0201 - Rel. Desª Christine Santini - 1ª Câmara de Direito Privado j. 30/08/2016).

AÇÃO DE USUCAPIÃO. Alegaram os autores que ficaram na posse mansa, pacífica e ininterrupta de bem imóvel, por mais de 20 anos. Sentença de improcedência. Data da distribuição da ação: 23/03/2010. Valor da causa: R$ 510,00. Apelam os autores, alegando que não há óbice à prescrição aquisitiva, pois cumprido o requisito temporal do art. 1.238 do CC; estão na posse do bem há mais de 20 anos, dele cuidando, pagando os tributos e suas despesas. Descabimento. Consta dos autos que após o falecimento do antigo proprietário do imóvel usucapiendo, a mãe da autora passou a cuidar do bem. Em que pese a pretensão aquisitiva dos autores, amparando-se na sistemática introduzida pelo Código Reale, em 2003 a posse sobre o bem usucapiendo ainda não tinha completado 10 anos, isto é, metade do prazo previsto no art. 550 do CC/16, a fim de ensejar a usucapião, nos termos do art. 2028 do CC/2002. Aplicável o art. 1238 do atual Código Civil, contando se os 15 anos a partir de sua vigência, 11 de janeiro de 2003. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.

(Apel. nº 0002280-95.2010.8.26.0291 - Rel. Des. James Siano - 5ª Câmara de Direito Privado - j. 19.12.2012).

Todavia, respeitado o entendimento supra, dele ousa-se divergir, com fundamento no magistério do Des. Hamid Charaf Bdine Junior, referido pelo Des. Francisco Loureiro[3], em sua obra já mencionada:

"O fato de se tratar de nova modalidade de usucapião não impedia o legislador de determinar que o prazo que antecedeu o novo diploma legal fosse computado na contagem, como o fez expressamente no referido art. 2029 do CC, do qual consta que 'até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1238 e no parágrafo único do art. 1242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior'. Desse modo, é possível concluir que o tempo decorrido na vigência do Código revogado deverá ser computado para os fins dessas novas modalidades de usucapião. Essa contagem, porém, poderia surpreender o proprietário que, no dia seguinte ao da entrada em vigor do CC, em janeiro de 2003, perderia a propriedade, para alguém que exercesse posse originalmente

3 Op. Cit., págs. 1148.

Acesso ao Sumário

> injusta - já que na usucapião em exame o justo título e a boa-fé são dispensados. De fato, se o possuidor tivesse posse do imóvel há doze anos, independentemente de justo título e boa-fé no primeiro dia de vigência do CC, e nele houvesse estabelecido sua moradia habitual ou realizado obras e serviços de natureza produtiva, a propriedade lhe seria conferida por intermédio da usucapião disciplinada no parágrafo único do art. 1238 do CC, sem mais delongas. Nessa hipótese, note-se, o proprietário perderia o imóvel sem tempo para agir em defesa de seu direito, surpreendido pelo abrupto encurtamento do prazo, o que não se pode admitir, nem era intenção do legislador, que procurou afastar essa possibilidade com a regra do art. 2029 do CC. Como, porém, o parágrafo único do art. 1238 do CC contempla uma nova modalidade de usucapião, o encurtamento de prazo permitiria, em uma primeira análise, que a aquisição do domínio pelo possuidor pudesse ocorrer nos primeiros dias de vigência do Código. Assim seria porque os dois anos acrescidos singelamente ao prazo do art. 1238, parágrafo único, do CC, autorizaria a usucapião com prazo de doze anos, em qualquer hipótese. Para evitar tal conclusão e impedir que o proprietário seja abruptamente surpreendido, a interpretação do art. 2029 deve ser feita de modo sistemático, com especial destaque para sua parte final, que prevê o acréscimo de dois anos 'qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior'. Tal compreensão do texto remete à afirmação de que a usucapião por posse-trabalho só será possível após os dois primeiros anos de vigência do CC, o que assegura proteção ao antigo proprietário, sem desprezar o prazo antigo."

Destaca-se, novamente, que ao menos até novembro de 1996 não havia notícia do exercício de posse pelos autores sobre o imóvel e a posse exercida pelos comodatários, como é cediço, era *ad interdicta*, insuscetível, pois, de usucapião.

O que se infere, dos elementos colacionados, é a mera tolerância dos comodatários para com os autores, permitindo-lhes criar gado no local.

Vale repisar, ainda, que o próprio irmão do demandante (Carlos Eduardo - comodatário) afirmou ter permitido à família do finado Pedro Ramos residir no local, para impedir a invasão por terceiros.

Portanto, não se vislumbra o exercício de posse com ânimo de dono e, mesmo que pudesse se cogitar da transformação do caráter originário da posse de não própria para própria, como admitido pela jurisprudência (*v.g.* REsp 220.200, Rel. Min. Nancy Andrighi) a partir de 1997, data em que, efetivamente, há alguma referência à pessoa do autor, no local, cuidando do gado, não se teria completado o prazo legalmente previsto, mesmo porque, em agosto de 2008, os demandantes foram citados na ação de reintegração aforada pelo adquirente do imóvel, Carlos César Gomes André, o que interrompeu a fluência do prazo prescricional (fls. 498/501).

Acesso ao Sumário

Assim, ponderados os elementos amealhados no curso da relação processual, tem-se como não demonstrado o exercício de posse com ânimo de dono pelo tempo exigido em lei sobre o imóvel a que se refere a ação e suscetível de induzir a prescrição aquisitiva em relação aos autores, modificando-se, assim, o fundamento da improcedência do pedido.

Essas as razões pelas quais se entende não ser possível acolher o recurso interposto pelos autores e não ser possível conhecer do recurso da assistente, 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, não se conhece do apelo da assistente e nega-se provimento ao recurso dos autores, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004618-78.2014.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante ZULMIRA PEREIRA LIMA, são apelados PATRICIA PIRES DE FREITAS PIMENTA e MARCOS ROBERTO PIMENTA.

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 26187)**

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

São Paulo, 20 de abril de 2017.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXECUÇÃO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - Sentença de extinção sem resolução de mérito, ao

argumento de que ausente título executivo, com demonstração de certeza e liquidez de crédito - Insurgência - Nos termos do que preceitua o art. 585, II do CPC, o instrumento particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, é título executivo extrajudicial - Constatado que o título extrajudicial que instrui a execução encontra-se revestido dos requisitos postos no art. 586 do CPC/73, quais sejam, certeza, liquidez e exigibilidade, não há que se falar em extinção - Sentença anulada, com retorno dos autos à Vara de Origem para regular prosseguimento - Apelo provido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 73/75, que nos autos dos Ação de Execução de Título Extrajudicial, ajuizada por Zulmira Pereira de Lima, o juiz *sentenciante* proferiu: "*Pelo exposto, diante da ausência de título executivo, com a demonstração de certeza e liquidez do crédito,* ***julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, o que faço com fundamento no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil***".

Inconformada apela a autora aduzindo em síntese (fls. 79/138): *(1) que é no mínimo um contrassenso a magistrada ter recebido a petição inicial, determinado seu processamento durante 1 ano e cinco meses, determinando a citação dos réus e após pedido destes para pagamento de forma parcelada extinguir o feito sem julgamento do mérito; (2) que a sentença foi proferida de forma contrária ao direito aplicado à espécie; (3) que a sentença violou o disposto no artigo 471 do CPC, de modo que deve prevalecer a decisão de fls. 31/32 que recebeu a petição inicial e determinou a citação dos réus; (4) que equivocada a afirmação de que o compromisso de compra e venda não esta dotado dos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade, eis que pretensão da apelante está fundamentada no contrato de fls. 07/22 que preenche os requisitos do art. 585, II do CPC; (5) que o próprio CPC em artigo 615, IV admite a utilização do contrato bilateral como título executivo; (6) que impõe-se o prosseguimento da execução; (8) que embora a planilha tenha sido elaborada de forma unilateral pela apelante tal procedimento é perfeitamente legal, nos termos do art. 614, II do CPC, eis que cabe ao exequente, ao ingressar com a ação de execução apresentar demonstrativo de débito atualizado; (9) que até a data da propositura da ação os executados procederam ao pagamento das parcelas de 1 a 31, é incontroverso que a apelante cumpriu integralmente suas obrigações; (10) que deve ser afastada a extinção da ação; (11) que em outras ações que tratam de matéria idêntica a magistrada determinou o processamento*

Acesso ao Sumário

das execuções até ulteriores termos; (12) que no caso estão presentes todas as condições da ação executiva, eis que fundamentada em título líquido, certo e exigível. Requer a reforma da r. sentença.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, preparado (fls. 89/91) e, apresentada resposta (fls. 142/146).

Realizada intimação nos termos da Resolução n. 549/2011 (fls. 161), sem insurgência (fls. 163).

É o relatório do necessário.

2. Conhece-se do recurso interposto, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Primeiramente anote-se que o presente apelo deve ser examinado à luz do CPC de 1973, tendo em vista que a legislação aplicável é aquela vigente por ocasião da decisão, ou seja, da sentença ora apelada, prolatada em 24.11.2015 e disponibilizada em 01.12.2015 (fls. 73/75 e 77).

Dispõe o artigo 14 da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, *in verbis*: "*Art. 14. 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*".

Da análise dos autos extrai-se que Zulmira Pereira Lima ingressou com Ação de Execução fundada em Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Bem Imóvel e outras Avenças - Lote n. 07 Quadra I, documento devidamente assinado pelas partes e por duas testemunhas, visando o recebimento das parcelas em aberto de n. 34 a 38, no valor atualizado de R$ 6.280,53 (seis mil duzentos e oitenta reais e cinquenta e três centavos) - (fls. 07/22).

Observa-se que devidamente citados os réus ora apelados com base no artigo 745-A do CPC, atualizaram o valor devido (R$ 8.676,29) e pleitearam o depósito de 30% no valor (R$ 2.602,88) e o parcelamento em seis vezes iguais do saldo de (R$ 6.073,41) - fls. 63/67.

Acesso ao Sumário

Ao sentenciar o feito o magistrado extinguiu o feito ao argumento de que inexiste título executivo.

Em que pese o entendimento do magistrado primevo o caso merece outra solução.

Pois bem. Rege o art. 585 do Código de Processo Civil - "*São títulos executivos extrajudiciais:*

(...)

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o

instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; (...)"

No caso em análise observa-se que a presente execução veio embasada no Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Bem Imóvel e outras Avenças - Lote n. 07 Quadra I, documento devidamente assinado pelas partes e por duas testemunhas - fls. 07/22.

Verifica-se, que às fls. 07 há a descrição do bem (quadro 2) e as condições de pagamento (quadro 3), sendo ajustado o valor de R$ 52.580,00, com entrada de R$ 4.400,00, em três vezes e o saldo restante (R$ 48.180,00) para pagamento em 60 parcelas mensais reajustáveis de R$ 803,00.

Assim, tem-se que o título executivo que instruiu a ação de execução, reveste-se dos requisitos previstos no Código de Processo Civil - artigo 586, estando apto a embasar o feito, não havendo que se falar em ausência de certeza e liquidez.

Nesse sentido já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Processual civil. Execução. Contrato. Mulher casada. Falta de assinatura. Título executivo. I - Constitui título executivo extrajudicial o contrato de compra e venda estipulado em valor certo e determinado, assinado pelo devedor e duas testemunhas, acompanhado do demonstrativo da evolução do débito. II.- (...) IV.- Recursos especiais não conhecidos. (STJ - Resp 304272/MG, Recurso Especial 2001/0019509-1, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, 05/02/2002, DJ 11/03/2002 p. 253)*.

Desse modo, impõe-se a reforma da sentença que julgou extinta a execução, eis que embasada em documento liquido, certo e exigível.

Diante do exposto, dá-se provimento à apelação, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para o regular prosseguimento do feito.

3. Destarte, **dá-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0121274-05.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELEONORA SILVA LINS, é apelado BANCO ITAÚ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 18.815)**

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

São Paulo, 26 de abril de 2017.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL c.c. REPARAÇÃO DE DANOS.

RAZÕES RECURSAIS QUE, EM PARTE, REVELAM-SE ININTELIGÍVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE PARTE DO RECURSO, POR INÉPCIA.

Parte das razões recursais é ininteligível, de modo a impedir não só a compreensão da pretensão pelo Colegiado, como também o exercício das garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

PRÊMIO DO SEGURO DE VIDA PRESTAMISTA.

Houve apenas duas cobranças de prêmio do seguro de vida, realizadas em setembro de 2009, com débito em conta corrente. Não há prova de que o seguro foi renovado automaticamente, nem que o réu efetuou cobranças do prêmio, além daquelas realizadas em 2009. Ademais, não há falar em abusividade na cobrança do prêmio do seguro, uma vez que a autora a ela anuiu expressamente, e a contratação se dá em benefício da própria mutuária, pois tem como objetivo a amortização da dívida em caso de morte, invalidez, incapacidade total e desemprego involuntário.

Apelação, na parte conhecida, não provida.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 440/443, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial dessa ação de revisão contratual c.c. reparação de danos que ELEONORA SILVA LINS move em face de BANCO ITAÚ S/A.

A autora narra na inicial que é correntista da instituição bancária ré. Foi

Acesso ao Sumário

surpreendida com a notícia de negativação de seu nome, por solicitação do réu, em virtude de um débito de R$34.246,18. Diz que não contraiu essa dívida. Ao buscar informações, soube que o réu está a debitar de sua conta bancária valores referentes a prêmio de seguro cancelado, além de encargos e juros sobre dívida não reconhecida. Assevera que tem limite de crédito de R$37.000,00, motivo pelo qual a negativação de seu nome foi indevida. Aduz padecimento de abalo de crédito e de dano moral. Teve cancelado o crédito aberto em conta, de forma inopinada. Afirma serem indevidos os valores cobrados a título de juros abusivos e de forma capitalizada, bem como comissão de permanência. Pede a limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano; a proibição da capitalização de juros; a proibição da cobrança de comissão de permanência pela taxa de mercado vigente no dia do pagamento, e sua cumulação com correção monetária; e a condenação do réu à reparação do dano moral que alega ter sofrido.

Em contestação, o réu alega que o contrato não apresenta qualquer ilegalidade ou abusividade em suas cláusulas; não houve pagamento de valores indevidos; a capitalização de juros é lícita; os juros cobrados não são abusivos; a autora não suportou dano moral; ao cancelar o limite de crédito da autora, agiu em exercício regular de direito.

No curso da fase instrutória foi produzida prova pericial.

O nobre magistrado *a quo* entendeu que (a) a autora contratou o seguro, cuja renovação era automática, à míngua de prova de pedido de cancelamento; assim, os valores dos prêmios são devidos; (b) embora os valores apontados sejam inferiores ao limite de crédito concedido, a conta permaneceu com saldo devedor por longo período, o que motivou o réu a reclassificar o saldo devedor, e lançar o nome da autora ao rol dos inadimplentes; (c) as instituições financeiras não se sujeitam à limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano, e a estipulação de juros remuneratórios superiores àquele patamar, por si só, não indica abusividade; (d) era permitida a capitalização de juros no caso concreto; (e) não houve cobrança de comissão de permanência; e (f) os encargos moratórios foram cobrados de acordo com os parâmetros legais. Assim, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Inconformada, a autora apela às fls. 449/452-A. Alega, em suma, que: (a) a renovação automática do seguro é abusiva; e (b) "outro fato de suma importância é a questão da ciência quanto ao saldo negativo, pois objeto da ação se pauta justamente no quanto que é de fato devido contrapondo-se ao que está sendo irregularmente cobrado, logo se existe dívida, inexiste motivos para crédito, o que o próprio apelado, se confundi, no momento em que credita os valores apontados na inicial, e logo depois estorna" (*sic*). Pugna pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

O réu ofertou contrarrazões (fls. 467/473). Na oportunidade, suscita a

Acesso ao Sumário

impossibilidade de conhecimento do recurso, por inépcia.

Não houve oposição ao julgamento do recurso em plenário virtual.

É o relatório do essencial.

2. O recurso foi interposto contra decisão publicada antes de 18 de março de 2016, e, por isso, segundo orientação da Egrégia Corte Superior, seu julgamento dar-se-á de acordo com as disposições do Código de Processo Civil de 1973 - *tempus regit actum*.

A preliminar arguida em contrarrazões comporta parcial acolhida.

Efetivamente, parte das razões recursais é ininteligível, de modo a impedir não só a compreensão da pretensão pelo Colegiado, como também o exercício das garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

Impossível compreender o que a autora pretende, quando afirma que "outro fato de suma importância é a questão da ciência quanto ao saldo negativo, pois objeto da ação se pauta justamente no quanto que é de fato devido contrapondo-se ao que está sendo irregularmente cobrado, logo se existe dívida, inexiste motivos para crédito, o que o próprio apelado, se confundi, no momento em que credita os valores apontados na inicial, e logo depois estorna" (*sic*).

Na parte conhecida, o recurso não pode ser provido.

A autora admitiu que contratou seguro de vida prestamista, mas afirma que o réu não poderia seguir cobrando os prêmios após o cancelamento.

Não lhe assiste razão.

A uma, porque o réu "não seguiu cobrando" os prêmios. Houve apenas duas cobranças, realizadas em setembro de 2009, com débito em conta corrente.

A duas, porque não há prova de que o seguro foi renovado automaticamente, nem que o réu efetuou cobranças do prêmio, além daquelas realizadas em setembro de 2009.

A três, porque não há falar em abusividade na cobrança do prêmio do seguro, uma vez que a autora a ela anuiu expressamente, e a contratação se dá em benefício da própria mutuária, pois tem como objetivo a amortização da dívida em caso de morte, invalidez, incapacidade total e desemprego involuntário.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 1013170-90.2015.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, é apelada ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A,

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30635)**

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

São Paulo, 24 de abril de 2017.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: ENERGIA ELÉTRICA. Ação regressiva. Reparação de danos causados a aparelhos elétricos. Hipótese em que a seguradora sub-rogou-se nos direitos e ações dos segurados. Pagamento das indenizações securitárias comprovados. Direito de regresso assegurado. Responsabilidade objetiva da concessionária. Situação, no entanto, em que incumbia à autora a prova dos fatos constitutivos do seu direito (art. 373, I, CPC). Consideração de que a prova contida nos autos revela que não há relação de causalidade entre o dano ocorrido no elevador do segurado Condomínio Residencial Penha de França e a prestação de serviço de energia elétrica. Inadmissibilidade do pleito de ressarcimento dos valores pagos a este segurado. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 208/220, de relatório adotado, que, em ação regressiva, julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o imóvel assegurado foi acometido por pico de tensão que ocasionou a sobrecarga e alteração na rede elétrica, como demonstrado pelo laudo técnico juntado aos autos. Salienta que o nexo de causalidade foi comprovado, estando demonstrada no feito a culpa exclusiva da recorrida pelo evento danoso. Destaca que a ré não comprovou, como lhe incumbia, que não houve falha na prestação do serviço de energia elétrica, acrescentando que o laudo técnico exibido nos autos foi elaborado por empresa

Acesso ao Sumário

idônea, bem delineada a causa dos danos aos aparelhos elétricos do segurado.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Versam os autos sobre ação regressiva proposta por seguradora contra concessionária de energia elétrica com o propósito do ressarcimento de valores pagos aos segurados em virtude de avarias ocorridas em equipamentos elétricos, causadas por falha verificada na rede de energia elétrica.

O pedido inicial foi julgado parcialmente procedente, excluída a indenização postulada, em relação ao Condomínio Residencial Penha de França, à falta, neste ponto, de prova do nexo de causalidade.

Insurge-se a seguradora contra este capítulo da sentença e seu recurso não comporta provimento.

É que, em relação ao segurado Condomínio Residencial Penha de França, o laudo técnico exibido nestes autos pela própria recorrente (fls. 58/63) aponta que a causa dos danos foi um curto circuito entre espiras devido à falha súbita da isolação (item 3, fls. 62) e que os danos decorrentes do curto circuito entre espiras não apresentou relação a fenômeno elétrico externo (item 5.2 de fls. 63), o que conflita com a conclusão do laudo de fls. 66, que, sem fundamentação técnica alguma, menciona que o motivo da queima do equipamento foi uma sobrecarga de tensão elétrica.

Tem-se, portanto, que o laudo de fls. 57/63, elaborado com rigor técnico, deve prevalecer em relação ao trabalho conciso e desprovido de fundamentação de fls. 66, de molde a justificar o convencimento de que, em relação aos danos em exame, não há mesmo se cogitar da caracterização da relação de causalidade que poderia respaldar a condenação da ré ao ressarcimento postulado nesta demanda.

Aliás, como assentado com propriedade pelo magistrado, ao reportar-se ao laudo de fls. 66, "tais assertivas, sem a indicação dos subsídios fáticos que a ensejaram, não tem o poder de desqualificar as conclusões ofertadas após a realização de estudos detalhados e registrados em imagens fotográficas e, por não merecer que lhe seja emprestada valia, afasto o poder positivo de convicção que dela a autora espera obter." (fls. 219).

Destarte, ao contrário do aduzido pela autora, produziu ela mesma prova convincente de que não ocorreu, no caso em exame, falha do serviço prestado pela ré, inexistindo nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo segurado Condomínio Residencial Penha de França e a atividade da concessionária de energia elétrica, por isso que correta a r. sentença ao rejeitar o pedido de ressarcimento, no particular.

E, considerado o improvimento do recurso, bem como o trabalho adicional desenvolvido pelo advogado da recorrida na fase recursal, sopesada, ainda, a

Acesso ao Sumário

sucumbência recíproca, elevo os honorários advocatícios que lhe são devidos e os arbitro, por apreciação equitativa, tendo em vista o pouco expressivo valor da condenação (R$ 1.380,00), em R$ 1.000,00, corrigidos da data do acórdão, mantida, no mais, a r. sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010545-18.2014.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MELHORAMENTOS PAPÉIS LTDA., é apelado TENDA ATACADO LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nos termos do artigo 942 do CPC, deram parcial provimento ao recurso, vencido o relator sorteado que declara. Acórdão com o 2º desembargador. Declara voto convergente o 3º desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.348)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI, vencedor, RICARDO NEGRÃO, vencido, FÁBIO TABOSA (Presidente), CLAUDIO GODOY e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 27 de março de 2017.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator Designado

Ementa: PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. *Kitchen*. DISTINTIVIDADE.

Conquanto tenha sido afirmado que seria a marca da autora pouca evocativa, certo é que se comprovou nos autos ser a autora única titular do signo, desde 1970, em seu segmento empresarial, voltado à comercialização de guardanapos e toalha de papel.

Ainda que a marca tenha se originado da palavra inglesa "*kitchen*", não se pode afirmar que o signo seria pouco evocativo, pois o vocábulo não é de uso corrente no país, como demonstrou a autora nos autos. Além disso, o produto - guardanapo de papel - não cria imediata relação com cozinha (*kitchen*) e, por isso, não se tem como pouco evocativa a marca.

O mercado não se utiliza em demasia deste signo,

Acesso ao Sumário

que, por isso, conserva sua distintividade, como corroborou a pesquisa junto ao INPI, que negou a outras empresas a possibilidade de registro da marca, utilizada pela autora, exclusivamente, desde 1970. Assim, não poderia ter a ré se utilizado da mesma marca da autora na venda de guardanapos, o que confirmou a concorrência desleal.

Indenização por danos morais. O dano sofrido pelo titular da marca utilizada indevidamente alcança ainda outra dimensão. É que se coloca a marca em ambiente não adequado ao padrão de consumo desejado e praticado pelo seu titular, desvalorizando o signo em face dos seus consumidores. Não se cuida de admitir a indenização punitiva, mas, em face da realidade que se apresenta, deve-se admitir que o dano efetivamente ocorreu pelo uso indevido da marca. Os atos ofendem direitos intangíveis da titular da marca, independentemente da prova de qualquer diminuição patrimonial da vítima. Outra solução assegura o que a doutrina moderna denomina ilícito lucrativo. Tutela inibitória e reparação por danos materiais deferidos.

Recurso provido.

VOTO

Recorreu a autora da sentença, proferida pelo Doutor **Renato Guanaes Simões Thomsen**, que julgou improcedente o pedido inibitório, considerando-se ser pouco evocativa a marca da autora - *Kitchen* - voltada à classe de guardanapos de papel e papel toalha. Afirmou, no recurso, que tem o depósito da marca desde 1970 e, por isso, seria a única empresa a explorar o signo na classe 16, voltada à produção de guardanapos e papel toalha, de modo que haveria distintividade. Alegou que a ré buscou o registro apenas da marca "Select" e, por isso, não poderia ter se utilizado da expressão "kitchen" na venda, igualmente, de guardanapos. Sustentou que outras empresas já tentaram realizar o registro da marca, o que, entretanto, foi negado pelo INPI. Pediu, por fim, o reconhecimento da legitimidade da empresa *Detalhe*, que teria sido contratada pela corré *Tenda Atacado Ltda.* para a produção da linha de guardanapos, com fundamento no art. 190, inc. I, da Lei nº 9.279/96.

O recurso foi respondido pela ré.

É o relatório.

A corré *Detalhe Indústria e Comércio de Produtos Descartáveis Ltda.*

Acesso ao Sumário

integrou a cadeia de produção de mercadoria com suposta reprodução indevida da marca da autora. E, assim, com fundamento no art. 190, inc. I, da Lei nº 9.279/96, deve também responder, solidariamente, pelos danos causados à autora.

Superada esta questão, conquanto tenha sido afirmado que seria a marca da autora pouca evocativa, certo é que se comprovou nos autos ser a autora única titular do signo, desde 1970, em seu segmento empresarial, voltado à comercialização de guardanapos e toalha de papel.

A ré, como esclareceu o perito *Adauto Silva Emerenciano*, tem registro da marca "Select Kitchen" em diversos segmentos. Todos os registros, no entanto, contaram com apostilamento, que vedava o uso exclusivo das marcas *Select* e *Kitchen*. Contudo, na classe 16, que corresponde à comercialização de produtos em papel, **não tem a ré** (fls. 360) o referido registro e, por isso, não poderia se utilizar do signo no mesmo segmento de atuação da autora (fls. 362)

Ainda que a marca tenha se originado da palavra inglesa "kitchen", não se pode afirmar que o signo seria pouco evocativo, pois o vocábulo não é de uso corrente no país, como demonstrou a autora nos autos.

Além disso, o produto - guardanapo de papel - não cria imediata relação com cozinha (*kitchen*) e, por isso, não se tem como pouco evocativa a marca. Sobre esta questão, esclareceu a assistente técnica **Maitê Cecília Fabbri Moro**: "Evocativo é aquilo que evoca e evocar, segundo o Dicionário Aurélio, é 'trazer à lembrança, à imaginação'. Ora, quando se menciona a expressão 'kitchen' ou 'cozinha' (tradução para o português), não se pensa nem de forma mediata, nem imediata, em guardanapos de papel! Guardanapos de papel tampouco são objetos usados somente nas cozinhas, não sendo esta uma característica necessária desse produto que tem ampla utilização por parte dos consumidores (para lanches, piqueniques, na mesa, etc.). Logo, não é possível (nem razoável) dizer que há uma evocatividade da expressão Kitchen em relação ao produto guardanapo de papel" (fls. 440)

Diversas empresas tentaram registrar o signo, como afirmou a autora nas razões recursais (fls. 517). Entretanto, o INPI negou os pedidos, ora em virtude do registro da autora, e ora em virtude da marca "Kitchens", conhecida marca do segmento de montagem de cozinhas planejadas, fatos também referidos pelo perito (fls. 375/376).

Não é por outra razão que, em pesquisa no site no INPI, vê-se que, como marca, **apenas** a autora é titular do signo, o que reforça, portanto, a distintividade, questão também esclarecida pela assistente *Maitê Cecília Fabbri Moro*: "A expressão 'kitchen' não é expressão comum, necessária, genérica para identificar guardanapos de papel, sendo, portanto, expressão suficientemente distintiva para diferenciá-los no mercado. Basta realizar uma busca no banco de

Acesso ao Sumário

dados do INPI para se constatar que a autora é a única titular de marca contendo a palavra Kitchen na classe 16, especificamente para assinalar guardanapos de papel e papel toalha" (fls. 439).

Ademais, o significado da palavra inglesa "kitchen" é desconhecido por muitos brasileiros, o que garante a proteção do registro da autora.

Sobre esta questão, esclarece **Lélio Denicoli Schmidt**: "A melhor orientação é a preconizada por Lars Holmqvist, que sustenta que se deve fazer um teste de opacidade: se o significado banal que a palavra tem em outro idioma não penetrou no país em que se pede o registro, nada obsta sua proteção como marca de fantasia. Entretanto, se a palavra estrangeira é de uso corrente e seu sentido descritivo é facilmente reconhecido pelo público (como em soutien, abat-jour, fecho éclair, hot dog, hamburguer, etc.), sujeita-se à mesma proibição que incide sobre as palavras de uso comum, necessário ou vulgar existentes no idioma pátrio. É a posição seguida pela AIPPI (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle - resolução Q 135) e por vários autores. Esse teste de opacidade, como observam Bently e sherman, depende não só do grau de penetração do idioma estrangeiro, mas também da familiaridade com a palavra em questão (o idioma pode ser conhecido, a palavra não) e dos hábitos de mercado ínsitos ao ramo de atividade em que é usada" (A Distintividade das Marcas, Ed. Saraiva, 2013, p. 113).

Ao se buscar a palavra no "*google*", vê-se como resultado a marca "*kitchenaid*", de eletrodomésticos, e, notadamente, a marca "*kitchens*", já referida, explorada no segmento de cozinhas planejadas. E, ao se buscar o parâmetro "*kitchen guardanapos*", resulta apenas a marca da autora. Logo, o mercado não se utiliza em demasia deste signo, que, por isso, conserva sua distintividade, como corroborou a pesquisa junto ao INPI, que negou a outras empresas a possibilidade de registro da marca, utilizada pela autora, exclusivamente, desde 1970. Assim, não poderia ter a ré se utilizado da mesma marca da autora na venda de guardanapos, o que confirmou a concorrência desleal.

Em relação aos danos morais, tão-somente o uso indevido da marca gerou abalo à honra objetiva da autora. Isto significa dizer que o dano, neste caso, apresenta-se *in re ipsa*. Decorre do próprio fato, a partir do qual são extraídas as consequências danosas à autora. Qualquer uso que não seja aquele tutelado pelo titular da marca ou nome empresarial representa prejuízo à imagem construída. É uso que não nasceu da vontade da empresa e dos valores por ela construídos e, por consequência, deve ser indenizado, sem exigência da prova dos danos. Exigir esta prova representaria, em última análise, retrocesso consubstanciado na transformação dos danos morais - expressamente reconhecidos em favor da pessoa jurídica, a partir da edição da Súmula nº 227, do Superior Tribunal de Justiça - em danos patrimoniais, o que não poderia ser admitido.

Acesso ao Sumário

E, por isso, conclui **Antonio Jeová Dos Santos**: "Para aqueles que entendem que o dano moral das pessoas jurídicas, para ser reparado, há de ter prova robusta do prejuízo, parece que ainda não ficou estreme de qualquer dúvida a diferença ontológica entre o dano moral e o material. A prova do prejuízo é exatamente o dano material, já que o dano moral ocorre *in re ipsa*, prescindindo de prova direta. E se a pessoa jurídica foi uma entidade filantrópica, de fins beneficentes ou qualquer outra que não tenha o lucro como seu objetivo primordial? Como fazer para aceitar o ressarcimento, demonstrando que ditas pessoas jurídicas comprovem o prejuízo? Mais parece esse entendimento uma volta ao passado, em que depois de o dano moral ser inadmitido, com muito sacrifício, passou-se a dizer que o dano moral, com repercussão no âmbito patrimonial, é que seria objeto de ressarcimento" (Dano Moral Indenizável, Ed. Jus Podivm, 5ª ed., p. 115).

Importante notar que, atualmente, a noção de prejuízo moral não se restringe apenas à dor ou qualquer outro sofrimento. Esta corrente de entendimento foi superada.

Evidentemente a pessoa jurídica não pode sofrer danos que são inerentes à pessoa natural, como ocorre com a lesão da integridade física, da liberdade individual etc. ou qualquer outra interferência no estado de ânimo. Todavia, como afirma a doutrina de **Renato Sconamiglio**, remanesce sempre uma esfera mais ampla, da honra, da reputação e da imagem, na qual é possível verificar em favor das pessoas jurídicas uma tutela da personalidade (Responsabilità Civile e Danno, ed. G. Giappichelli Editore - Torino, p. 343). Por isso parte da doutrina distingue o dano moral, stricto sensu, do dano não patrimonial (**Guido Alpa**, *in* La Responsabilità Civile. Parte Generale, UTET, Torino, p. 690), para o qual não se exige prova de repercussão econômica, mas a ofensa aos seus interesses e bens socialmente apreciáveis em acepção mais ampla.

A reparação dos danos morais, entre nós, trata de lesões extrapatrimoniais, que, muitas vezes, não podem ser comprovadas. Daí a razão pelo acolhimento da presunção, somente no que tange às consequências nocivas do ato ilícito cometido. Como bem esclarece **Yussef Said Cahali**, com amparo na lição de **Walter Moraes**: "No dano moral pode haver dor e muitas vezes o haverá. Porém, o entendimento de que a ideia de dor está na essência do conceito, a própria doutrina francesa se encarregou há muito de afastá-la. Ora, superada a ideia de dor, concebido o dano moral objetivamente como lesão extrapatrimonial geralmente irreparável, segundo a visão doutrinária mais moderna, não há entrave a que se atribua também à pessoa jurídica o correspondente direito de indenização. O lugar jurídico mais característico dos danos morais é, reconhecidamente, a área dos direitos de personalidade. Dos valores que a doutrina sói denominar 'bens de personalidade', alguns há que compõem também a estrutura das pessoas jurídicas. Não a vida, o corpo, o psiquismo. [...] Mas ela pode defender sua

Acesso ao Sumário

dignidade (honra), sua liberdade, sua intimidade (privacidade), sua identidade (nome e outros sinais de identificação), sua verdade, sua autoria em obra intelectual" (Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 348).

Não se pode olvidar que a lesão aqui tratada é o uso indevido da marca da autora, marca pela qual era conhecida no mercado, que integra, segundo a aplicação do art. 52, do CC, direito da personalidade da empresa. É o quanto basta, portanto, para reconhecer o dano *in re ipsa*. Exigir a prova de prejuízos decorrentes desse uso levaria, como dito, ao reconhecimento da reparação por dano patrimonial, sendo certo que o rompimento da exclusividade da marca, ato por si só considerado, já representou dano moral à autora, que ficou privada da tutela da respectiva identidade no mercado, tutela esta que garantiria o cumprimento de seus valores empresariais junto aos clientes e fornecedores, base, portanto, do estabelecimento empresarial.

Neste sentido já decidiu o Tribunal pelo voto do Desembargador **Enio Zuliani**:

> "Em matéria de dano moral, nossos Tribunais já se manifestaram inúmeras vezes no sentido de que o indispensável para a indenização não é a prova do dano moral em si, isto é, do aborrecimento, do abalo à reputação da pessoa física ou jurídica no seio da sociedade: basta a prova dos fatos ilícitos que sejam por si só aptos a gerar dano moral na vítima. A presunção de dano moral em casos de violação de propriedade industrial é um imperativo lógico. Não seria eficiente, nem justo, impor à autora vítima da concorrência desleal o ônus de provar o abalo sofrido pela empresa, por exemplo, através de uma pesquisa do seu perfil junto aos seus consumidores. Presume-se o dano como uma decorrência natural do ilícito perpetrado pelas rés. [...] Já é hora de evoluir na verificação do dano moral, presumindo-o quando for flagrante o uso do nome e da marca alheias, sob pena de desvalorização irreparável do investimento e do zelo dos seus titulares, raramente indenizados pela dificuldade da prova da lesão extrapatrimonial, em severo detrimento da força moral que deve ter um nome ou uma marca" (Ap nº 1041312-76.2013.8.26.0100, Rel. Des. **Enio Zuliani**, dj 30.09.15).

Não é por outra razão que a Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial já pacificou a questão, visto que, em voto relatado pelo Desembargador **Pereira Calças**, em embargos infringentes (EI nº 0158873-75.2012.8.26.0100/50001, dj 06.05.15), concedeu-se reparação por dano moral no caso de violação de marca que sequer havia sido registrada. Nesse sentido igualmente o excelente voto do D. Desembargador **Claudio Godoy** (TJSP, Ap. nº 0084071-12.2012.8.26.0002, dj 24.06.2015).

Não se pode olvidar, ainda, que o infrator se utiliza da marca alheia com o fim de obter lucros, que, muitas vezes, são maiores até mesmo do que a reparação concedida. Deixar de presumir o dano nessas hipóteses representa

Acesso ao Sumário

assegurar ao autor do ilícito lucro indevido. Diante deste quadro, surgiu a teoria dos ilícitos lucrativos, que busca minimizar os prejuízos sofridos pela vítima, através da reparação dissuasória, sabido que o ofensor, geralmente, se vale da pouca significância das reparações concedidas para potencializar seus lucros, circunstância que é considerada pelo ofensor, visto que os lucros auferidos podem ser "superiores aos eventuais prejuízos a serem ressarcidos, o que pressupõe uma visão econômica desta dinâmica" (**Daniel de Andrade Levy**, Responsabilidade Civil - De um Direito dos Danos a um Direito das Condutas Lesivas, Ed. Atlas, 2012, p. 108).

O dano sofrido pelo titular da marca utilizada indevidamente alcança ainda outra dimensão. É que se coloca a marca em ambiente não adequado ao padrão de consumo desejado e praticado pelo seu titular, desvalorizando o signo em face dos seus consumidores.

Não se cuida de admitir a indenização punitiva, mas, em face da realidade que se apresenta, deve-se admitir que o dano efetivamente ocorreu pelo uso indevido da marca. Os atos ofendem direitos intangíveis da titular da marca, independentemente da prova de qualquer diminuição patrimonial da vítima. Outra solução assegura o que a doutrina moderna denomina ilícito lucrativo.

Diante disso, revela-se justificada a concessão de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00, acrescidos de juros e correção monetária.

Pediu a autora reparação por lucros cessantes, em liquidação de sentença, com fundamento no art. 210, da Lei nº 9.279/96. Considerando-se a obrigação alternativa estabelecida no referido dispositivo legal, poderá a autora determinar o critério de liquidação mais adequado por ocasião da petição inicial da liquidação (REsp nº 1.316.149/SP, Rel. Min. **Paulo de Tarso Sanseverino**, dj 03.06.14).

Sobre a imposição severa de prova do prejuízo sofrido pela vítima da concorrência desleal, o que não pode ser admitido, vale o registro da doutrina de **Gama Cerqueira**: "A prova dos prejuízos, nas ações de perdas e danos, merece, entretanto, especial referência. Esta prova, geralmente difícil nos casos de violação de direitos relativos à propriedade industrial, é particularmente espinhosa quando se trata de infração de registros de marcas, não podendo os juízos exigi-la com muita severidade. Os delitos de contração de marcas registradas lesam forçosamente o patrimônio do seu possuidor, constituindo uma das formas mais perigosas da concorrência desleal [...]. Frequentemente, porém, verifica-se que, não obstante a contrafação, os lucros do titular da marca não diminuem, mantendo-se no mesmo nível ou na mesma progressão [...] Não se deve concluir, entretanto, só por esse fato, que a contrafação não tenha causado prejuízos, porque estes não se revelam, necessariamente, na diminuição dos lucros ou na sua estabilização em determinado nível. [...] O que o bom senso

Acesso ao Sumário

indica é que o dono da marca realizaria lucros ainda maiores, se não sofresse a concorrência criminosa do contrafator. [...] A simples violação do direito obriga à satisfação do dano, na forma do art. 159 do Código Civil, não sendo, pois, necessário, ao nosso ver, que o autor faça a prova dos prejuízos no curso da ação. Verificada a infração, a ação deve ser julgada procedente, condenando-se o réu a indenizar os danos emergentes e os lucros cessantes (Cód. Civil, art. 1059), que se apurarem na execução" (Tratado da Propriedade Industrial, Ed. Forense, 1956, p. 284-286).

Pelo exposto, respeitado o entendimento em sentido contrário, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para: a) reconhecer a legitimidade passiva da corré *Detalhe Ltda.*, que deve responder solidariamente pelos danos causados; b) determinar a abstenção do uso pelos réus da marca "kitchen", providência que deverá ser cumprida no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 5.000,00, c) condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00, com juros de mora a contar da citação, e correção monetária a partir do julgamento do recurso; d) condenar os réus ao pagamento de reparação por danos materiais, com fundamento no artigo 210, da Lei nº 9.279/96, que será objeto de liquidação de sentença. Responderão os réus pelas custas do processo e honorários advocatícios no valor correspondente a 15% da condenação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 33.687)

Voto divergente:

Divirjo do entendimento da douta Maioria no tocante à utilização simultânea da expressão "Kitchen" pelas litigantes e faço para negar provimento ao recurso, mantendo o decreto de improcedência do pedido inaugural.

A recorrente é titular da marca nominativa "Kitchen" (nas classes 24:20 - roupas de cama, mesa, banho e cozinha, e 16 - guardanapos de papel, cf. registro n. 905098331) e das marcas mistas "Kitchen Clear" (nas classes 21 - panos com detergente para limpeza - e 16 - lenços de papel) e "Kitchen" (classe 16, guardanapos de papel, cf. registro n. 905099567 (fl. 36-43).

A recorrida, por seu turno, não é titular da marca "Select Kitchen" utilizada nas embalagens dos guardanapos que comercializa. Tampouco depositou pedido neste sentido.

Mas no curso da lide depositou a marca mista "Select" na classe 16, sob n. 909952620 (cfr. informação obtida no endereço (endereço eletrônico constante do texto original).

Acesso ao Sumário

A suplicante afirma ser titular da marca "KITCHEN" e, por isso, pediu que a ré fosse impedida de utilizar a mesma expressão nas embalagens de guardanapos que comercializa, afirmando violar seu direito marcário.

Contudo, nenhum óbice há ao uso da expressão "Kitchen" pela recorrida.

A palavra inglesa "kitchen" é de cunho genérico, conhecida pelo consumidor por seu significado na língua portuguesa ("cozinha").

E no caso em testilha, porque associada a produto peculiar do ambiente da cozinha (guardanapo de papel), possui caráter meramente descritivo.

A respeito da marca evocativa, pertinente a observação de Lélio Denicoli Schmidt:

> (...) toda marca é uma forma de publicidade, como se o produtos se apresentasse ao consumidor, num diálogo silencioso, e dissesse "olá, sou o produto da marca X". No caso das marcas evocativas, esse diálogo é mais longo, pois inclui informações sobre a natureza ou utilidade do produto, através do artifício de formar a marca com palavras que revelem as características do produto ou serviço. É o caso do inseticida "MAT INSET", cuja marca já sugere a destinação do produto. O empresariado tem certa predileção por adotar marcas evocativas, pois elas economizam gastos publicitários para divulgar as características ou utilidades do produto, já descortinadas na própria marca.
>
> Contudo, também há desvantagens. A marca é individual, mas a destinação é algo que o produto comunga com seus concorrentes. O Direito Marcário não gera monopólio de mercado. Dessa forma, o emprego de expressões comuns na composição da marca reduz forçosamente a sua distintividade. A proteção da marca evocativa é estreita, pois recai apenas sobre a combinação original dada aos elementos que a formam, sem conferir direito exclusivo sobre eles, em si considerados. Nada impede que os concorrentes igualmente se valham das mesmas palavras, prefixos ou sufixos comuns para formarem outras marcas evocativas, como ocorre por exemplo com as marcas GLOBO-NEWS e BANDNEWS. A opção por uma marca evocativa faz com que seu titular tenha de aceitar a convivência com outras marcas evocativas, compostas a partir das mesmas partículas genéricas ou descritivas.
>
> (**A distintividade das marcas**, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 109).

A marca evocativa é, pois, marca fraca que só merece proteção "se a semelhança não se restringe aos elementos genéricos ou descritivos (de livre uso) e se estende à parcela distintiva", causando risco de confusão ou associação" (**opus cit**., p. 111).

É exatamente esse o caso dos autos, pois a expressão "Kitchen", não possui parcela distintiva e tem relação direta com a atividade com ambiente culinário.

Não por outro motivo o indeferimento da tutela antecipada foi mantido

Acesso ao Sumário

por esta C. Câmara Reservada em sessão de julgamento realizada aos 17 de novembro de 2014, em aresto de lavra do Exmo. Sr. Desembargador Ramon Mateo Júnior (AI n. 2164541-31.2014.8.26.0000).

Daí que a expressão, comum, não é, isoladamente registrável, errando o INPI ao conceder o registro sem ressalva.

Assim, não assiste razão à autora quanto à abstenção do uso do domínio "kitchen".

Partindo dessa premissa, ainda que o INPI tenha concedido o registro, nada obsta que outros fabricantes de guardanapos de papel e de papéis-toalha utilizem a expressão "kitchen" aglutinada a outra palavra, de forma a distinguir seus produtos.

Ressalta-se que o pedido inaugural não se restringe ao uso da marca nominativa, abrangendo também a marca mista da autora.

E neste aspecto há que se reconhecer a inexistência de qualquer semelhança entre as marcas mistas ostentadas.

A autora utiliza exclusivamente a expressão "Kitchen" e, portanto, com grande destaque para a marca.

Nas embalagens dos guardanapos comercializados pela recorrida, porém, mal se vê a palavra "kitchen" - em letras minúsculas -, logo abaixo da expressão "Select", esta sim em destaque, demonstrando-se ser o núcleo da expressão "Select Kitchen".

Há explicação para isso: a rede atacadista possui marca própria ("Select") que identifica inúmeros produtos de diversos segmentos (**pet shop**, mercearia, hortifrúti, bebidas, higiene e perfumaria, grãos e massas, dentre outros, cf. informação obtida no endereço (endereço eletrônico constante no texto original)).

Não há, pois, qualquer possibilidade de confusão ou dúvida entre os consumidores.

E, tampouco, há a propalada concorrência desleal.

Em razão do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

RICARDO NEGRÃO, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 11.568)

Guardado o devido acatamento ao douto Relator sorteado, acompanho a divergência do ilustre 2º Juiz, Relator designado, para dar provimento ao apelo da autora.

Por primeiro, realmente não há, segundo entendo, como amparar a tese da

Acesso ao Sumário

ilegitimidade da corré Detalhe Indústria e Comércio de Produtos Descartáveis Ltda., reconhecida pela r. sentença.

Antes de ir ao teor do art. 190, I, da Lei nº 9.279/96, pondero que a questão nem mesmo diz respeito às condições da ação, sobretudo em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, em que inexiste relação jurídica previamente constituída em termos formais. Nesse contexto, é parte legítima quem quer que o autor, justificadamente, indique como sendo responsável pelo dano apontado, e o raciocínio que negue essa premissa será, necessariamente, decisão de mérito, no sentido de que *ao contrário do afirmado pelo autor, o réu não está obrigado a indenizá-lo por esse ou por aquele fato*.

E isso porque só é possível chegar à conclusão de que ausente a responsabilidade civil com o exame das circunstâncias do caso concreto, ultrapassando-se portanto as fronteiras do mero exame da qualidade para figurar na relação processual feito em atenção à titularidade da relação jurídica substancial controvertida.

Superado esse aspecto, acredito deva ser a demanda julgada procedente, e quanto às duas rés, acompanhando assim o entendimento manifestado pelo ilustre 2º Juiz.

Inicialmente, no tocante à ocorrência ou não de violação à marca "*Kitchen*", registrada pela autora junto ao INPI em inúmeras classes (fls. 35/43), dentre as quais a de nº 16, relativa a "*lenços de papel e lenços de limpeza*", abarcando portanto guardanapos e papel toalha, objeto do presente litígio, entendo estar o ilícito efetivamente caracterizado, pelo que afasto a tese de que a marca de titularidade da ora apelante seria meramente evocativa ou descritiva (v.g., marca *fraca*).

Nesse sentido, endosso a posição do ilustre Relator designado no sentido de que não se possa ter a palavra "*kitchen*", com significado de "*cozinha*" na língua inglesa, como em si vulgarizada ou largamente difundida no Brasil, a ponto de perder qualquer distintividade.

Quando não fosse por isso, entendo que mesmo se considerada a tradução do referido termo para o vernáculo não se pode falar em expressão meramente descritiva do produto, ou genérica, ou utilizada para a indicação de suas características, já que guardanapos e toalhas de papel não são utilizados exclusivamente na cozinha, nem tampouco apenas em situações envolvendo refeições ou preparo de comida.

Desse modo, a associação existente entre a ideia evocada pela marca "*Kitchen*" e os produtos relacionados à classe de registro nº 16 se mostra remota e não necessária, preservando a originalidade e distintividade da designação.

E mesmo se, por hipótese, admitido o caráter genérico da marca, deve-se destacar as condições em que possam ser feitas as considerações dos parâmetros

Acesso ao Sumário

analíticos extraídos da letra do art. 124, VI, da Lei nº 9.279/96, dispositivo que, em seu *caput*, dirige-se ao órgão registrador, indicando "*não serem registráveis*" as marcas incidentes em alguma das restrições na sequência enumeradas.

Ocorre que esse problema em específico está superado no tocante à marca da autora-apelante, visto que o INPI efetivamente deferiu o registro na classe nº 16, não cabendo à Justiça Estadual, nem mesmo indiretamente, negar eficácia ou validade a registros feitos perante aquele órgão.

A esse respeito, já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"1. A alegação de que é inválido o registro, obtido pela titular de marca, patente ou desenho industrial perante o INPI, deve ser formulada em ação própria, para a qual é competente a Justiça Federal. Ao juiz estadual não é possível, incidentalmente, considerar inválido um registro vigente, perante o INPI. Precedente.*
>
> *2. A impossibilidade de reconhecimento incidental da nulidade do registro não implica prejuízo para o exercício do direito de defesa do réu de uma ação de abstenção. Nas hipóteses de registro irregular de marca, patente ou desenho, o terceiro interessado em produzir as mercadorias indevidamente registrada deve, primeiro, ajuizar uma ação de nulidade perante a Justiça Federal, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Assim, todo o peso da demonstração do direito recairia sobre o suposto contrafator que, apenas depois de juridicamente respaldado, poderia iniciar a comercialização do produto.*" (Recurso Especial nº 1.132.449/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/3/2012)

Não se poderia assim, ainda que se considerasse fraca a marca de titularidade da autora, simplesmente se negar proteção a ela.

Nessas condições, a utilização pela corré Tenda Atacado Ltda. da marca "*Select Kitchen*" para designar seus produtos também da classe nº 16 acaba por incorrer em inequívoca violação à marca "*Kitchen*", pouco importando o acréscimo do termo "*select*", igualmente em inglês, que, de toda forma, tem função claramente adjetivadora e acaba por propiciar inegável risco de confusão, sugerindo tratar-se de uma versão selecionada ou mais qualificada dos próprios produtos da marca "*Kitchen*".

E, ressalte-se, não há nessa conduta da corré Tenda qualquer inocência, mas propósito deliberado de concorrência desleal. É possível notar que, justamente buscando fugir a qualquer restrição, ela não depositou pedido de registro de marca com o termo "*kitchen*" na classe nº 16 - muito embora o tenha feito em inúmeras outras classes, nas quais buscou o registro da marca "*Select Kitchen*", conforme planilha a fls. 136/137, apresentada pela própria corré -, mas apenas da marca "*Select Higiene & Beleza*", deixando o vocábulo "*kitchen*", portanto, apenas para o uso prático (fl. 45), o que, por si só, indica a intenção de violar

Acesso ao Sumário

direito marcário de titularidade da autora.

Por outro lado, no caso da corré Detalhe, é possível vislumbrar, da parte dela, incontroversa coparticipação no ilícito, por força da produção do material das embalagens das mercadorias produzidas pela corré Tenda, contendo violação ao direito marcário de titularidade da autora, conduta essa inclusive tipificada penalmente no já mencionado art. 190, I, da Lei nº 9.279/96, pelo que a demanda deve ser julgada procedente também em relação a ela.

Dessa forma, acompanho a douta maioria, com acréscimo na fundamentação, para impor dever de abstenção às rés-apeladas quanto à utilização do termo "Kitchen" em guardanapos e toalhas de papel, bem como no que diz respeito à condenação ao pagamento de verba indenizatória, modificando assim a r. sentença para julgar procedente a demanda e dando provimento ao apelo.

Assim, pelo meu voto, também **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

FÁBIO TABOSA, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004725-84.2016.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante EDNA KIYOKO UATANABE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TIM CELULAR S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.482)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2017.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Serviço de telefonia - Ausência de impugnação específica dos fundamentos da r. sentença - Descumprimento do artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil - RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 23/02/2017, cujo relatório se adota, que, em ação de indenização por danos morais proposta por EDNA KIYOKO UATANABE contra TIM CELULAR S/A, julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00, observada a concessão dos benefícios da justiça gratuita (fls. 177/180).

Recorre a autora. Afirma que, analisando casos idênticos, recentemente julgados, a operadora de telefonia celular foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais em valores entre R$ 5.000,00 e R$ 10.000,00. Alega que, por mais que tente, não consegue encontrar uma única razão para justificar a improcedência do pedido, dada a gravidade do caso. Sustenta que o réu em nenhum momento atuou de forma preventiva. Aduz que o valor fixado na sentença a título de dano moral se afigura irrisório (fls. 183/189).

Recurso recebido e contrariado (fls. 252/260).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

O recurso não comporta conhecimento.

É que a autora, nas razões recursais, limitou-se a impugnar genericamente a sentença de improcedência proferida pelo D. Juízo *a quo*.

Com efeito, a leitura do recurso de apelação evidencia que a autora limita-se a citar decisões judiciais, além de alegar que, "*por mais que tente, não consegue a recorrente encontrar uma única razão para justificar a improcedência do pedido, dada a gravidade do caso*" (fls. 188).

Ocorre que era imprescindível que a requerente impugnasse de forma específica a sentença recorrida, expondo o direito e as razões do pedido de reforma.

Assim, ao manifestar seu inconformismo de forma genérica, a apelante deixou de impugnar especificamente os fundamentos da sentença, o que constitui óbice ao conhecimento do recurso, uma vez que há afronta ao disposto no art. 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que é ônus do recorrente a impugnação específica das questões que pretende discutir, demonstrando efetivamente o eventual desacerto da decisão guerreada, fato inocorrente à espécie.

A esse respeito:

"***O apelante deve atacar, especificamente, os fundamentos da sentença que deseja rebater, mesmo que, no decorrer das razões, utilize-se, também, de argumentos já delineados em outras peças anteriores.***

Acesso ao Sumário

No entanto, só os já desvendados anteriormente não são por demais suficientes, sendo necessário o ataque específico à sentença".

"***As razões do recurso apelatório são deduzidas a partir do provimento judicial recorrido, e devem profligar os argumentos deste, insubstituíveis (as razões) pela simples referência a atos processuais anteriores, quando a sentença inexistia***, ainda...".

(Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, Theotonio Negrão, 47ª ed., Saraiva, nota 10a, ao art. 1.010, p. 922 - grifo nosso)

Como se não bastasse a impugnação absolutamente genérica, a apelante ainda alega que o valor fixado na sentença a título de dano moral se afigura irrisório, quando, na verdade, a ação foi julgada improcedente.

Portanto, é inviável o conhecimento do recurso.

Em virtude do que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, majoro a condenação da autora, quanto ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, de R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00, observada a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4004850-65.2013.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante DÉBORA NOVAES PINTO, são apelados ALINE DO AMARAL DE SOUZA e GABRIELA CRISTINA DA SILVA CORDEIRO GASPAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.544)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente), FORTES BARBOSA E CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação de resolução de contrato de trespasse. Sentença de parcial procedência. Apelação da ré. Fatos imputados à recorrente irrelevantes para a resolução da avença. Doutrina de ENZO ROPPO.

Acesso ao Sumário

Responsabilidade da apelante adstrita aos débitos existentes no momento de transferência do negócio. Ausência de garantia de faturamento mínimo mensal e de manutenção de condições acordadas com terceiros. Débitos imputados à ré de valor reduzido comparativamente ao da transação. Ademais, pendências que são majoritariamente posteriores à transferência do estabelecimento. Obrigações principais cumpridas pelas partes, com insurgência das autoras após significativo decurso de tempo. Reforma da sentença recorrida. Apelação provida.

VOTO

RELATÓRIO.

Ao despachar pela primeira vez nestes autos, assim sumariei a controvérsia recursal:

"**Vistos, etc**.

Trata-se de julgar apelação interposta pela ré contra a r. sentença de fls. 266/271, que julgou parcialmente procedente ação de rescisão de contrato de trespasse movida pelas apeladas contra a apelante, como está no **dispositum** à fl. 270, '*declarando resolvido o contrato, reintegrando a ré na posse do estabelecimento comercial e condenando-a a devolver às autoras os valores por elas pagos (...)*.'

Após embargar de declaração, fls. 280/284, alegando impossível a execução do julgado, porque as apeladas, autoras da ação, compradoras do estabelecimento, não mais o possuem, o que procuraram provar com fotografias (fls. 285/286), vendo seus embargos rejeitados por decisão que, infelizmente, não os enfrentou, a apelante apelou da r. sentença, o mesmo fato novo deduzindo (fls. 289/300).

Invocaram o art. 238 do Código Civil (*'Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados seus direitos até o dia da perda'*).

Caracterizaram, também, a ocorrência, como fato novo, consoante o art. 462 do CPC/73.

Intimadas para contra-arrazoar, não o fizeram as autoras, o que está certificado à fl. 304.

Posto isso, invocando o disposto no art. 370 do NCPC, que se aplica ao relator em segunda instância (RT 605/74 - **apud** THEOTONIO NEGRÃO e continuadores, CPC, 47ª ed., pág. 440), bem assim o art. 932, I, do mesmo **Codex**, confiro à autoras prazo de 10 (dez) dias para, expressamente, manifestarem-se sobre a circunstância em tela, de terem

Acesso ao Sumário

desocupado o imóvel, esclarecendo, ademais, em caso positivo, por que meio jurídico o fizeram e a quem transferiram sua posse, se possível juntando documentos. O prazo correrá perante a Secretaria desta Corte. Intimem-se." (**fls. 306/308; grifo, negrito e itálico do original**).

Certificada ausência de manifestação das apeladas (fl. 310).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Procede-se ao julgamento, em que pese o disposto nos arts. 14 e 1.046 do NCPC, consoante as normas do Código Buzaid, posto que a r. sentença foi prolatada em sua vigência. Trata-se do princípio do isolamento dos atos processuais, que regula "*direitos adquiridos ao longo do processo que não podem ser atingidos pela nova legislação*" (JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, CPC Comentado, 3ª ed., págs. 71/72). Nesse sentido, STJ-Corte Especial, ED no REsp 600.874, JOSÉ DELGADO, cit. por THEOTONIO NEGRÃO e continuadores, CPC, 47ª ed., pág. 988.

Reformo a r. sentença recorrida.

Inicialmente, cumpre registrar que há incerteza quanto a atual situação do estabelecimento trespassado, considerando-se as alegações da recorrente e reiterada ausência de manifestação das recorridas nestes autos (fls. 304 e 310).

Com isso, a solução fixada pelo douto Juízo ***a quo*** efetivamente poderá restar prejudicada, posto que a resolução da avença pode não mais ser possível.

De qualquer forma, independentemente da desocupação da loja, os elementos acostados aos autos demonstram que o r. ***decisum*** recorrido, de todo o modo, não poderia, ***data venia***, prevalecer.

Doutrina ENZO ROPPO:

"A possibilidade de resolver o contrato por não cumprimento é, em todo o caso, subordinada a uma condição: que o não cumprimento não tenha escassa importância, atendendo ao interesse da parte que o sofre. Seria, na verdade, absurdo e injusto - e correria o risco de perturbar o bom andamento do tráfico - se cada parte fosse legitimada a desembaraçar-se do contrato, tomando por pretexto toda a mínima a insignificante inexatidão na execução da outra parte. É necessário, ao invés, que o não cumprimento invocado por quem pede a resolução, seja razoavelmente sério e grave, e prejudique, de modo objetivamente considerável, o seu interesse." (**O Contrato, pág. 226; grifei**).

In casu, a mora imputada à apelante no cumprimento de suas obrigações contratuais não era suficiente para a rescisão da avença: os prejuízos suscitados pelas autoras poderiam ter sido adequadamente resolvidos em perdas e danos.

Pois bem.

A leitura do contrato de trespasse de estabelecimento comercial celebrado

Acesso ao Sumário

(fls. 8/10) demonstra que a responsabilidade da apelante estava adstrita ao pagamento de débitos existentes no momento de transferência do negócio, nos termos da cláusula 2ª ("*obriga-se a VENDEDORA a liquidar todas as dívidas, sejam estas fiscais, trabalhistas, ou débitos perante terceiros, entregando assim as COMPRADORAS o estabelecimento objeto do presente contrato livre e desembaraçado de quaisquer ônus*").

Consequentemente, depreende-se que as partes não pactuaram ***(i)*** nenhuma garantia de faturamento mínimo mensal; ***(ii)*** a manutenção da condições acordadas com terceiros, tais como o preço do aluguel do ponto comercial.

Assim sendo, o aumento dos aluguéis (fls. 31/33 e 39/47) - em nível que não parece extrapolar as práticas de mercado - não era causa para a resolução da avença, principalmente após o pagamento de parcela significativa do preço contratual e após vários meses passados desde a transferência do negócio. Aliás, as autoras concordaram expressamente em manter a locação em nome da ré, assumindo a responsabilidade pelos débitos (cláusula 5ª).

As quantias devidas em razão de contas de luz tampouco são motivo para a resolução da avença, uma vez que ***(i)*** têm valor insignificante comparativamente ao da transação efetuada; ***(ii)*** várias são posteriores à transferência do estabelecimento, não imputáveis, pois, à ré (fls. 74/76).

Portanto, as obrigações principais das partes foram cumpridas de forma satisfatória: as autoras receberam o negócio nas condições em que era explorado, livre de quase todos os ônus, explorando-o por meses antes de buscar a resolução do contrato.

Nas anotações de THEOTONIO NEGRÃO ***et alii*** acerca da teoria do adimplemento substancial, leia-se o seguinte excerto:

> "(...) 'É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual 'a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos'. Nessa linha de entendimento, a teoria do adimplemento substancial visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato (...)' (STJ-4ª T., REsp 1.051.270, Min. Luis Felipe, j. 4.8.11, um voto vencido, DJ 5.9.11) (...)." (**Código Civil, 33ª ed., pág. 226/227; grifei**).

No mesmo sentido, adotando raciocínio semelhante, veja-se na jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal:

> "Apelação. Trespasse. Alienação de estabelecimento empresarial. Débitos anteriores à celebração do negócio. Alegação de inadimplemento dos réus pela omissão das dívidas e ausência de envio das certidões

Acesso ao Sumário

de protestos na data aprazada. Ainda que as certidões suscitadas não tenham sido enviadas ao apelante ao tempo da avença, este ocorrido não seria suficiente para a rescisão do negócio, acarretando somente o direito de ressarcimento aos compradores. Cláusula contratual em que os réus se comprometem com todo o passivo da empresa. (...) Sentença mantida. Recurso improvido." (**Ap. 0020052-53.2013.8.26.0554, HAMID BDINE; grifei**).

"TRESPASSE - Ação de rescisão de contrato c.c. restituição de valores julgada improcedente - Ausência de previsão contratual expressa no sentido de que o estabelecimento comercial vendido à apelante gerasse o lucro líquido de R$ 12.000,00 - (...) Contrato que expressamente previa a responsabilidade do vendedor pelos débitos anteriores à venda - Devido o ressarcimento de valores comprovadamente despendidos pela apelante, que seriam de responsabilidade do apelado - Ausência de hipótese para rescisão do contrato - Danos morais indevidos, uma vez que não caracterizada ilicitude na ação do vendedor - Recurso parcialmente provido." (**Ap. 0065471-74.2011.8.26.0002, CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA; grifei**).

"TRESPASSE - Pretensão à rescisão contratual e à indenização por dano material, esta consistente no saldo devedor do contrato - Incompatibilidade da rescisão contratual com a pretendida indenização - Procedência exclusivamente do pedido condenatório - Apelação parcialmente provida para este fim. Dispositivo: dão parcial provimento." (**Ap. 0005726-41.2013.8.26.0602, RICARDO NEGRÃO; grifei**).

Portanto, como dito, reformo a r. sentença recorrida, julgando a ação improcedente.

Com a inversão da sucumbência, as autoras deverão arcar com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa, nos termos do § 3º do art. 20 do Código Buzaid.

DISPOSITIVO.

Dou provimento à apelação.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração, ficam as partes intimadas a manifestar, no próprio recurso, querendo, eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000317-

Acesso ao Sumário

59.2012.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que são apelantes JOÃO CARLOS BRAGA (JUSTIÇA GRATUITA) e APARECIDA GOMES SOARES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HÉLIO DE OLIVEIRA (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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.522)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2017.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: Interdito possessório. Turbação da posse. Autor que não comprovou que o réu detém posse clandestina, injusta ou violenta.

Cadeia dominial do bem que demonstra que autor e réu, cada qual, possuem 50% do terreno. Atos de posse legítimas do réu, em sua parcela da propriedade.

Sentença de improcedência mantida. Apelação denegada.

VOTO

Trata-se de ação de interdito possessório cuja sentença assentou a improcedência do pedido e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$1.000,00.

Apelam os autores para a reforma da decisão de primeiro grau e preliminarmente arguem cerceamento do direito de defesa por não terem tido oportunidade de manifestação quanto aos atos processuais, bem como o de produzir provas. Daí porque, tecem considerações sobre as garantias processuais constitucionais e entendem que o processo é nulo desde o mês de junho de 2013.

Como mérito, argumentam que são os únicos proprietários do imóvel objeto da ação e suas posses estão sendo violadas pelo réu. Afiram que o réu não comprou o imóvel e sequer apresentou documento hábil para comprovar suas alegações. Sobre a prova oral, alegam que a testemunha não é convincente, notadamente porque o marido tem amizade com o réu e ademais, ela tem interesse no feito, já que não cumpriu com eles o contrato de venda e compra anteriormente firmado.

Ainda sobre o contrato de venda e compra que firmaram com a testemunha, de parte de seu imóvel, afirmam que o fato de ela não ter quitado o preço fez com

Acesso ao Sumário

que tal fosse automaticamente rescindido. Decorre dai que qualquer transmissão de propriedade eventualmente firmada por ela com o réu seja ineficaz.

Discorrem sobre a cadeia dominial do imóvel e defendem a turbação da posse, pelo réu, pelo que pugnam pela anulação do feito ou pela procedência do pedido.

Recurso regularmente processado.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

A arguição de cerceamento do direito de defesa supostamente decorrente de impossibilidade de falar nos autos, por falha cartorária, não tem razão de ser. Isto já foi bem esclarecido no julgamento do Agravo de Instrumento (n. 2156536-83.2015.8.26.0000, j. 30.09.2015), conforme ementa abaixo transcrita:

> "PROCESSO CIVIL - Ação possessória - Intimação dada na pessoa de procuradora que, no dizer da parte queixosa já não mais defendia seus interesses - Ausência de manifestação nos autos anteriormente ou de requerimento para que as intimações recaíssem na pessoa específica de dado procurador - Eficácia dos atos processuais - Inexistência de nulidade processual - Agravo denegado."

A afirmação dos autores é a de que o réu não tem posse legítima sobre o imóvel que dizem lhes pertencer, por isso, pugnam pela proteção da ação possessória.

Todavia, a prova dos autos indica que o réu não turbou a posse dos autores.

Com efeito, o imóvel objeto desta ação consiste em um terreno de 344 m2 que foi vendido pelos proprietários que constam na respectiva matrícula (fls. 25/27) a Oneide das Graças Oliveira de Figueiredo, casada com Gilberto Mateini Figueiredo, e a Renilde Lacerda de Sá Silva Ferreira, casada com Adailton Silva Ferreira, em 26.06.2001, conforme a escritura pública (fls. 28/30).

Por sua vez, Adailton Silva Ferreira e Renilde Lacerda de Sá Silva Ferreira venderam, por instrumento particular, 50% do mencionado imóvel a João Carlos Braga, ora coautor (fls. 34/35), o qual vendeu metade desses 50% a Edneuza Torres Bezerra, também por instrumento particular, em maio de 2002 (fls. 36/37).

Por fim, Edneuza Torres Bezerra vendeu o que adquiriu do coautor a Oliveira Pereira Teles que, finalmente, em outubro de 2009, vendeu ao réu Helio de Oliveira, ambos por instrumento particular (fls. 104/105 e 102/103, respectivamente).

Feita a breve cronologia dominial, mormente para se compreender satisfatoriamente os fatos, é bem de se ver que aos autores incumbia o dever de provar que a posse do réu é injusta, ou seja, que ele estava praticando atos de turbação. Porém, desse ônus eles não se desincumbiram.

Acesso ao Sumário

Ora, é induvidoso, a par do conjunto probatório, que o réu tem a posse justa de metade do imóvel que o próprio coautor vendeu a Edneuza - e esta, por sua vez, o vendeu ao réu - e é irrelevante, para esta ação, se ela não quitou o preço combinado com o autor, naquela ocasião.

Não há relação direta alguma com a posse do réu, conforme sustentaram os autores, o fato de Edneuza não ter quitado o contrato de venda e compra firmado com eles. Essa inadimplência não rescinde automaticamente esse contrato - e nem há documento nesse sentido comprovando eventual distrato.

Bem por isso, não podem alegar os autores que diante dessa situação de inadimplência, a posse do réu seria injusta, numa evidente alusão à ineficácia de todas as outras posteriores "transmissões" efetivadas por meio de instrumento particular de venda e compra do imóvel.

Ademais, o réu está edificando no local, conforme se percebe das fotos exibidas e o está na parte do imóvel que adquiriu, pois o coautor somente vendeu metade do que comprou.

Logo, o réu não praticou atos de turbação a ameaçar a posse dos autores, pois pratica atos [de posse] na parte do imóvel que adquiriu, pelo que remanesce com os autores a outra parte, que ele não vendeu.

Por fim, não há muito que se considerar do depoimento da testemunha Edneuza. O que ela relatou não encontra respaldo nos autos, pois menciona terceira pessoa que sequer consta no acervo documental, de modo que seu testemunho não interfere no resultado da demanda.

Em face do exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1079094-49.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada FABIANA GOMES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17853)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR e LUIZ ARCURI.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO AFASTADAS.

RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO - CONTA INATIVA - RESTRIÇÃO INDEVIDA DEVEDOR CONTUMAZ DANO MORAL NÃO CONFIGURADO CONDENAÇÃO AFASTADA SENTENÇA PROCEDENTE DADO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

VOTO

O banco insurge-se contra sentença a fls. 128, cujo relatório adoto, que julgou procedente pedido de declaração de inexigibilidade de débito, com indenização por dano moral decorrente de negativação, fixada em R$ 10.000,00.

Argui preliminares de ilegitimidade passiva e de falta de interesse de agir.

Alega que a negativação decorre do não pagamento dos encargos decorrentes da manutenção da conta corrente.

Questiona o dano moral e pede, subsidiariamente, a redução do valor arbitrado.

Em contrarrazões a parte apelada sustenta a lisura da sentença.

É o relatório.

Patente o interesse de agir da autora que necessita do provimento jurisdicional para obter a declaração de a inexigibilidade do débito que deu ensejo à negativação do seu nome.

No mais, o fato de ter havido a cessão de créditos do banco demandado para outrem não lhe retira a legitimidade para responder por eventual ilicitude dos encargos cobrados.

Pelo meu voto rejeito as preliminares.

O banco apelante não se desincumbiu do ônus de provar o fato positivo contrário à alegada inexistência de relação jurídica entre as partes justificasse a negativação do nome da autora, diante do encerramento da conta corrente no ano de 2009.

Não trouxe aos autos extrato da movimentação bancária para demonstrar que o saldo devedor em conta é anterior ao pedido de encerramento. Sustenta, apenas, que o valor inscrito é devido, pois se trata de conta corrente, e que a autora jamais solicitou o encerramento regular da conta.

A relação jurídica entre as partes rege se pelo Código de Defesa do Consumidor, de modo que é necessário admitir a vulnerabilidade do cliente diante do banco.

Acesso ao Sumário

É bastante comum que o consumidor não leia o contrato, mesmo porque muitas vezes o instrumento sequer é encaminhado. A leitura não altera a hipossuficiência do correntista, que não consegue negociar condições importantes do contrato.

A cobrança de tarifas bancárias para manutenção de conta sem saldo e inativa, isto é, sem qualquer movimentação por parte do correntista, constitui prática abusiva frente ao Código de Defesa do Consumidor, traduzindo vantagem manifestamente excessiva do banco em face do correntista (art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor).

A cobrança dessas tarifas, portanto, é indevida e só se justificaria se o serviço fosse fornecido e utilizado, o que, na hipótese, não ocorreu, pois o banco não demonstrou que a evolução do saldo devedor é anterior ao pedido de encerramento da conta corrente.

Nesse sentido:

"Responsabilidade civil. Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Apontado o encaminhamento indevido do nome da autora em cadastro de inadimplentes. Conta corrente inativa. Ausência de movimentação financeira. Saldo devedor resultante exclusivamente do cômputo de tarifas bancárias. Necessidade de notificação do correntista quanto ao interesse em permanecer com a conta. Abusividade na formação do saldo devedor. Inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. indenização Indevida. observada a Súmula 385 do STJ. Recurso parcialmente provido." (Apelação 0053842-77.2008.8.26.0562, Relator: Coelho Mendes; comarca: Santos; órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 07/03/2016).

Independentemente do reconhecimento de eventual inexigibilidade do débito não existe dano moral decorrente do apontamento indevido.

Aludida indenização só deve ser reconhecida em favor de quem ostente nome limpo.

Da análise dos documentos juntados aos autos, fls. 96, observa-se que o nome da apelada foi negativado inúmeras vezes nos últimos cinco anos.

Ora, se os cadastros de maus pagadores foram criados para dar publicidade a quem concede crédito de quem é mau pagador, é evidente que a inclusão em tela, apesar de ilícita, não configura dano moral. Afinal, é justamente mau pagador quem revela o perfil da apelada. E só se protege o direito à honra de quem efetivamente honre suas obrigações e mostre, pelo comportamento, considerar relevante ter um nome limpo. E esse não é o caso da apelada.

Pelo meu voto, **dou provimento parcial** ao recurso para afastar a condenação por dano moral.

Acesso ao Sumário

Diante da sucumbência recíproca, nos termos do artigo 86, *caput*, do Código de Processo Civil, cada litigante arcará com as custas e despesas, as quais devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídas e compensadas, meio a meio. Condeno cada litigante ao pagamento de honorários advocatícios da parte adversa, que ora arbitro, por equidade, em R$ 1.500,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000480-96.2016.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALDEIR MILITÃO DA SILVA.

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 9.375)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2017.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM LOTEAMENTO IRREGULAR. A FRUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA É DIREITO BÁSICO E SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL, DE UTILIDADE PÚBLICA, INDISPENSÁVEL À QUALIDADE DE VIDA, NÃO PODENDO SER NEGADO PELA CONCESSIONÁRIA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O FORNECIMENTO DE ENERGIA É CONTRATO ('RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO' - LARENZ) QUE VIABILIZA PRESTAÇÕES ESSENCIAIS À PESSOA HUMANA, POIS SEU ELEMENTO CENTRAL É A PROTEÇÃO DE UM BEM DE RELEVÂNCIA PARA TODAS AS PESSOAS E QUE SE IRRADIA PARA TODA A

Acesso ao Sumário

SOCIEDADE, TRANSFORMANDO-SE NUM VALOR QUE MERECE SER PROTEGIDO NO ÂMBITO COLETIVO, E RELACIONANDO-SE DIRETAMENTE À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

VOTO

Vistos,

Apelação (pp. 175-184) interposta de r. sentença (pp. 164-168) que julgou procedente ação de obrigação de fazer.

A r. sentença impugnada, disponibilizada no DJe em 21/7/2016 (p. 186), fundamentou como razão de decidir: (i) "ingressa o requerente com ação, com objetivo de compelir a requerida ao fornecimento de energia elétrica em sua residência"; (ii) "o fornecimento de energia elétrica constitui serviço essencial à habitabilidade da moradia"; (iii) "muito embora o imóvel esteja situado em loteamento irregular, é preciso ponderar que o requerente adquiriu o lote do próprio empreendedor ou de terceiro"; (iv) "não deu causa à irregularidade do empreendimento. É terceiro de boa-fé, cuja presença no local é aceita pelo poder público"; (v) "ora, se a presença do dono do imóvel vem sendo tolerada, nada mais natural que se ofereça a ele a infraestrutura mínima necessária para a habitabilidade de sua moradia"; (vi) "aduz-se da documentação que acompanha a contestação que o caso envolve, exclusivamente, loteamento irregular, situação que motivou o zeloso Ministério Público a celebrar TAC com a requerida".

Apela o Ministério Público, deduzindo, como causa de pedir, em suma: (i) "é fato incontroverso a vigência do TAC firmado entre a requerida e o Ministério Público [fls. 77/83]"; (ii) "o imóvel do apelado é fruto de parcelamento ilegal do solo"; (iii) "o Ministério Público entende que a pretensão deduzida e acolhida pelo DD. Magistrado sentenciante, com o devido respeito, é inviável, ao menos até a plena regularização fundiária do loteamento".

Formula pedido de provimento do recurso, para a reforma da sentença, e rejeição da demanda.

Recurso tempestivo, recebido (p. 185), e respondido (pp. 191-197).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O apelante ajuizou a presente ação de obrigação de fazer, para obrigar a ré, Empresa Elétrica Bragantina S/A, a efetivar a ligação de energia elétrica em sua residência.

Em contestação, a ré redarguiu que não pode atender ao pedido formulado pelo autor, pois, em 16/05/2005, firmou com o Ministério Público Estadual

Acesso ao Sumário

(Promotoria de Habitação e Urbanismo da Comarca de Bragança Paulista), um termo de ajustamento de conduta, pelo qual assumiu o compromisso de, sempre que houver pedidos de ligação ou ampliação de rede elétrica em loteamentos ou desmembramentos situados em área rural, destinada a fins não rurais (não agrícolas, não pastoris, não pecuários, não extrativistas), de exigir do solicitante a licença (alvará) de construção de parcelamento do solo ou implantação de condomínios horizontais ou verticais, emitidas pela Prefeitura Municipal, em atendimento ao disposto no artigo 3º, I e II da Resolução Aneel 456/2000.

Ora, o fornecimento de energia elétrica é direito básico de qualquer cidadão e serviço essencial, de utilidade pública, por ser indispensável à qualidade de vida e conforto das pessoas, conforme determina o art. 6° da Lei n° 8.987/1995 e art. 10 da Lei n° 7.783/1989, razão por que não pode ser negado pela concessionária de serviço público, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inc. III, da Constituição Federal) e do art. 22 do CDC.

Nessa linha, o termo de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e a concessionária de energia elétrica não pode implicar a vedação a direito ou serviço essencial à existência digna das pessoas (pp. 77-83).

A esse respeito, o fornecimento de energia é contrato ('relação contratual de fato' - Larenz) que viabiliza "prestações essenciais" à pessoa humana, pois seu elemento central é a proteção de um bem de relevância para todas as pessoas e que se irradia para toda a sociedade, transformando-se num valor que merece ser protegido no âmbito coletivo, e relacionando-se diretamente à função social do contrato.

Assim, é dever da concessionária fornecer o serviço de energia elétrica de forma adequada e regular aos solicitantes, independentemente de os imóveis estarem não regularizados perante a Administração Pública.

No mais, a Resolução n° 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica, que estabelece as condições para instalação da rede de energia elétrica, não mais exige, para que a energia elétrica seja fornecida, que os proprietários ou possuidores comprovem o registro da escritura de venda e compra do imóvel perante o Cartório de Registro de Imóveis ou a regularidade do loteamento ou licença de construção emitida pela Prefeitura do município.

Nesse sentido, precedente desta Câmara:

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Ligação de energia elétrica - Negativa da concessionária quanto ao pedido de fornecimento, por irregularidade formal do imóvel - Circunstância que não é apta a obstar o acesso do cidadão aos serviços prestados pela requerida, de inquestionável essencialidade - Concessionária que deu causa ao ajuizamento da ação e, por isso, deve responder pelo pagamento das

Acesso ao Sumário

verbas da sucumbência - Multa cominatória que, estabelecida em patamar razoável, somente incidirá caso não cumprida a obrigação - Sentença de procedência mantida." (Apelação nº 1005905-41.2015.8.26.0099, Rel. Des. ROBERTO MAC CRACKEN, j. 15/09/2016).

Por fim, o termo de ajustamento de conduta (TAC) n° 29/03, de 16.05.2005 foi anulado por sentença do MM. Juízo do Foro Distrital de Pinhalzinho, Comarca de Bragança Paulista-SP, em ação anulatória promovida pela própria concessionária contra o Ministério Público (n° 0000192-62.2014.8.26.0447), decisão que foi mantida pela C. 34ª Câmara de Direito Privado, não mais subsistindo a negativa de fornecimento de energia elétrica ao apelado.

Conclusão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004661-33.2015.8.26.0572, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é apelante/apelado MARIA BENEDITA DE PAULA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante XAVIER COMERCIAL LTDA.

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 do réu e deram-no parcialmente ao da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9678)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais - Autora que perdeu seu cartão de crédito e admitiu portar a senha juntamente com o cartão - Compras efetuadas por terceiro - Culpa exclusiva da autora - Dever de zelo e guarda da senha pessoal e intransferível - Ausentes os pressupostos caracterizadores da responsabilidade objetiva do réu - Sentença reformada - Multa por manifesto propósito protelatório dos embargos de declaração (art. 1.026, § 2º, CPC) - Afastamento - Inocorrência

de evidente abuso do direito de recorrer - Recurso da autora parcialmente provido, provido o do réu.

VOTO

Em "*ação de indenização por danos morais e materiais*", a r. sentença (fls. 146/151), de relatório adotado, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: (i) condenar o réu Xavier Comercial Ltda. ao pagamento de R$ 599,00 a título de danos materiais, ao pagamento de 70% das custas e despesas processuais, por ter sucumbido em maior parte, e ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa; e (ii) pela sucumbência em relação ao requerido Roberto, condenou a autora ao pagamento de 10% sobre o valor da causa a título de honorários advocatícios, observada a gratuidade concedida.

Com imposição de multa, foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela autora (fls. 157) que apelou (fls. 161/167) a sustentar, em síntese, falha na prestação dos serviços do réu que não tomou as cautelas necessárias para verificação da titularidade do cartão no momento da compra, o que lhe causou danos morais passíveis de indenização; quanto à multa de 2% sobre o valor da causa, fixada pelo D. Juízo quando do julgamento dos embargos de declaração, entende ser desnecessária, vez que não houve intenção deliberada de protelar o andamento do processo. Prequestionou a matéria, requereu a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, a majoração da verba honorária fixada e o afastamento da multa.

O réu apelou a sustentar, preliminarmente, falta de requisito essencial à propositura da ação, qual seja, o valor da causa. No mérito, alegou ausência de responsabilidade nos fatos, tendo em vista que a atitude descuidada da autora em manter a senha juntamente com o cartão de crédito fora fator determinante para que as compras fossem realizadas; a culpa exclusiva da vítima afasta o dever de indenizar (fls. 170/177).

Preparado o recurso do réu (fls. 178/181) e isento de preparo o da autora (fls. 23), o recurso subiu com resposta apenas do réu (fls. 185/190).

Sem oposição ao julgamento virtual (fls. 198).

É o relatório.

Presentes os pressupostos legais, admite-se o processamento dos recursos (CPC, art. 932, III), recebidos que são nos seus regulares efeitos.

De início, ao contrário do alegado pelo réu, a ausência de valoração à causa foi devidamente analisada pelo D. Juízo de origem que de ofício o arbitrou em R$ 10.000,00, tendo em vista o pedido constante na inicial, e afastou a preliminar arguida em contestação (fls. 25).

Passa-se à análise do mérito.

Acesso ao Sumário

A autora ingressou com a presente ação de indenização por danos morais e materiais em razão da existência de compras realizadas por terceiro no estabelecimento réu, com utilização de seu cartão de crédito e senha, a caracterizar falha na prestação do serviço e causar-lhe danos passíveis de indenização.

A relação aqui é de consumo. Portanto, é objetiva a responsabilidade civil decorrente de defeito na prestação do serviço (artigo 14 do CDC). Logo, se houvesse falha na prestação do serviço por parte do réu, seria de rigor o reconhecimento do seu dever de indenizar pelos danos sofridos pela autora.

No entanto, depreende-se do boletim de ocorrência (fls. 14/15) a confissão da autora no sentido de que "*costumeiramente deixava referido cartão no interior de sua bolsa, juntamente com a senha*" (fls. 15).

Cumpre destacar que atualmente os cartões magnéticos possuem sistema de segurança dotado de CHIP que armazena informações e só podem ser utilizados com a senha pessoal do cliente.

Assim, não se olvida que é do titular do cartão o dever de guarda e zelo da senha.

Não se deslembrando a idade avançada da autora, verifica-se que a culpa pela ocorrência do evento danoso não pode ser imputada ao réu, mas sim a ela própria, que foi descuidada ao deixar a senha junto com o respectivo cartão de crédito possibilitando, sem qualquer esforço, a ação de meliantes.

Tal conclusão encontra apoio doutrinário, conforme se verifica da lição de Misael Montenegro Filho, a saber: "*Contudo, além do reconhecimento do prejuízo, o magistrado constata que este adveio de ato exclusivamente originado do próprio autor, que se auto-intitulou vítima, situação que impõe a quebra do nexo de causalidade, liberando o réu do dever de efetuar o pagamento da indenização. A culpa da vítima deve ser exclusiva, para que a tese seja admitida como excludente de responsabilidade, permitindo a conclusão de que o dano proveio exclusivamente do comportamento assumido pelo autor*" (Responsabilidade Civil - Aspectos Processuais, São Paulo: Editora Atlas, 2007, pág. 291).

Encontra, também, apoio jurisprudencial, conforme se verifica do seguinte julgado:

> *"Demanda declaratória de inexistência de dívida. Alegação de falha na prestação de serviços. Improcedência decretada em 1º grau. Decisão mantida, à luz dos elementos dos autos. Correntista que admite ter sido vítima de furto e que guardava conjuntamente cartão e senha pessoal e intransferível. Dever de indenizar da instituição financeira não demonstrado. Inteligência do §3º, II, do art. 14 da Lei 8.078/90. Culpa exclusiva da vítima configurada. Recurso desprovido"* (Ap. nº 1011474-77.2015.8.26.0566; Relator: Campos Mello; 22ª Câmara de Direito

Privado; 28.07.2016). (Grifos inexistentes no original)

Inexistente, então, o dever de indenizar em desfavor do réu, a tornar prejudicados os pedidos de indenização por danos morais, ante a ausência de ato ilícito, e de majoração da verba honorária.

Por fim, respeitado o entendimento do D. Juízo de origem, acolhe-se a pretensão recursal da autora para afastar a multa a ela aplicada (fls. 157).

O fato de terem sido opostos embargos de declaração com caráter infringente, por si só, não caracteriza manifesto propósito protelatório (RT 866/277).

Não houve, pois, abuso no direito de recorrer, tudo a obrigar a revogação da referida multa.

Assim, afastada a multa do artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil e reconhecida a culpa exclusiva da autora, excludente da responsabilidade civil objetiva do réu, afasta-se a indenização por danos materiais, devendo a autora arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade processual concedida.

Por fim, considera-se prequestionada a matéria apreciada e decidida com a exposição do fundamento jurídico formador do convencimento do Magistrado, sendo dispensável a indicação expressa de artigos de lei.

Ante o exposto, meu voto **DÁ PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da autora (somente para afastar a multa fixada em seu desfavor) e **DÁ PROVIMENTO** ao do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000888-56.2016.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante MARIA IVONETE DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.338)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente sem voto), CARLOS ABRÃO e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 18 de maio de 2017.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISIONAL - Contrato bancário - Empréstimo pessoal - Taxa de juros - Abusividade configurada, eis que equivalente a quase o *dobro* da média apontada para a data da contratação - Determinação para se limitar a taxa de juros à média do mercado, com recálculo das prestações ainda em aberto e devolução, de forma, simples, ou compensação se o caso, dos valores a maior efetivamente pagos pela autora, com correção monetária desde cada desembolso e juros de mora desde a citação - Dano moral não verificado - Sucumbência recíproca - Recurso provido, em parte.

VOTO

Trata-se de apelação tirada por Maria Ivonete dos Santos contra a r. sentença de págs. 185/189, proferida pela d. magistrada ANA SULVIA LORENZI PEREIRA, que julgou improcedente a presente ação de revisão de contrato bancário c.c. dano moral ajuizada contra Crefisa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos. Insiste a apelante que lhe foram cobrados juros acima da média do mercado, fato, inclusive, que lhe causou danos morais em razão da ausência de boa fé contratual por parte da ré. Pede, pois, a procedência da ação para o fim de declarar a nulidade das cláusulas contratuais eivadas de abusividade e a condenação da apelada em danos morais na quantia equivalente a 08 (oito) salários mínimos.

Recurso bem processado, acusando resposta, subiram os autos.

É o relatório.

No caso, as partes firmaram contratos de empréstimo pessoal em 28.07.2015 e 27.08.2015, em ambos pactuando taxa de juros mensal de 22,00% e anual de 987,22% (fls. 113 e fls. 119).

Acesso ao Sumário

Não se discute que são livres as instituições integrantes do sistema financeiro nacional na fixação da taxa de juros, não se sujeitando à limitação da Lei de Usura (Súmula 596 do STF). Mas, tal fato não implica na impossibilidade da revisão das taxas de juros remuneratórios aplicadas, principalmente quando caracterizada a relação de consumo e abusividade que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, conforme restou decidido no REsp 1.061.530 - RS (2008/0119992-4), com repercussão geral da matéria (CPC/73, art. 543-C, § 7º).

No caso, em pesquisa no sítio do BACEN, observo que, para a modalidade do contrato em questão, em 28.07.2015 a média da taxa de juros era de 12,47% ao mês e a anual 571,95%, e em 27.08.2015, a média de mercado da taxa de

juros era de 11,095% ao mês e a anual 465,64%.

E tendo em conta julgamento do REsp n. 1.061.530, afetado à Segunda Seção de acordo com o procedimento da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/08), sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, acerca da limitação dos juros remuneratórios à taxa média de mercado, restou decidido que: "(...) A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas taxas superiores **a uma vez e meia** (voto proferido pelo Min. Ari Pargendler no REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), **ao dobro** (Resp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) **ou ao triplo** (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) **da média**."

E, se a taxa contratada foi de 22,00% ao mês e de 987,22% ao ano (fls. 113 e 114), e a média para o período de contratação era de 11,095% ao mês e 465,64% ao ano para 27.08.2015, e 12,47% ao mês e 571,95% ao ano para 28.07.2015, conclui-se que houve abusividade por parte da instituição financeira, porque a taxa exigida equivale quase que ao **dobro** da média apontada para as datas das contratações. E, caracterizada a abusividade, não resta outra solução senão a limitação da taxa à média do mercado, devendo ser feito o recálculo das prestações ainda em aberto e devolução, de forma, simples, ou compensação, dos valores a maior efetivamente pagos pela autora, com correção monetária desde o desembolso e juros de mora desde a citação.

Por fim, indevida indenização por danos morais, na medida em que não se vislumbra na hipótese, constrangimentos à honra, reputação ou dignidade supostamente suportados pela autora.

A taxa de juros, embora em percentual acima da média do mercado, fora consentida pela autora quando firmou o contrato, e o fato de agora ser limitada à taxa média do mercado pelo Judiciário não importa em qualquer reparação por dano moral, porque o consentimento dado ao firmar o contrato de forma alguma importou em restrição de direito.

Nesse sentido, Antonio Jeová Santos (Dano moral indenizável. 4ª ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 113) assevera que: "*O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade*

Acesso ao Sumário

que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral."

Pelo exposto, dou provimento, em parte, ao recurso, para limitar a taxa de juros à média do mercado para o período da contratação, com determinação do recálculo das prestações ainda em aberto e devolução, de forma, simples, ou compensação se o caso, dos valores a maior efetivamente pagos pela autora, com correção monetária desde cada desembolso e juros de mora desde a citação. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e despesas judiciais serão suportadas na razão de 50% para cada parte e os honorários advocatícios são fixados, por apreciação equitativa, em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), para os procuradores de cada parte, vedada a compensação, tudo nos termos do art. 86, 'caput', c.c. § 14, do art. 85, do CPC/2015, observando-se a gratuidade processual concedida à autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009290-18.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado MAURO CESAR NEME BRANCO (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 38303)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente), FRANCISCO GIAQUINTO e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 19 de maio de 2017.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. RESCISÃO DE CONTRATO - Danos Morais e materiais - Serviço de telefonia - Cobranças

efetivadas após solicitação de cancelamento de linha telefônica, rescisão do contrato e quitação do débito - Parcial Procedência - Inconformismo - Aplicação das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor - Inversão do ônus da prova - Ausência da prova da existência do débito - Alegação de que o pedido do autor era apenas de suspensão dos serviços e não de cancelamento, que não restou comprovado - Cobranças posteriores à quitação do débito, que se mostram ilícitas - Falha na prestação de serviço configurada - Dano moral reconhecido - Manutenção do 'quantum' indenizatório - Fixação feita com moderação e proporcional ao dano sofrido e a condição econômica da parte - Juros de mora bem fixados - Honorários advocatícios majorados para 20% sobre o valor da condenação, observando-se a regra prevista no art.85, §11, do Novo Código de Processo Civil - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de declaratória de inexigibilidade de débito com pedido de rescisão contratual c.c. indenização por danos morais, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 208/215, para declarar a rescisão do contrato de prestação de serviços telefônicos desde 20.11.13, bem como, a inexigibilidade de todo e qualquer débito referente a linha telefônica (12) 3911-9441. Condenou a ré ao pagamento de indenização de R$ 3.000,00, a título de danos morais, bem como, a responder pela sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Não se conformando com os termos da r. sentença, a requerida apresentou seu recurso de apelação às fls. 245/253, alegando que as reclamações são infundadas, pois não apresentou qualquer prova acerca da cobrança indevida. Sustenta que o serviço prestado não é gratuito e que é incontroversa a existência do débito. Aduz que não praticou qualquer ato ilícito, pois a cobrança refere-se a serviço prestado, sendo que as conta emitidas gozam de liquidez e certeza. Afirma que houve mero aborrecimento, dissabor e incômodo, que não enseja a indenização pleiteada, porém, caso mantida, pleiteia sua redução, a fim de evitar o enriquecimento ilícito. Pleiteia ainda, que o termo *a quo* dos juros de mora seja a data da sentença proferida e que haja redução dos honorários advocatícios para 10% sobre o valor da condenação. Requer provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O autor propôs a presente ação, alegando que era usuário da linha telefônica nº (12)3911-9441, local 11563, instalada na Av. Francisco José Longo, nº 149, conj.116, 11º andar, Condomínio Edifício Market Center - Jardim São Dimas, Cidade de São José dos Campos/SP e que mesmo após solicitar o desligamento da linha e a rescisão do contrato, recebeu cobranças por serviços não prestados.

Sustenta que em 20.11.2013, por volta das 11:40 horas, solicitou junto à ré, via telefone, o imediato desligamento da linha telefônica e a rescisão do contrato firmado, conforme protocolo nº 2013.2011.337236, sendo informado pela atendente que seria enviada fatura com vencimento em 18.12.13, referente ao uso do terminal no período de 02.11.13 a 20.11.13, que foi recebida e quitada (fls.55).

Aduz, que mesmo sem ter prestado serviço, a ré enviou faturas, com vencimentos em 18.01.14, no valor de R$ 106,37; 18.02.14, no valor de R$ 109,57 e 18.03.14, no valor de R$ 106,67 (fls.56/58), conforme aviso de cobrança de fls.59/60, com vencimento em 18.02.14, no valor de R$ 106,37.

Afirma que em 24.03.14, entrou em contato com a ré, pelo serviço 08007715041, sendo que a primeira atendente forneceu o número do protocolo nº 2014.1625751323, sendo transferido para um segundo atendente, que criou novo protocolo nº 2014.797314450, que por fim, o transferiu para o setor de cobranças, que finalizou o atendimento e fornecimento o protocolo nº 2014.1625809004 (fls.61).

Alega ainda, que pensava ter esclarecido o problema, porém, recebeu novo aviso de cobrança de débito às fls.62, referente à inadimplência dos meses de janeiro e fevereiro de 2014, no total de R$ 215,94, sendo que a fim de solucionar a questão, enviou notificação extrajudicial à ré, em 27.05.2014, esclarecendo o pedido de rescisão contratual e a existência de cobranças indevidas (fls.63).

A ré respondeu a notificação, informando a existência de rescisão do contrato e efetuando a cobrança de débito em aberto, no valor de R$ 95,35 (fls.64/67).

Sustenta ainda, que efetivou duas novas notificações extrajudiciais à ré (fls.68/70 e fls.75/78) e recebeu duas notificações extrajudiciais de cobrança (fls.71/74 e fls.79), o que exigiu a propositura do presente feito.

Devidamente citada, a ré apresentou sua defesa às fls. 83/88, alegando que o autor não comprovou a solicitação de cancelamento dos serviços, pois houve apenas, pedido de solicitação de suspensão temporária dos serviços, que foram reativados e faturados. Sustenta que inexiste ato ilícito ou falha na prestação de serviço, a ensejar a indenização pleiteada. Pugnou pela improcedência do pedido.

Acesso ao Sumário

É plenamente aplicável as regras do Código de Defesa do Consumidor, por envolver concessionária de serviço público, sendo o autor consumidor final dos serviços fornecidos (art.22).

Nesse sentido, cabia à requerida anexar documentos que demonstrassem que houve pedido de suspensão dos serviços contratados e não de cancelamento, como afirmou o autor, com a reativação da linha, que autoriza a cobrança efetivada.

No entanto, apresentou defesa com meras afirmações, sem qualquer prova documental que infirmasse suas alegações.

Ao analisar os documentos apresentados pelo autor, tem-se que a própria requerida reconhece o pedido de cancelamento dos serviços, ao emitir o documento de fls.64, onde consta não só a informação de que o serviço está cancelado, como também efetua a cobrança de valores que considera em aberto.

Ademais, ao verificar as faturas anexadas pelo autor às fls. 52/58, bem como, o documento de fls.61, observa-se que o mesmo realizou anotações quando do contato efetivado com atendentes da ré, que inclusive forneceram diversos números de protocolos de atendimento, e que servem para reforçar as alegações do autor.

A ré não apresentou qualquer documento que pudesse infirmar suas rasas alegações, como ligações telefônicas que geraram os protocolos indicados pelo autor ou faturas que comprovassem a utilização de seus serviços, mesmo após pedido de cancelamento efetivado em 20.11.2013, e que autorizariam as cobranças efetivadas.

Assim sendo, inegável a necessidade de declaração de inexigibilidade dos débitos existentes em relação à mencionada linha telefônica, bem como, a rescisão do contrato que teria sido solicitado pelo autor e não atendida pela ré, já que insistiu com a cobrança de débitos inexistentes, caracterizando a má prestação de serviços.

Ora, já não se pode mais retirar a responsabilidade das prestadoras de serviço de telefonia com relação à má prestação de serviços, pois as consequências que tais atividades geram para a sociedade, hoje, tem grande relevância, não podendo ser permitida a prestação de serviço deficiente ou mesmo de forma negligente sem qualquer tipo de responsabilidade social por parte das concessionárias.

O Parágrafo único, do artigo 83 da Lei nº 9.472, que regula e organiza o serviço de telecomunicações, assim preconiza: "*Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e*

Acesso ao Sumário

pelos prejuízos que causar".

Portanto, a requerida tem plena responsabilidade pelos problemas gerados ao autor, na medida em que não foi diligente em sua atividade, e deixou de verificar, com a cautela devida, a inexistência de débitos em aberto.

Não se nega que o serviço prestado pela ré não deva ser gratuito, como afirma em seu recurso, no entanto, deve cumprir o contrato nos exatos termos firmados, não podendo ser efetivada cobranças por serviços não prestados, pois caracterizaria enriquecimento sem causa.

Ademais, a requerida exerce atividade lucrativa e assume os riscos pelos danos provocados por essa atividade, e qualquer pessoa que exerça uma atividade remuneratória deverá responder pelos eventos danosos, que sua atividade possa gerar para as pessoas que confiam, e se vêm prejudicados por erro de conduta dos seus prepostos.

Nesse sentido:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO DE DANOS - SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET - VELOCIDADE INFERIOR À CONTRATADA - VALOR DA PRESTAÇÃO FEITO COM BASE NA VELOCIDADE SUPERIOR - DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR EM DECORRÊNCIA DA APONTADA DIVERGÊNCIA - CABIMENTO - INVIABILIDADE TÉCNICA DA MANUTENÇÃO DO SERVIÇO NA REGIÃO ONDE RESIDE O AUTOR - IMPOSSIBILIDADE DE SE OBRIGAR A CONCESSIONÁRIA A FORNECER O SERVIÇO - SENTENÇA MODIFICADA NESSA PARTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação nº 0127205-91.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo - São Paulo, 20 de março de 2013. Andrade Neto RELATOR).

Telefonia móvel - Ação de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais - Serviço de banda larga 3G, prestado insatisfatoriamente - Aplicação da Lei 8.078/90 - Ônus da prova da excelência dos serviços que cabia à ré - Rescisão contratual - Restituição devida dos valores pagos durante o período pleiteado, pelo serviço deficientemente prestado. Inexigibilidade de multa contratual, que ensejou inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito - Dano moral caracterizado - Indenização fixada em valor suficiente para confortar a autora e servir de desestímulo à ré, observados os critérios de proporcionalidade, razoabilidade, prudência e equidade. Inexistência de litigância de má-fé na hipótese, visto que exercido o direito de defesa dentro dos limites constitucionalmente previstos - Verbas sucumbenciais e honorários advocatícios devidos pela ré, por força do princípio da causalidade - Sentença reformada - Recurso da autora parcialmente provido e, da ré, desprovido. (Apelação nº 0004242-

Acesso ao Sumário

58.2010.8.26.0161, da Comarca de Diadema - São Paulo, 29 de fevereiro de 2012. Reinaldo Caldas RELATOR).

De tal sorte que plenamente caracterizada a atitude da requerida, agindo de forma negligente, com erro de conduta que possibilitou os prejuízos experimentados e descritos pelo autor, que merecem ser ressarcidos.

Em relação ao valor da indenização, fixada em R$ 3.000,00, cabe ressaltar que a fixação do valor da indenização em ação de dano moral deve ser feita com moderação e proporcional ao dano sofrido e a condição econômica das partes.

Para o Professor Caio Mário da Silva Pereira, *'na ausência de um padrão ou de uma contraprestação, que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização'* (Responsabilidade Civil, 2ª ed., Forense, p. 338).

Vale assinalar também, que deve ser aplicado pelo juiz o princípio da razoabilidade, pois o valor da indenização dependerá do bom senso do julgador no exame do caso concreto, graduando-a pelo dano moral de acordo com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições do ofendido, entre outros aspectos que serão analisados no caso concreto.

Certo é que a indenização deve se prestar a coibir reincidência da conduta ilícita do causador do dano, porém sem proporcionar o enriquecimento sem causa da vítima.

Assim, entendo que o valor da indenização foi fixado de maneira compatível com o dano sofrido e que se presta a coibir a reincidência da conduta da requerida.

Em relação ao termo *a quo* dos juros de mora, a r. sentença não merece qualquer reparo, pois foi fixado levando-se em consideração tratar-se de relação contratual, onde os juros fluem a partir da citação.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, o mesmo deve ser majorado para 20% do valor da condenação, observando-se a regra do art.85, § 11, do Novo Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se na íntegra a r. sentença proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1066182-83.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AIG SEGUROS

Acesso ao Sumário

BRASIL S/A, é apelado TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A - TAP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22738)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 22 de maio de 2017.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: REGRESSIVA. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. SUB-ROGAÇÃO DA SEGURADORA NOS DIREITOS DO SEGURADO. A quitação outorgada pelo segurado à empresa aérea, causadora do dano, não impede o exercício do direito de regresso pelo segurador. Aplicabilidade do art. 786, §2º do CC. Ausência de ofensa à coisa julgada. Responsabilidade objetiva da transportadora. Sentença reformada para julgar a ação procedente. RECURSO PROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 262/264, de relatório adotado, julgou improcedente a ação regressiva movida por **AIG SEGUROS BRASIL S/A** em face de **TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A - TAP**. Diante da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Apela a autora (fls. 266/289) sustentando, em síntese, que efetuou o pagamento do valor de R$-1.264,10 à segurada, conforme comprovante juntado aos autos. Afirma que se sub-rogou nos direitos e ações dela, nos termos do art. 786 do Código Civil e Súmula nº 188 do STF. Sustenta que a responsabilidade da apelada é objetiva, e que ela tem o dever de tomar providências necessárias para preservar a integridade dos bens que transporta. Requer a reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Recurso regularmente processado, com contrarrazões às fls. 295/304.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Respeitado o entendimento do D. Magistrado sentenciante, o fato da

segurada ter recebido indenização decorrente de ação por ela ajuizada em face da empresa aérea, não impede o exercício do direito de regresso pela seguradora. Isso porque o art. 786, §2º do Código Civil[1] estabelece a ineficácia de qualquer ato do segurado que diminua ou extinga o direito regressivo do segurador em sub-rogar-se na indenização pelos danos causados.

A empresa aérea poderá, contudo, demandar contra a segurada, por locupletamento ilícito, tendo em vista que, após ter solicitado a cobertura securitária, ajuizou ação indenizatória em face dela.

Nesta ação, a empresa aérea alega em defesa a ocorrência de coisa julgada, em razão da sentença proferida na ação indenizatória referida.

Contudo, razão não lhe assiste, pois a sentença condenatória só produz efeitos entre a segurada e a empresa de transporte, não alcançando a seguradora para prejudicá-la[2], valendo a coisa julgada por ela formada somente entre as partes daquele processo.

Ademais, a norma do § 2º do artigo 786 do Código Civil "*confirma o caráter cogente conferido à sub-rogação, cujos efeitos não podem ser afastados e nem afetados por qualquer ato do segurado*" (Direito Civil Brasileiro, Carlos Roberto Gonçalves, 4ª ed., Saraiva, III volume, p. 488).

A empresa aérea responde objetivamente pelos danos causados na execução da avença, sendo desnecessário perquirir, portanto, a respeito da culpa. Nesse contexto, deverá reparar os danos suportados quando evidenciado o nexo de causalidade e a falha na prestação do serviço.

No caso, a ocorrência do evento danoso (extravio da bagagem da segurada) restou inequívoca e a apelante juntou aos autos a cópia do cartão de embarque ('boarding pass') da segurada (fls. 141), "formulário de solicitação - seguro de atraso de bagagem" (fls. 146/147), bem como as notas das despesas realizadas (fls. 148/156).

Sendo assim, reformo a r. sentença para julgar a ação procedente e condenar a ré a pagar à seguradora o valor indicado na inicial, com correção monetária e juros de mora contados a partir do desembolso (data do efetivo pagamento pela seguradora).

Diante da sucumbência, a ré deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação (art. 85, §2º do CPC).

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando

1 CC, art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. (...) § 2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.

2 CPC, art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Acesso ao Sumário

a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **DOU PROVIMENTO ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1069102-35.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada MARIA GERLANE DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso. Vencidos 2º e 4º Desembargadores. Declara voto o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30845)**

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

São Paulo, 25 de abril de 2017.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Obrigação de fazer - Empréstimos bancários - Limitação dos descontos em 30% dos proventos do devedor - Decisão correta - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 76/83, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer que MARIA GERLANE DE SOUZA dirigiu contra BANCO DO BRASIL S/A.

Apela o réu sustentando que o contrato foi livremente pactuado, sendo válidos os descontos. Alega, ainda, que a autora é funcionária pública e que o Decreto-Lei 51.314/2006 lhe assegura o desconto em 50% dos vencimentos do mutuário. Discorre sobre a boa-fé contratual e pleiteia a manutenção dos termos originariamente pactuados. Busca a reforma do *decisum*.

Sem contrariedade, subiram os autos.

É o relatório.

Não prospera a irresignação recursal.

Como é cediço, apesar de possível o débito em folha de pagamento ou conta corrente de parcelas advindas de empréstimos celebrados com instituições financeiras, é certo que o exagero do desconto gera o comprometimento da subsistência do mutuário e sua família, o que não pode ser admitido.

O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, não pode ser mitigado diante de normas que disciplinam outros direitos, *data venia*, de valores inferiores à vida, saúde e dignidade humana.

Depois, tenho que não há que se falar na possibilidade de descontos de até 50% dos vencimentos da autora, por se tratar de servidora pública estadual.

Com efeito, não se pode admitir que com base numa lei regional, que foi criada não para atender finalidades sociais, mas sim, para "tapar o buraco" deixado pela má remuneração conferida aos Servidores Públicos deste Estado, se venha permitir que os Bancos possam abocanhar 50% (cinquenta por cento), ou mais, dos vencimentos do servidor, inviabilizando totalmente a sobrevivência daquele que toma emprestado dinheiro.

Tenha-se em mente que a referida legislação vem, principalmente, com o falso manto de facilitar a vida do servidor, garantir que os Bancos não sofram inadimplência, em resumo, proteger sim os interesses dos Bancos.

Essa legislação transmite tanta tranquilidade às instituições financeiras que estas nem mais se preocupam ou exigem que o mutuário comprove renda suficiente e, entenda-se suficiente como aquela análise que outrora era realizada para verificar se o valor da prestação do financiamento não iria comprometer a própria subsistência daquele que o postula.

Com isso, o que se tem verificado é um aumento significativo de casos como o desse processo, em que o mutuário acaba por ter mais de 50% de seus vencimentos comprometidos com financiamentos bancários, impedindo sua própria subsistência.

Mas não é só.

Não posso aceitar que se na própria ação de alimentos não se permite, de regra, um desconto dessa ordem (50%) dos rendimentos do alimentante, numa relação de direito obrigacional, como é o caso, se admita que isso ocorra.

Se as instituições financeiras, ao contratar, não verificam as condições do mutuário, devem arcar com seu ato, pois, se assim continuarem, possivelmente se poderá validar pacto celebrado com pródigos.

Não se está aqui protegendo o mutuário irresponsável que se endivida além de suas possibilidades, mas sim, protegendo o direito à vida, saúde e dignidade.

Acesso ao Sumário

Como se verifica, a autora não se opõe à dívida, mas quer a revisão da forma de pagamento, a fim de afastar o desequilíbrio, tornando as prestações suportáveis, de modo que a obrigação possa ser cumprida sem o sacrifício desumano de uma das partes, aliás, princípio básico já conhecido dos romanos, pela cláusula "rebus sic stantibus", agasalhado pelo nosso Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV e § 1º, inciso III).

O Poder Judiciário, *data venia*, não pode ficar alheio a essa triste realidade, se a tecnologia hoje permite a existência de bancos de dados e a consulta pode e deve ser realizada por aquele que vai emprestar dinheiro a alguém, mas deixa de realizá-la, não será com ataque ao direito à vida que se resolverá a questão.

A dívida tem sim que ser paga, mas quem contrata mal é que deve suportar esse ônus, ou seja, adequá-la às condições daquele que deve pagar.

Desta feita, observa-se que agiu com acerto o digno Magistrado a quo ao determinar a limitação dos descontos a 30% dos vencimentos líquidos da autora.

Aliás, importante frisar que é entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça de que não apenas nos casos de empréstimo com débito em folha de pagamento, mas também em conta corrente, é possível a limitação no patamar de 30% sobre o valor do vencimento.

A propósito:

"***PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. EMPRÉSTIMO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. DÉBITO EM CONTA-CORRENTE. LIMITAÇÃO. PERCENTUAL DE 30% (TRINTA POR CENTO). DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO AGRAVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA ÀS RAZÕES DA DECISÃO OBJURGADA. SÚMULAS 284/STF E 182/STJ.***

1. O entendimento do Tribunal de origem não está em consonância com a orientação do STJ, no sentido de que a retenção de salário do correntista, para fins de saldar débito relativo a contrato de mútuo bancário, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais.

2. O STJ vem consolidando o entendimento de que os descontos de mútuos em conta-corrente devem ser limitados a 30% (trinta por cento) dos rendimentos do correntista, aplicando, analogicamente, o entendimento para empréstimos consignados em folha de pagamento (EDcl no AgRg no AREsp 34.403/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 17/9/2013). (grifamos)

3. A parte agravante colaciona jurisprudência que contraditoriamente ratifica o decisum objurgado, estabelecendo a limitação de descontos de empréstimo bancário ao percentual de 30% (trinta por cento) sobre o vencimento do recorrido. Outrossim, a agravante também deixou de atacar especificamente os fundamentos da decisão vergastada e de

Acesso ao Sumário

realizar o devido cotejo entre os julgados paradigmas. Dessarte, incide na hipótese dos autos o óbice das Súmulas 284/STF e 182/STJ.

4. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1535736/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, J. 13/10/2015, DJe 18/11/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO ARESP. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DESCONTO EM CONTA CORRENTE DE PERCENTUAL LIMITADO A 30% DOS VENCIMENTOS DO CORRENTISTA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Casa consolidou-se em admitir que os descontos de empréstimos em conta corrente devem ser limitados a 30% da remuneração, tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 314901/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, J. 18/06/2015, DJe 24/06/2015).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32813)

Na hipótese ouso divergir do I. Relator:

Restou incontroverso nos autos que a autora é titular de conta corrente junto à instituição financeira, onde recebe seus salários. Incontroverso também a celebração de contratos de empréstimo, onde ficou a instituição bancária autorizada a proceder aos descontos das parcelas diretamente em conta corrente da autora, funcionária pública estadual.

Sob alegação de que os descontos em conta corrente ultrapassam o percentual de 30% dos rendimentos líquidos ajuizou a presente ação que foi julgada parcialmente procedente limitando-se os descontos em 30%.

De início é bom deixar claro que o desconto em conta corrente não tem limitação legal.

Com efeito, o caso em tela não versa sobre crédito consignado em folha de pagamento, mas sim abatimento diante débito em conta corrente e não no holerite (fls. 10 e 55).

Entendo que o desconto em conta corrente não está regulamentado pelas normas mencionadas no voto do D. Relator.

Todo o valor depositado em uma conta corrente perde a sua condição originária e se transforma em ativo financeiro comum.

A lei não fixa limite para débito em conta corrente.

Justificável essa situação na medida em que o débito em conta corrente

não implica em retenção de valores, mas de mera compensação de uma relação de débito e crédito.

Entretanto, como o recorrente busca o percentual de 50% não há como conceder valor maior sob pena de julgamento *ultra petita*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para permitir que o desconto recaia na conta corrente até o limite de 50% dos vencimentos.

IRINEU FAVA, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000073-38.2014.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante/apelada VRG - LINHAS AÉREAS S/A (VARIG), é apelada/apelante FABIANA DE ARRUDA MARQUES MARINEZ SGARBI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19023)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente), J. B. FRANCO DE GODOI e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: PRELIMINAR - LEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE - O fato de as passagens terem sido compradas pelo marido da autora não afasta a legitimidade desta para postular indenização pelo desaparecimento de sua bagagem - PRELIMINAR NO RECURSO DA RÉ QUE FICA AFASTADA.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - VIAGEM DE PORTO ALEGRE PARA BAURU - INDENIZAÇÃO TARIFADA - Pretensão da autora de ressarcimento dos valores de bens que estavam na bagagem extraviada (objetos importados, joias e dinheiro) - Hipótese em que a parte autora não

Acesso ao Sumário

demonstrou quais bens que estavam na mala, muito menos os seus valores - Para que o dano não fique sem indenização, cabe ao juízo valer-se da respectiva indenização tarifada, solução que se se impõe para o caso em discussão - Valor fixado na sentença (R$ 7.369,50), que suplantou aquele pretendido pela autora em relação aos demais bens, abatido o valor dos itens que deveriam ter sido transportados na bagagem de mão - Valor arbitrado que se mostra adequado, não comportando nem redução nem majoração - Sentença mantida - RECURSOS DESPROVIDOS NESTE TÓPICO.

AÇÃO INDENIZATÓRIA - TRANSPORTE AÉREO - Passagens aéreas de ida e volta de Bauru/SP para Porto Alegre/RS - Extravio da bagagem que foi constatado no desembarque em Bauru/SP - Situação que inegavelmente gerou angústia e transtornos que não se caracterizam como mero aborrecimento - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Falha na prestação de serviços de transporte aéreo - Responsabilidade objetiva da transportadora - Dano moral caracterizado pela simples violação do direito da autora - Valor da indenização fixado em R$ 7.000,00, que não comporta alteração - RECURSOS DESPROVIDOS NESTE TÓPICO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por FABIANA DE ARRUDA MARQUES MARINEZ SGARBI contra VRG LINHAS AÉREAS S/A - GRUPO GOL, objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes do extravio de bagagem.

Sobreveio sentença de parcial procedência, cujo relatório se adota, para condenar a ré ao pagamento da indenização por danos materiais no valor de R$ 7.369,50 pela bagagem extraviada; pelos danos morais, foi fixado o valor de R$ 7.000,00. Pela sucumbência recíproca, cada parte arcará com as custas e despesas a que deu causa, ficando a ré condenada a pagar à autora 10% sobre o montante que for depositado quando do cumprimento da obrigação fixada nesta sentença, enquanto a autora pagará à ré 10% de honorários sobre a diferença entre o valor atribuído à causa e seu proveito econômico (fls. 104/108).

Inconformada, a ré vem recorrer, sustentando, preliminarmente, a

Acesso ao Sumário

ilegitimidade ativa da autora, e, no mérito, que os danos materiais e morais não foram comprovados. Subsidiariamente, pede a redução dos *quanta* indenizatórios fixado na r. sentença (fls. 112/131).

A autora também recorre requerendo, em resumo, a majoração dos valores fixados a título de indenização por danos materiais e morais; pede também que a verba sucumbencial recaia somente sobre a ré, afastando-se a sucumbência recíproca (fls. 135/156).

Recursos devidamente processados e respondidos (fls. 163/172 e 173/179).

Regularmente intimadas as partes, não houve oposição ao rito de julgamento virtual, preconizado pela Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 185).

É o relatório.

Do que consta dos autos, a autora, juntamente com seu marido, Jerônimo Martinez Sgarbi, celebrou um contrato de prestação de serviços com a ré, tendo adquirido passagens aéreas, ao preço de R$ 1.006,60, saindo de Bauru/SP em 10/11/2012, às 06h06min, com destino à cidade de Porto Alegre/RS, e retorno em 18/11/2012 às 07h00min.

Ao retornar para Bauru, constatou que sua bagagem foi extraviada. Procurou os representantes da ré, informando o extravio e solicitando a busca da bagagem, todavia, sua mala nunca foi encontrada.

Dessa forma, pretende a reparação pelos danos materiais (no valor de R$ 28.250,00) e morais advindos da má prestação de serviços de transporte.

Legitimidade de parte. No tocante à legitimidade de parte da autora, o documento de fls. 13 alude expressamente à requerente, fazendo prova de que viajou junto com o seu marido, Jerônimo.

O fato de as passagens terem sido compradas pelo marido da autora não afasta a legitimidade desta para postular indenização pelo desaparecimento de sua bagagem.

Como consignado na decisão saneadora proferida pelo MM. Juiz Glariston Resende: "*preliminar de ilegitimidade ativa ad causam não merece prosperar, na medida em que provado está nos autos que a parte autora viajou com seu marido na ocasião, presumindo-se, por lógica, que havia pertences seus na mala do casal extraviada e, assim, a autora, que é proprietária, cliente da requerida, e que foi a prejudicada de fato com o sumiço da bagagem, tem sim a legitimidade ativa para postular em juízo seus prejuízos*" (fls. 92). Rejeita-se, pois, preliminar levantada pela ré apelante.

Da responsabilidade da transportadora aérea. No contrato de transporte, o transportador tem obrigação de resultado, que é levar o passageiro

e suas bagagens ao destino a salvo e incólumes, nos termos do art. 734 do Código Civil.

Tratando-se de relação de consumo, verifica-se a responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, devendo a transportadora ré responder pela má prestação dos serviços, independentemente de dolo ou culpa, como sucedeu no caso vertente, com o extravio da mala da autora.

Por outro lado, pelo conjunto probatório, nem cabe cogitar de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, até porque a ré não nega que a bagagem não foi encontrada, tanto que formalizou proposta de acordo extrajudicial, no importe de R$ 946,22 (fls. 12).

Dos danos materiais. No caso, é inequívoco o dever da ré na reparação pelos danos materiais.

Pelos prejuízos, a autora estimou o valor de R$ 28.250,00, enquanto a ré ofereceu R$ 946,22 como indenização pelos danos materiais sofridos.

O MM. Juízo sentenciante arbitrou o valor de R$ 7.369,50 que deve ser mantido por ser adequado às circunstâncias do caso em debate (fls. 104/108).

A relação dos pertences apresentada pela autora é incompatível com o que uma pessoa coloca comumente em sua bagagem, para o tempo de duração daquela viagem, evidenciando que o valor postulado na inicial se mostra exagerado e abusivo.

É certo as partes não trouxeram qualquer elemento de prova capaz de afastar o cálculo médio utilizado pelo doutro Magistrado com relação à mala extraviada.

Vale transcrever a r. sentença, da lavra do ilustre Magistrado de 1º grau, Dr. Guilherme Lopes Alves Lamas: "Para casos com o dos autos, e com o fito de se evitar abusos de quaisquer das partes, é que se convencionou que a indenização por extravio de bagagem, no curso de contrato de transporte aéreo, à falta de declaração de conteúdo, deve ser realizada segundo as regras da indenização tarifada. Esta ordem especializada de tratamento à matéria não deixa de ser até em proteção do passageiro, se em terreno de danos materiais não se pode exercitar direito sem prova material do efetivo prejuízo (o qual, aliás, não pode ser suprido pela prova testemunhal). Corresponde, assim, a uma solução de respaldo, para não deixar sem resposta quem sofre a perda de sua bagagem em voo. Nesse sentido os precedentes do E. Tribunal: 'Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Danos materiais e morais. Dosagem da indenização. 1. Não tendo havido declaração de valor da bagagem extraviada e não estando comprovados os preços dos bens, impõe-se a tarifação da indenização com base na Convenção de Montreal. 2. O extravio da mala contendo bens do passageiro (consumidor) é causa de dor psicológica típica de danos morais, segundo indicam as regras

Acesso ao Sumário

de experiência subministradas pela observação do que ordinariamente acontece em tal contingência. 3. Arbitra-se a indenização de danos morais com vistas especialmente à sua intensidade, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ação julgada parcialmente procedente. Negado provimento a ambos os recursos'. (Apelação cível nº 0126455-21.2011.8.26.0100, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 18.08.2014). 'Ação de indenização por danos morais e materiais. Contrato de transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem não restituída. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em detrimento do Pacto de Montreal (que substituiu o Pacto de Varsóvia). Responsabilidade objetiva do fornecedor por defeito na prestação do serviço. Não ocorrência de culpa da vítima na ocorrência dos fatos. Embora não deva se aplicar a reparação tarifada prevista na Convenção de Montreal, a solução adotada pelo juízo a quo em aplicar o artigo 22.2 do Decreto se deu de forma acertada no caso concreto, diante da impossibilidade de se aferir o valor exato dos pertences extraviados e adquiridos durante a estadia do autor. Valor que não comporta redução. Danos morais verificados na hipótese. Angústias e descontentamentos que extrapolam o mero dissabor. Fixação do 'quantum debeatur' deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Quantia que não comporta redução. Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso'.(Apelação cível, 0009005-27.2010.8.26.0477, Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone, j. 21.05.2014). Deve haver aqui, portanto, a fixação da indenização dos danos materiais com base no artigo 260 do Código Brasileiro de Aeronáutica, isto é, 150 OTNs. Repise-se que o aludido dispositivo não se aplica como limite à responsabilidade integral da requerida, mas sim como parâmetro indenizatório na falta de elementos que indiquem com segurança o real valor dos bens extraviados. Isto posto, marque-se que a OTN fora extinta em janeiro de 1989, quando equivalia à quantia de NCz$ 6,17 (seis cruzados novos e dezessete centavos Lei nº 7.730/89, art.15, § 1º, 'a'). Aludido valor atualizado para a data do extravio da bagagem da autora (novembro de 2012), resulta em um valor unitário para a OTN de R$ 49,13 (NCz$ 6,17/6,17) 49,137843 conforme índices da Tabela Prática deste Tribunal de Justiça. Nessa medida, a indenização por dano material nos moldes do art. 260 do Código Brasileiro de Aeronáutica corresponderia à quantia de R$ 7.369,50 (valor correspondente a 150 Obrigações do Tesouro Nacional OTN) atualizado até novembro de 2012".

Danos morais. Na mesma linha, é devida a indenização pelo dano moral, caracterizado pela simples violação do direito da autora.

No caso em análise, a bagagem foi extraviada, no retorno ao local de origem, com todos os objetos pessoais da autora, além daqueles que porventura tenham sido adquiridos na viagem, o que configura causa inquestionável de angústia e transtornos, situação que se afasta de mero aborrecimento corriqueiro do dia a dia (fls. 12/17).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido já decidiu esta c. 23ª Câmara: "RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - EXTRAVIO DE BAGAGEM - DANO MATERIAL - LIMITAÇÃO PREVISTA NA CONVENÇÃO DE MONTREAL QUE NÃO PREVALECE, ANTE A INCIDÊNCIA DO CDC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR (ART. 14, CAPUT DO CDC) - DANO MORAL - PREJUÍZO QUE DECORRE DO SIMPLES FATO DA VIOLAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA - *QUANTUM* ARBITRADO QUE NÃO COMPORTA REDUÇÃO TAMPOUCO MAJORAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS IMPROVIDOS" (Apel. nº 0015954-69.2011.8.26.0562, Rel. Des. PAULO ROBERTO DE SANTANA, j. 06/03/2013).

Nesse passo, é certo que o dano extrapatrimonial tem previsão constitucional (artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal), ostentando caráter dúplice, devendo se considerado tanto o aspecto compensatório à vítima quanto o punitivo ao causador do dano, desestimulando-o à prática de atos semelhantes.

E para apurar o *quantum* indenizatório, há que se levar em conta fatores como a gravidade da lesão e a repercussão do fato. Além disso, o valor não pode ser tão elevado a ponto de causar o enriquecimento da vítima.

Levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, mostra-se razoável e adequada para reparar os danos morais, a quantia de R$ 7.000,00 à autora, que não comporta redução tampouco majoração.

Dos honorários advocatícios. Diferente do que alega a autora em suas razões recursais, a sucumbência recíproca ficou caracterizada diante da procedência parcial da ação.

Como reiterado em apelação, a autora almeja ser indenizada no valor total de R$ 28.250,00, contudo não junta prova que justifique tal montante, mostrando-se razoável a indenização arbitrada pelo Juiz sentenciante de R$ 7.369,50.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025277-60.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante ORLANDO PASCOAL RISSE, é apelado BANCO DAYCOVAL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28223)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 2 de junho de 2017.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - Pedido administrativo formulado e assinado pelo próprio autor - Hipótese, contudo, que não restou comprovado, nos autos, o envio, junto com o pedido administrativo, de procuração à instituição financeira que autorizasse o recebimento do contrato por terceiro, em escritório de consultoria - Recusa na exibição justificada, sob pena de quebra de sigilo bancário - Hipótese, ainda, em que não houve, quando da formulação do pedido administrativo, recolhimento da tarifa bancária correspondente - Inteligência de recurso repetitivo emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Falta de interesse de agir reconhecida - Decisão mantida - Apelo improvido.

VOTO

Apelo do autor em face da r. sentença de extinção, sem julgamento de mérito, proferida em 02.06.2016, em ação cautelar de exibição de documentos.

O apelante não logrou êxito na exibição do documento formulada pelas vias administrativas, razão pela qual a propositura da demanda se fez necessária. Patente o interesse de agir. Não houve divulgação da taxa referente à segunda via do documento. Por este motivo, o apelante recolheu o valor médio da aludida tarifa. Prequestiona a matéria discutida. Requer o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença.

Contrarrazões às fls. 66/71.

É o relatório.

Trata-se de ação cautelar, ajuizada pelo apelante, em que se pretende a exibição de contrato de financiamento, firmado entre as partes, em 01.09.2012 (fls. 01/04).

Acesso ao Sumário

A ilustre magistrada "a quo" indeferiu a inicial e julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito, com fulcro nos artigos 485, I e 330, I, ambos do NCPC (fls. 49/50).

Contra esta decisão insurge-se o apelante.

Agiu com o costumeiro acerto a ilustre magistrada "a quo".

Veja-se o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, constante do Recurso Especial nº. 1349453 - MS (2002/0218955-5), julgado em 10.12.2014, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

"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".

No caso em exame, como pode ser visto na inicial, o autor individualizou, ainda que de forma sucinta, o documento que pretende a exibição (fl. 02).

Solicitou, administrativamente, em seu próprio nome, a exibição do documento (fl. 12), de modo que o pedido foi recebido pelo banco em 17.07.2015 (fl. 13).

Ainda que enviado, em prazo razoável, de trinta (30) dias, não satisfaz as exigências do Recurso Repetitivo, no tocante ao interesse processual.

Através do requerimento administrativo, assinado, pleiteou que o documento fosse entregue no endereço de escritório de consultoria (fl. 13).

Não há, nos autos, no entanto, comprovação de que a procuração mencionada no pedido administrativo, apta a autorizar o recebimento do contrato por terceiro, sem quebra de sigilo, estivesse mencionada no campo 'declaração do conteúdo do envelope', constante do AR, nem dentro do envelope.

Ainda, note-se que, embora não exista previsão legal, o reconhecimento de firma do cliente, nos casos em que o pedido administrativo é por ele assinado, se faz necessário, a fim de garantir maior segurança à instituição financeira e ao próprio cliente.

Acesso ao Sumário

Pelas razões acima expostas, incabível o envio do documento, sob pena de quebra de sigilo bancário.

Note-se, a este respeito, o entendimento, ao qual ora me filio, firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos da decisão mencionada no Agravo em Recurso Especial nº 762.560 - SP (2015/0202385-0), de relatoria da ilustre Ministra Laurita Vaz, julgado em 10 de janeiro de 2017:

"No caso dos autos a notificação se ostenta imprestável. Não está assinada pela autora. Consta, porém, que foi enviada nos termos do 'instrumento de procuração anexo'. Não consta dos autos o referido instrumento. Consta que o documento pleiteado deveria ser enviado para o endereço consignado no envelope postal. O envelope postal não está copiado nos autos. Está o AR, indicando o endereço de pessoa desconhecida, a OPUS CONSULTORIA. Como se vê com nuclear clareza, houvesse a financeira enviado o documento à pessoa desconhecida, estaria agindo com imprudência, correndo o risco de divulgar documentação sigilosa a estranhos. Bem fez, portanto, ao nada enviar."

Ademais, deixou de comprovar, quando da formulação do pedido administrativo, o recolhimento da tarifa bancária para obtenção da 2ª via do documento, em desacordo com o recurso repetitivo.

Apenas o fez após o ajuizamento da ação, conforme a taxa média praticada pelas instituições financeiras (fls. 16/22).

A este respeito, veja-se entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, exarado nos autos de Agravo em Recurso Especial nº 967.265-MG (2016/0213919-7), de relatoria da ilustre Ministra Laurita Vaz, julgado em 01 de fevereiro de 2017:

"No caso dos autos, na sentença apelada foi reconhecida a carência de ação, ao fundamento de que inexistente o interesse de agir, uma vez que não há prova de recusa do fornecimento do documento reclamado pela parte autora, ora apelante, nas vias administrativas. A parte apelante diz que há e invoca os documentos de fls. 16/18, consistentes em cópia de notificações e de AR's. Ocorre, primeiramente, que a notificação de fl. 16 foi assinada por advogado e indica, como endereço para entrega da cópia do contrato, o do escritório. Ora, não há menção alguma, nem na notificação, nem no AR, de que o advogado possua procuração para requerer a exibição de documentos junto à instituição ré, que não pode se ver compelida a entregar a terceiros cópias de contratos celebrados com clientes seus. Em assim sendo, não se pode ter como válida a notificação levada a efeito. Não bastasse isso, a notificação em questão, segundo os AR's de fls. 17/18, foi entregue no dia 24/06/2014, enquanto que a presente ação foi proposta no dia 15/07/2014, menos de 30 dias, portanto, depois da notificação. Ora, tal lapso de tempo não é suficiente para caracterizar a recusa da parte ré em exibir o contrato. Na verdade, a parte autora fez uma

Acesso ao Sumário

notificação extrajudicial apenas para constar que a fez, mas não concedeu à parte ré um mínimo de tempo suficiente para que exibisse o documento em questão. Portanto, também por isso, não se pode reconhecer que, no caso, tenha sido feita notificação administrativa prévia válida e, por conseguinte, não se pode dizer que tenha restado configurada a recusa em exibir o contrato. [...] Por fim, não fez a parte apelante prova do pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária".

Assim, inexistindo prévia notificação extrajudicial válida, ausente o interesse de agir, sendo de rigor a manutenção da r. sentença.

Fica prequestionada a matéria discutida.

Postas estas premissas, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011488-86.2016.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que são apelantes PEDRO TEODORO KUHL, ANA MARIA TEREZA KUHL, LEANDRO FRANCISCO KUHL e COMERCIAL DE TINTAS TEODORO KUHL LTDA., é apelado APOGEU APOIO EM GESTÃO E MARKETING LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.655)**

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

São Paulo, 22 de maio de 2017.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação anulatória de título extrajudicial. Extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir. Inadequação da via eleita. Ação ajuizada no curso de execução discutindo o mesmo título. Possibilidade. Desnecessidade do manejo de embargos à execução. Precedentes do STJ. Extinção afastada. Sentença anulada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação não respondida (réu não citado) e bem processada, por meio da qual os autores querem ver reformada a r. sentença de fls. 548/550, que, com fulcro no art. 485, I e IV, do CPC, indeferiu a petição inicial e extinguiu a ação anulatória cumulada com pedido indenizatório por eles ajuizada em face da empresa *Apogeu*. Inicialmente, pugnam pela concessão da gratuidade, não apreciada em primeiro grau. No mais, sustentam, em síntese, a possibilidade do curso simultâneo de ação de conhecimento e de execução, independente da oposição dos respectivos embargos. Citam jurisprudência favorável a sua tese. Argumentam que, no feito executivo, foram advertidos de que a oposição dos embargos deve ocorrer após a penhora, ainda não efetivada. Aduzem que a r. decisão configura violação à ampla defesa. Discorrem sobre suposta simulação praticada pelas empresas Apogeu e Cartint, integrantes do mesmo grupo, o que culminaria na nulidade dos atos por elas praticados. Pedem o provimento do recurso, para reformar a r. sentença e, por conseguinte, autorizar o prosseguimento da ação, com a concessão da tutela antecipada pleiteada.

Recurso recebido no duplo efeito (fls. 563). Não houve manifestação das partes acerca de eventual oposição ao julgamento virtual (fls. 565).

É o relatório.

O MM. Juiz de primeiro grau, pelo que informam os apelantes, nada decidiu sobre seus pedidos de assistência judiciária. Não podem ser prejudicados por isso, razão pela qual concede-se, para fins deste recurso, e exclusivamente dele, tais benefícios.

A ação foi manejada com o intuito de anular termo de confissão de dívida firmado com a apelada, bem como as garantias realizadas. Os autores afirmam a ocorrência de simulação entre a suposta credora e a empresa Cartint, integrante do mesmo grupo econômico.

O juízo "*a quo*" reconheceu a falta de interesse processual e extinguiu o feito, por entender que a parte deveria manejar embargos à execução e não ação anulatória. Deixou consignado que a parte escolheu via inadequada para a sua pretensão, já que o débito impugnado é objeto de execução manejada pela apelada.

Contudo, com a devida vênia ao entendimento esposado pelo douto juiz sentenciante, a r. sentença não pode prosperar.

Com efeito, a respeito do tema, assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC/73, art. 585, § 1º)*[1], *o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da*

Acesso ao Sumário

1 Redação mantida no art. 739, § 1º, do CPC/2015.

ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva (...)" (REsp 574.357-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, j. 25.04.2006) (g.n.).

Isso significa que não existe óbice para o ajuizamento da ação anulatória, preferindo aos embargos do devedor. Uma vez demonstrada a adequação da via eleita, sobrevive o interesse processual, culminando na nulidade da r. sentença guerreada.

Diante do exposto, pelo meu voto, é provido o recurso, para anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos à origem, para regular processamento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026292-49.2005.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VIACRED FOMENTO MERCANTIL LTDA., são apelados INDÚSTRIA ELETRO MECÂNICA LINSA LTDA., CLAÚDIA STURLINI ANTONUCCI, DALVA STURLINI BISORDI, VALDO STURLINI, REYNALDO LUIZ ANTONUCCI, SÉRGIO OSWALDO DE ACRVALHO BISORDI, SONIA DODSWORTH STURLINI, SUZANA STURLINI COUTO, TATIANA STURLINI COUTO, CLAÚDIO STURLINI, MARIA ESTER LACERDA PINTO STURLINI, FERNANDO STURLINI, LILIAN SALVADORI STURLINI e NARCISO STURLINI (ESPÓLIO).

ACORDAM, em 20ª 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 37271)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente sem voto), CORREIA LIMA e LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 22 de maio de 2017.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Falecimento do coexecutado - Ausência de inventário - Ante a existência de bens

Acesso ao Sumário

deixados pelo "de cujus", é cabível a citação de todos os herdeiros - Aplicação dos arts. 43, 568, II e 597 do CPC/1973 - Precedentes - Requerimento da exequente para citação por edital dos herdeiros, ante as inúmeras tentativas infrutíferas de localizá-los - Deferimento - Medida excepcional - Inteligência dos arts. 653 e 654 c.c. art. 231 do CPC/1973 - Afastamento da sentença de extinção do processo - Recurso provido.

VOTO

1. Recurso de apelação interposto contra a sentença prolatada em execução de título extrajudicial e que julgou extinto o processo, nos termos do art. 267, IX, do CPC/1973, relativamente ao espólio de Narciso Stulini.

Sustenta a exequente-apelante que o *de cujus* deixou bens que foram transmitidos por herança, sendo cabível a inclusão dos herdeiros no polo passivo da execução, pois não foi aberto inventário. Requer a recorrente a citação por edital dos herdeiros do coexecutado falecido, diante das inúmeras tentativas infrutíferas de sua localização, até porque há bem penhorado nos autos, cuja expropriação está sobrestada em razão da ausência de ciência dos herdeiros.

Recurso tempestivo e bem processado.

2.1. Considerando que o recurso foi interposto antes da vigência da Lei nº 13.105/2015 (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. Trata-se de execução de título executivo extrajudicial (contrato de fomento mercantil e aditivos posteriores, com duplicatas atreladas) ajuizada pela apelante Viacred Fomento Mercantil Ltda. contra os apelados Indústria Eletromecânica Linsa Ltda., Lilian Sturlini e Narciso Sturlini.

Depois de citado (cf. fl. 388-390), foi noticiado a fls. 596 o falecimento do coexecutado Narciso Sturlini, requerendo a exequente a substituição processual do falecido pelos herdeiros Cláudia Sturlini Antonucci, Dalva Sturlini Bisordi e Valdo Sturlini, cuja citação foi pleiteada, com indicação dos respectivos endereços (cf. fls. 595-596).

O juiz da causa entendeu que o *de cujus* deveria ser sucedido por seu espólio, cuja representação nestes autos deveria ser feita pelo inventariante (cf. fl. 598-599).

Então, a exequente elucidou a fls. 689-691 que não localizou no sítio eletrônico deste Tribunal de Justiça a existência de processo de inventário aberto em nome do coexecutado falecido, não obstante tenha este deixado bens, conforme matrícula nº 60.219 do 15º CRI da Capital (cf. fls. 730-737).

Acesso ao Sumário

O juiz da causa proferiu o seguinte despacho (cf. fls. 742-747):

"5. Narciso ingressou, nesta execução, e seu deu por citado (fls. 388/390). Todavia, no curso do processo, Narciso faleceu (fl. 596). Anote-se, inclusive no sistema informatizado, que esta execução segue em face do Espólio de Narciso. **Diversamente do consignado, na certidão de óbito (fl. 596), Narciso deixou bens, como se depreende das certidões do Registro de Imóveis ofertadas**, o que faz pressupor que, ou ele alienou, em vida, por instrumento público ou particular, sua parte ideal nos bens, ou o declarante do óbito desconhecia a situação patrimonial do falecido. De qualquer forma e considerando que, com o falecimento desse executado, se extinguiu (art. 682, II, do CC de 2002) o mandato "ad judicia", por ele outorgado, **bem como ainda não aberto inventário/arrolamento de seus bens (fls. 740/741), após providenciada, pela exequente, GRDs, expeça-se mandado, para intimação (item 04 de fl. 690) dos sucessores do executado Narciso: Cláudia Sturlini Antonucci e seu marido Reynaldo Luiz Antonucci (casados no regime da comunhão universal de bens); Dalva Sturlini Bisordi e seu marido Sérgio Osvaldo de Carvalho Bisordi (casados no regime da comunhão universal de bens); e Valdo Sturlini e sua esposa Sonia Dodsworth Sturlini (casados no regime da comunhão universal de bens) fls. 724 e 726 desta execução**, para que, em 10 dias, se habilitem, nos autos, por advogado, devendo juntar certidão de nascimento/casamento, a demonstra o vínculo de parentesco com o falecido, sob pena desta execução seguir." (sem destaque no original).

A exequente fez diversas tentativas de localização dos herdeiros do coexecutado falecido, todas sem sucesso. O mandado de intimação destinado a Valdo Sturlini e sua esposa foi recebido por seu filho, que afirmou "que seus pais não se encontravam" (cf. fls. 999-1.000); a carta precatória expedida à Cláudia Sturlini e seu marido e à Dalva Sturlini e seu marido somente foi recebida por Cláudia, que alegou não saber onde seu marido estava, bem como que sua irmã e seu cunhado não moravam no local e não sabia dizer onde residiam (cf. fls. 1.032-1.033).

A fls. 1.037-1.038 e 1.067 a exequente requereu então a citação por hora certa e depois a fl. 1.145 requereu citação por edital, que não foram deferidas pelo juiz da causa. A fl. 1.148 o oficial de justiça informou novamente não ter localizado o herdeiro Valdo Sturlini.

Conclusos os autos à juíza entendeu que "a certidão de óbito aponta que Narciso não deixou bens ou testamento (fls. 596), informação a qual foi reiterada pelo exequente à fl.690" e, por isso, **extinguiu o feito em relação ao espólio de Narciso Sturlini, nos termos do art. 267, IX, do CPC/1973** (cf. fl. 1.201).

Ora, a exequente demonstrou cabalmente a existência de bens em nome do coexecutado falecido, sendo que um deles (o da matrícula nº 60.219 do

Acesso ao Sumário

15º CRI da Capital) foi objeto de arresto convertido em penhora nos autos da cautelar (cf. fls. 614-615 e 625-635 dos autos em apenso), apenas não podendo ser objeto de expropriação porque não foram cientificados os herdeiros do *de cujus* (não localizados).

Aliás, o próprio juiz da causa observou o equívoco constante na certidão de óbito (cf. despacho de fls. 742-747 e petição de fls. 689-691), pois não menciona a ausência de bens, mas sim a inexistência de inventário.

Não obstante o art. 597 do CPC/1973 determine que a sucessão do executado falecido se fará pelo espólio, os arts. 43 e 568, II, são claros a respeito da responsabilidade patrimonial dos herdeiros do *de cujus*; daí porque a jurisprudência consagra **a possibilidade de os herdeiros serem habilitados diretamente nos autos, quando ainda não houver a existência de inventário**.

Eis alguns julgados nesse sentido:

"RESPONSABILIZAÇÃO LIMITADA DOS HERDEIROS. APLICAÇÃO DO ART. 1.587 DO CC/1916. 'O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se existir inventário, que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados' (art. 1.587 do CC/1916). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO" (cf. Ag. 2008.065581-6, TJSC, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 25-3-2010).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE ABERTURA DE INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. O Juiz não pode sustar o processo para obrigar os herdeiros a abrir inventário, porque o espólio é representado pelo inventariante desde que já exista tal procedimento (art. 43 do CPC). Válida a representação processual dos herdeiros devidamente habilitados nos autos. O princípio da razoável duração do processo não pode ser suplantado por rigorismos na interpretação da lei processual, adotando-se a forma em detrimento da finalidade. Agravo de instrumento provido" (cf. Ag. 009.04.00.019779-0, TRF4, j. 13-10-2009).

"REGIMENTAL. AÇÃO DE ANULACAO DE NEGOCIO JURÍDICO. REPRESENTACAO DO HERDEIRO ANTES DA ABERTURA DO INVENTARIO. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO. A SUCESSAO SE INSTAURA COM A MORTE DO DE CUJUS, APOS O QUE, A POSSE E A PROPRIEDADE SE TRANSMITEM AOS HERDEIROS, QUE PODEM EXERCER OS ATOS NECESSARIOS DE DEFESA DO ESPOLIO INDEPENDEMENTE DA ABERTURA DE INVENTARIO E NOMEACAO DO SEU REPRESENTANTE LEGAL NA PESSOA DO INVENTARIANTE. LEGISLACAO: CC - ART 495. CC - ART 496. DOUTRINA: PEREIRA, CAIO MARIO DA SILVA - INSTITUICOES DE DIREITO CIVIL, 1995, 12 ED, ED

Acesso ao Sumário

FORENSE, P 39 . SANTOS, J. M. DE CARVALHO - CC INTERPRETADO, ED FREITAS BASTOS, VOL VII, P 11. GALDINO, DIRCEU - MANUAL DO DIREITO DO TRABALHADOR RURAL, 1992, EDITADO PELA FEDERACAO DA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARANA, P 96" (cf. Ag. 0104804-6/01, TJPR, Rel. Des. Clayton Reis, j. 20-10-97).

Neste cenário, **foi descabida a extinção do processo**, em relação ao coexecutado falecido, **sendo o caso de citação de seus herdeiros**.

A citação por edital em ação de execução é excepcional e tem previsão legal específica, somente podendo ser observada diante do esgotamento das medidas direcionadas à localização do executado, depois do arresto de seus bens.

Havendo diligências infrutíferas na tentativa de localização dos herdeiros do coexecutado falecido e, uma vez deferida a constrição do imóvel da matrícula nº 60.219 do 15º CRI da Capital, **é de rigor o prosseguimento da citação por edital, tal como requerido pela exequente, em atenção ao que dispõem os arts. 653 e 654 c.c. art. 231 do CPC/1973.**

Os precedentes jurisprudenciais do extinto 1º TACivSP são no mesmo sentido:

"Citação - Edital - Devedor que não se encontra em lugar incerto - Irrelevância - Meirinho que por diversas vezes esteve no correto endereço, porém sem ter sido atendido pelo citando, tendo sido inclusive precedido ao arresto do bem - Art. 653, 'caput' e § único do CPC - Nulidade inexistente - Recurso improvido." (cf. Apel. nº 826.860-2-SP, Rel. Juiz Roberto Bedaque).

"Citação - Edital - Arresto - Insurgência contra decisão judicial que ordenou a citação desta forma - Hipótese em que o devedor foi procurado várias vezes e não foi encontrado - Utilização do critério de razoabilidade na localização do devedor - Artigo 652, § 2º, do Código de Processo Civil - Validade da decisão - Recurso improvido." (cf. A. I. nº 748.869-7, Rel. Juiz Silveira Paulilo).

A sentença de extinção fica afastada, para o regular prosseguimento do feito, nos termos deste acórdão.

3. Posto isso, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009811-89.2014.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante SANDRA MAGDA ORLANDIN ZANELATTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada LUIZACRED S.A. SOCIEDADE DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E

Acesso ao Sumário

INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.870)**

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

São Paulo, 5 de junho de 2017.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. CARTÃO DE CRÉDITO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE COBRANÇA DE JUROS ABUSIVOS E CAPITALIZADOS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 216/218 que, julgou improcedente a ação revisional ajuizada por SANDRA MAGDA ORLANDIN ZANELATTO contra LUIZACRED S.A. SCFI, condenando a vencida ainda ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da ação, observada a gratuidade concedida à parte autora.

A requerente apela.

Sustenta, em síntese, cerceamento de defesa pela não produção de prova pericial.

Quanto ao mérito, argumenta que a aceleração do contrato é indevida, não havendo como saber se os juros praticados pelo banco na composição do pretenso saldo devedor foram corretamente aplicados. Discorda ainda da taxa de juros e da capitalização.

Recurso isento de preparo, tempestivo e respondido (fls. 238/242).

É o relatório.

A autora ajuizou ação objetivando a revisão do contrato de cartão de crédito firmado com a apelada.

Pleiteou a declaração de nulidade de cláusulas abusivas, devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente.

Acesso ao Sumário

De início, não há se falar em cerceamento de defesa, pois a prova pretendida pela apelante não traria as consequências almejadas. O Código de Processo Civil adota o sistema do livre convencimento motivado, pelo qual o órgão jurisdicional é o destinatário final das provas produzidas (artigo 371).

Ora, pela referida sistemática cabe ao magistrado avaliar a necessidade ou não de instrução do processo, competindo avaliar se as provas presentes nos autos são suficientes para embasar sua convicção ou se a produção de outras implicaria na prática de atos desnecessários ou protelatórios.

No caso dos autos a prova documental era suficiente para o deslinde da causa, sendo desnecessária a prova pericial pretendida pelo apelante.

No mérito, a insatisfação não merece acolhimento.

Em que pese o inconformismo do apelante, não há como acolher sua pretensão.

A recorrente limitou-se a impugnar genericamente o débito e encargos, como se o caráter adesivo ao pacto ou a vigência do Código de Defesa do Consumidor fossem suficientes, por si só, para eximi-la do cumprimento de suas obrigações.

Na realidade o recorrente utilizou o seu cartão de crédito para pagamento de seus variados compromissos, optando, todavia, pelo parcelamento do valor das faturas. Houvesse pagado o valor integral, não arcaria com qualquer tipo de encargo. Mas, uma vez que optou por seu parcelamento, assentiu na utilização do crédito consentido pelo apelado.

Evidente, portanto, que deve suportar o ônus decorrente dessa opção, arcando com os encargos decorrentes do financiamento de suas compras.

Frise-se o recorrente tinha prévia ciência do montante dos encargos que suportaria em caso de não pagamento integral da fatura. Com efeito, o réu a cientificou, em cada fatura, do percentual de encargos máximos para o próximo período.

O consentimento com o parcelamento, assim, foi livre e informado (fls. 32 e ss).

No mais, os juros cobrados mensalmente sobre o saldo financiado da fatura, faz constituir um novo débito, caso não liquidado em sua integralidade.

Decorrido o prazo mensal, e não pago qualquer valor o saldo sofre integralização com encargos cobrados na fatura seguinte de modo que não há falar em capitalização de juros ou anatocismo.

Nesse sentido:

"*CARTÃO DE CRÉDITO - Ação revisional de cláusulas contratuais c.c. repetição de indébito - Alegação de cobrança de juros abusivos e capitalização de juros - Sentença que julgou improcedente a ação -*

Acesso ao Sumário

Cerceamento de defesa que não ocorre - Aplicação do art. 359 do CPC diante da não exibição dos contratos - Impossibilidade - Questão de direito - Faturas mensais indicam a taxa dos juros e os encargos que porventura serão aplicados - Taxa de juros remuneratórios - Não submissão dos bancos à chamada 'Lei de Usura', à taxa de doze por cento ao ano - Aplicação da Lei nº 4.595/64, Súmulas 596 e 648 do C. STF, e Súmula Vinculante nº 7 - Capitalização de juros - Sistemática de contrato de cartão de crédito em que a opção de financiamento do valor excedente do valor mínimo é exigível mensalmente, passando a integrar o saldo devido - Ilegalidade inexistente - Sentença mantida - Apelo desprovido." (Apel. nº 0131530-80.2007.8.26.00032, Relator(a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/02/2016; Data de registro: 25/02/2016). Grifos nosso.

Portanto, o teor sentença deve ser mantido.

No mais, tendo em vista o artigo 85, §11, do Novo Código de Processo Civil majoro a verba honorária de 10% do valor da causa para 15%, observada a gratuidade judiciária.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

De todo exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008760-72.2015.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante/apelado CAROLINA RAMOS MELLO ME, é apelado/apelante ALSIDNEY HERCHERT (JUSTIÇA GRATUITA).

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.777)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 17 de abril de 2017.
NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Compra e venda de automóvel. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Obrigação do adquirente de comunicar a transferência de titularidade ao Detran, nos termos do art. 123, *caput*, I, e § 1º, do CTB. Denunciação da lide. Não cabimento. Prescrição inocorrente. Indenização por danos morais bem fixada, diante das peculiaridades do caso. Recursos improvidos.

VOTO

Visto.

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos contra a r. sentença de fls. 82/85, cujo relatório se adota – que julgou parcialmente procedente o pedido, determinando que a ré proceda a transferência do veículo para seu nome ou a quem de direito, no prazo de trinta (30) dias, sob pena de multa diária de R$500,00 (quinhentos reais), limitada ao período de trinta (30) dias, bem como condenou-a ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R$6.000,00 (seis mil reais) -, nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. indenização por dano moral promovida por Alsidney Herchert contra Carolina Ramos Mello ME.

Diz o autor, que vendeu a motocicleta descrita na inicial para a ré, que não providenciou a transferência do bem no DETRAN e que, em razão disso, está suportando prejuízos de ordem moral e material, tendo em vista que foi suspenso seu direito de dirigir, bem como porque seu nome encontra-se negativado nos órgãos de proteção ao crédito. Seu pleito consiste em ver obrigada a ré compelida a transferir o veículo para seu nome, tal como as multas e penalidades administrativas que estão recaindo sobre sua pessoa, além do recebimento de indenização por dano moral.

Recorre a ré, aduzindo que teve seu direito de defesa cerceado, tendo em vista que postulou pela denunciação da lide à terceira pessoa, sendo essa a compradora do veículo; que era ônus do autor comunicar ao órgão de trânsito, sendo que disso ele não se desincumbiu; que não foi constituída em mora; que o direito de ação do autor está prescrito.

Recorre adesivamente o autor, alegando que a ré deve, também, ser compelida ao pagamento das dívidas decorrentes da propriedade e utilização do veículo, além daquelas advindas das infrações de trânsito; que o valor fixado a título de indenização por dano moral é irrisório.

Acesso ao Sumário

Recursos bem processados, sendo que apenas o autor respondeu ao apelo da ré (fls.111/123).

É o relatório.

Conheço dos recursos.

Inicialmente, fica afastada a alegação de cerceamento de defesa, porque o Juiz é o destinatário das provas, sendo prescindível a dilação probatória quando presentes elementos de prova suficientes para o julgamento da causa, como no caso, em que o julgamento dependia de prova eminentemente documental.

A pretensão da denunciação da lide também não prospera, uma vez que a hipótese não se encontra naquelas previstas na lei, à luz do art. 70, do CPC/1973, vigente à época.

Conforme documento de fls. 16/17 a motocicleta de propriedade do autor foi vendida à empresa ré em 29 de junho de 2006. A obrigação de efetuar a transferência administrativa do veículo é do adquirente, diante do disposto no art. 123, *caput*, I, e §1º, do CTB, segundo o qual o comprador – no caso, aparte ré – tem a obrigação de efetuar a transferência administrativa da titularidade do veículo para seu nome.

A empresa ré comprovou que revendeu o veículo em 11 de junho de 2007, a terceira pessoa (fls.56). Porém, ainda que o automóvel tenha sido vendido deveria a ré, revendedor de veículos usados, ter providenciado para que o pretenso adquirente realizasse a transferência administrativa do veículo.

A falta de diligência da ré na realização da transferência administrativa de titularidade do bem provocou embaraços no cadastro do autor junto à autoridade de trânsito. Conforme se vê a fls. 24/35, o nome do requerente foi inscrito na dívida ativa do Cadin (Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais), tendo o autor suportado, inclusive, a suspensão de seu direito de conduzir veículos (fls. 24 e 25/26). Ademais, os IPVAs da motocicleta e os DPVAT's, também, não haviam sido pagos, gerando dívida em desfavor do autor.

Acesso ao Sumário

Tendo a ré deixado de proceder à transferência administrativa de titularidade do veículo para o seu nome ou o nome do adquirente do veículo, assumiu a responsabilidade por todos os danos infligidos ao autor, em razão da permanência do bem administrativamente em nome dele. E não há que se falar que não foi constituída em mora, pois se tratava de pessoa jurídica que tinha pleno conhecimento de suas obrigações.

Igualmente, não há que se falar em prescrição do direito de ação do autor, porque ao que consta dos autos este só teve ciência do imbróglio que se formou em meados do ano de 2013, tanto assim que providenciou a comunicação da venda ao DETRAN em 13 de dezembro de 2013 (fls.23).

O autor, porém, só informou ao órgão competente sobre a comunicação

de venda, após ter sido informado sobre débitos pendentes de IPVA e da possibilidade de inscrição de seu nome no CADIN. Assim, deixou o requerente de promover a comunicação de venda do automóvel ao órgão responsável no prazo de 30 dias, na forma determinada pelo art. 134, do CTB[1], de modo que permanece solidariamente responsável pelos débitos vinculados ao veículo até a data da comunicação, em 13 de agosto de 2013 (fls.23).

A indenização por danos morais é devida, contudo, em razão da inércia do autor mencionada acima, tem-se que o valor fixado em primeiro grau, ainda que módico, deve ser mantido.

Sendo incontroverso que o veículo em questão foi vendido para a ré, é dela a obrigação de transferir, junto ao órgão de trânsito competente, a titularidade do veículo para seu nome, sendo conveniente sublinhar que o fato de o bem ter sido revendido para terceiro não a torna impossível, pois a tradição, que transmite a propriedade, não se confunde com a transferência administrativa. Ademais, a ré poderá, querendo, propor as medidas cabíveis contra o terceiro adquirente.

Incabível, portanto, a alteração da r. sentença atacada.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0206496-14.2002.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante IVALDO BERTAZO, é apelado LARS GUNNAR NYH.

ACORDAM, em 37ª 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 19.906)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SERGIO GOMES (Presidente sem voto), PEDRO KODAMA e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 11 de abril de 2017.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: MANUTENÇÃO DE POSSE - Pretensão de resguardar a utilização de uma estrada situada em imóvel vizinho. - Sentença que julgou improcedente o

1 Art. 134, CTB: No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação.

Acesso ao Sumário

pedido. - Pretensão de reforma. ADMISSIBILIDADE: A prova pericial demonstra a existência de servidão de trânsito aparente. Possibilidade de proteção possessória, ainda que não registrada a servidão. Aplicação da súmula 415 do C. STF. Imposição de multa para evitar moléstia à posse. Sentença reformada.

CERCEAMENTO DE DEFESA - Pretensão de produção de prova testemunhal. - NÃO OCORRÊNCIA: A questão possessória foi suficientemente examinada por meio de prova pericial, não havendo necessidade de produção de outras provas.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 845/850, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de manutenção de posse movida por Ivaldo Bertazzo contra Lars Gunnar Nyh e sua mulher. A r. sentença condenou o autor ao pagamento das custas e das despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais o autor alega cerceamento de defesa porque não foi realizada audiência de instrução para a produção de prova testemunhal. Sustenta em síntese que o único caminho para se chegar ao seu imóvel é por uma estrada existente na propriedade dos apelados, conforme levantamento topográfico cadastral realizado pelo perito judicial, cuja origem tem mais de vinte anos. Afirma que pelas declarações juntadas aos autos, os vizinhos e ex-proprietários das áreas envolvidas têm conhecimento da existência da servidão de passagem (estrada particular) que corta a propriedade dos apelados para o acesso à propriedade do apelante, com traçado previamente estabelecido e sem qualquer obstrução ou obstáculo. Pleiteia o provimento do recurso para julgar procedente o pedido possessório (fls. 857/881).

Os réus apresentaram contrarrazões a fls. 933/940.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

De início, destaca-se que não ocorreu cerceamento do direito do apelante, porque a questão de fundo, ou seja, a questão possessória foi suficientemente examinada por meio de prova pericial, não havendo necessidade de produção de

Acesso ao Sumário

prova testemunhal.

Trata-se de ação de manutenção de posse em que o autor afirma que possui um imóvel localizado no alto de um morro e que para se chegar à sua propriedade é necessária a utilização de uma estrada que corta a propriedade dos réus. Afirma que a referida estrada sempre foi preservada por ele, tendo sido feitas benfeitorias como alargamento, alinhamento e cascalhamento para possibilitar uma maior facilidade de fluxo de veículo e pedestres. Esclarece que em meados do ano de 2002, deparou-se com a estrada fechada por uma porteira trancada com corrente e cadeado, o que impediu o acesso à sua propriedade, constituindo dessa forma esbulho possessório. Pede que seja reconhecido seu direito possessório sobre uma estrada localizada na propriedade dos réus.

Nos termos da súmula 415 do C. STF é possível a proteção possessória nos casos de servidão aparente, ainda que não registrada: "***Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera- se aparente, conferindo direito à proteção possessória***".

No caso dos autos, a prova pericial é expressa a concluir pela existência de servidão aparente (fls. 271-A e seguintes), com a indicação de que a estrada objeto da ação é o único acesso à propriedade do autor (Resposta ao quesito nº 5 - fl. 362 e ao quesito nº 4 - fl. 364).

Dessa forma, é patente que sobre a estrada situada no terreno dos réus foi instituída servidão de trânsito aparente, que era utilizada livremente pelo autor.

Essa situação permite a proteção da posse do autor, ainda que contra a vontade do real proprietário do imóvel. Em função da conclusão pericial de que restou caracterizada a servidão, não há como entender que havia atos de mera tolerância.

Neste sentido:

"***AÇÃO DE MANUTENÇAO DE POSSE - SERVIDÃO DE PASSAGEM - Proteção possessória garantida aos usuários da passagem - Servidão aparente, satisfatoriamente comprovada por depoimentos de testemunhas prestados em Juízo - Direito que prescinde do encravamento do imóvel - Precedentes do STJ e do TJ-SP - A existência de outro acesso não obsta a proteção possessória pretendida pelo autor - Conjunto probatório que foi bem analisado pelo Juízo da causa - Sentença de procedência da ação mantida - Recurso improvido.***" (Apelação n° 0000726-74.2012.8.26.0447, Rel. Des. Plínio Novaes de Andrade Junior, 24ª Câmara de Direito Privado, j. em 23/06/2016).

O precedente jurisprudencial acima citado enfrenta questão semelhante a dos autos, razão pela qual ilustra este julgamento.

O pedido é, portanto, procedente para determinar a manutenção da posse e impedir o fechamento da estrada. Em função do caráter inibitório da medida,

Acesso ao Sumário

cabível a fixação da multa diária para evitar a moléstia à posse. Fixa-se, dessa forma a multa diária de R$1.000,00 para o caso de descumprimento da decisão.

Com a inversão do julgamento, os réus devem arcar com as verbas de sucumbência.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso para julgar procedente o pedido possessório e determinar a proibição do fechamento da estrada utilizada pelo autor, para evitar incidência de multa diária de R$ 1.000,00. Em razão da sucumbência, arcarão os réus com o pagamento das custas e das despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010708-43.2014.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelado OBERDAN JORGE DE CARVALHO.

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 36.410)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 20 de abril de 2017.

RUY COPPOLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Seguro de veículo. Ação de cobrança. Indenização negada pela seguradora porque o segurado informou que o veículo ficava 85% do tempo na região de Santa Cruz de Conceição, o que não seria verdade. O segurado informou que o veículo permanecia 85% na região metropolitana de São Paulo. Veículo que foi furtado em São Paulo considerando que o segurado estava em tratamento decorrente de cirurgia. Situação extraordinária. Ausência de má-fé. Recusa da indenização que é indevida. Valor da indenização securitária deve observar a tabela vigente na data do sinistro e não

da data do efetivo pagamento (liquidação do sinistro). Danos morais verificados. Valor fixado pela sentença que foi razoável e proporcional. Autor que teve a indenização securitária indevidamente recusada enquanto estava sob tratamento médico e necessitava do veículo para transporte. Ação procedente. Sentença mantida. Majoração dos honorários recursais. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança com fundamento em contrato de seguro de veículos, ajuizada pelo apelado em face da apelante, julgada procedente pela sentença de fls. 335/338, aclarada a fls. 343, para condenar a seguradora ao pagamento do valor do veículo nos termos da Tabela FIPE na data do evento (R$ 77.133,00), determinando a entrega dos documentos do veículo à seguradora, e também ao pagamento de danos morais que arbitrou em R$ 15.000,00. Por fim, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Opostos embargos declaratórios pela ré (fls. 340/341), foram acolhidos pela decisão de fls. 343.

Apela a ré (fls. 346/378), alegando que a indenização é indevida, posto que o autor informou, no questionário de avaliação de risco, que o veículo permaneceria 85% do tempo da semana na cidade de Santa Cruz da Conceição, mas posteriormente informou que o veículo permanecia mais de 15% do tempo na cidade de São Paulo. Neste caso, afirma que o autor agiu de má-fé ao excluir risco pelo qual agora pretende ser indenizado. Afirma que a indenização securitária deve se dar pelo valor do veículo na data da liquidação do sinistro, com abatimento da quantia de R$ 2.640,34, referente à diferença apurada entre o prêmio pago pelo autor e o prêmio que seria devido se ele não mentisse. Acena pela inexistência dos danos morais e, subsidiariamente, pede a redução do montante arbitrado a este título. Por fim, afirma que o pagamento da indenização deve ser condicionada à entrega dos documentos do bem.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 380/382).

Contrarrazões a fls. 385/389.

É o Relatório.

Pretende a seguradora se eximir de sua obrigação de pagar a indenização securitária ajustada, sob o fundamento de que, na ocasião do acidente o veículo estava localizado na cidade de São Paulo, e o segurado informou, no questionário de avaliação de risco, que o bem ficava no mínimo 85% do tempo na cidade de

Acesso ao Sumário

Santa Cruz da Conceição, o que se verificou que não era verdade, porque o próprio autor, posteriormente, informou que estava ficando mais do que 15% do tempo em São Paulo.

Argumenta, assim, que o segurado prestou informações falsas, e estas foram essenciais para a caracterização de seu perfil no momento da celebração do contrato, não havendo cobertura para o risco decorrente do sinistro registrado.

No entanto, não é isso o que se verifica do questionário respondido pelo autor. Quando indagado sobre qual "a localização onde o veículo circula e/ou permanece no mínimo 85% do tempo da semana" o segurado respondeu que era na região metropolitana de São Paulo, conforme se verifica a fls. 180, o que obviamente inclui a capital do estado.

O autor não informou que o veículo permanecia mais tempo na cidade de Santa Cruz da Conceição.

Outrossim, ainda que ele tivesse respondido que o veículo permanecia mais tempo em sua cidade no interior, do que na cidade de São Paulo, o certo é que essa informação não indica má-fé do autor.

Isto porque o veículo foi furtado em 28.05.2014, justamente quando o autor passou a se locomover mais para São Paulo, em razão do tratamento médico realizado após cirurgia na coluna vertebral, o que se verifica pela declaração do autor juntada a fls. 166 pela própria ré, e pelos documentos de fls. 167/174.

Também corroborando com a boa-fé do segurado, ele trouxe aos autos documentos de suas fichas de atendimento como dentista na região de Santa Cruz da Conceição (fls. 48/84), indicando que na maior parte do tempo o veículo permanecia no interior do estado.

O autor não fez declaração falsa, tampouco agiu de má-fé ao responder ao questionário de avaliação de risco, uma vez que não poderia prever, no momento da contratação do seguro, que iria passar por cirurgia e teria que realizar tratamento médico na cidade de São Paulo.

O caso em tela possui peculiaridades que demonstram a boa-fé do segurado e a ausência de agravamento intencional de riscos, haja vista que o veículo só passou a permanecer mais em São Paulo por situação extraordinária e imprevisível, sendo injustificável a recusa ao pagamento da indenização.

Em relação ao valor da indenização, agiu com acerto o magistrado ao condenar a ré ao pagamento da indenização securitária com referência ao valor do bem no momento do sinistro e não da data da liquidação do sinistro, em consonância com entendimento recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO SECURITÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURO DE AUTOMÓVEL. PERDA TOTAL DO VEÍCULO. INDENIZAÇÃO. APURAÇÃO. VALOR MÉDIO DE MERCADO DO BEM. TABELA FIPE. DATA DA LIQUIDAÇÃO

Acesso ao Sumário

DO SINISTRO. ABUSIVIDADE. ADEQUAÇÃO. DIA DO SINISTRO. PRINCÍPIO INDENITÁRIO.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se a indenização securitária decorrente de contrato de seguro de automóvel deve corresponder, no caso de perda total, ao valor médio de mercado do bem (tabela FIPE) apurado na data do sinistro ou na data do efetivo pagamento (liquidação do sinistro).

2. O Código Civil de 2002 adotou, para os seguros de dano, o princípio indenitário, de modo que a indenização securitária deve corresponder ao valor real dos bens perdidos, destruídos ou danificados que o segurado possuía logo antes da ocorrência do sinistro. Isso porque o seguro não é um contrato lucrativo, mas de indenização, devendo ser afastado, por um lado, o enriquecimento injusto do segurado e, por outro, o estado de prejuízo.

3. Nos termos do art. 781 do CC, a indenização no contrato de seguro possui alguns parâmetros e limites, não podendo ultrapassar o valor do bem (ou interesse segurado) no momento do sinistro nem podendo exceder o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo mora do segurador. Precedentes.

4. É abusiva a cláusula contratual do seguro de automóvel que impõe o cálculo da indenização securitária com base no valor médio de mercado do bem vigente na data de liquidação do sinistro, pois onera desproporcionalmente o segurado, colocando-o em situação de desvantagem exagerada, indo de encontro ao princípio indenitário.

Como cediço, os veículos automotores sofrem, com o passar do tempo, depreciação econômica, e quanto maior o lapso entre o sinistro e o dia do efetivo pagamento, menor será a recomposição do patrimônio garantido.

5. A cláusula do contrato de seguro de automóvel a qual adota, na ocorrência de perda total, o valor médio de mercado do veículo como parâmetro para a apuração da indenização securitária deve observar a tabela vigente na data do sinistro e não a data do efetivo pagamento (liquidação do sinistro).

6. Recurso especial provido." **(REsp 1546163/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016)**.

Ademais, não há que se cogitar do abatimento do valor de R$ 2.640,34, posto que o segurado não fez informação falsa no questionário de avaliação de risco e o prêmio foi corretamente pago.

Quanto aos danos morais, a sua configuração é evidente, não sendo atribuível somente ao descumprimento contratual, mas especialmente porque a recusa indevida à indenização se deu quando o autor estava em meio de tratamento médico, posterior a uma cirurgia na coluna cervical, e se valia do automóvel para transporte ao médico.

O ato ilícito da ré, portanto, gerou prejuízos ao autor que superaram em muito o limite da normalidade e afetou negativa e acintosamente o tratamento médico que o autor estava realizando, restando caracterizados os danos morais.

Acesso ao Sumário

Por estes mesmos fatos deve ser mantido o valor da indenização fixada na sentença a título de danos morais, para privilegiar o trabalho do douto magistrado *a quo*, acrescentando-se que o autor informou corretamente no questionário que o veículo ficaria na maior parte do tempo na região metropolitana de São Paulo, o que ressalta a gravidade da culpa da seguradora, devendo ser sopesada no arbitramento dos danos morais.

Ainda em relação ao *quantum* fixado a título de danos morais, o eminente Desembargador Antonio Rigolin, da 31ª Câmara deste Tribunal, já deixou anotado que "***A indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta. Reconhecida a ocorrência da devida proporcionalidade, deve prevalecer o critério adotado pela sentença.***" (Ap. c/ Rev. 589.890-00/1).

Ou seja, deve existir proporção entre a lesão e o valor da reparação.

Como dito pelo eminente Desembargador Orlando Pistoresi, quando integrava a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça:

"Com efeito, 'O dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente' **(Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, T. 54,5.536, no. 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 631/135)**.

Por outro lado, 'Resta para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários'.

'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 Junior, Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, in RT 662/9) (Ap.c/Rev. no. 263.455-1/9)**".

Deste modo, conclui-se que os danos morais devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se ao dano causado e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima, sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento ilícito para o autor, o que foi devidamente respeitado pelo magistrado de primeiro grau em sua brilhante sentença.

No mais, afasto o pedido subsidiário da apelante de que o pagamento da indenização seja condicionado à entrega dos documentos do veículo, já que

Acesso ao Sumário

esta matéria já foi veiculada por ela em sede de embargos declaratórios (fls. 340/341) e o magistrado os acolheu para fazer constar que "Caberá ao autor a entrega dos documentos do veículo furtado à ré no prazo de cinco dias após o pagamento do valor da condenação." (fls. 343).

Por fim, a sentença foi proferida em 21.06.2016 (fls. 338), ou seja, já na vigência do Novo Código de Processo Civil que prevê no §11 do seu artigo 85:

"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.".

Não bastasse, o **Enunciado administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça** dispõe que:

"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.".

Neste diapasão, já fixados os honorários advocatícios na sentença em 10% sobre o valor da condenação, majoro o montante condenando a ré a pagar ao patrono dos autores honorários em 20% sobre o valor da condenação.

Com efeito, afastadas as alegações da apelante, de rigor a manutenção da excelente sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0215981-67.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NAVARRO E FREITAS ENTREGAS RÁPIDAS LTDA. ME, é apelado CLÍNICA FISIÁTRICA E NEUROLÓGICA DR. CÁLIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.754)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), CESAR LUIZ DE ALMEIDA E GILSON DELGADO MIRANDA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 24 de abril de 2017.
DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ENTREGA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. Fato constitutivo do direito da apelada comprovado. Asserção de que não houve demonstração de culpa do empregador. Desnecessidade, à luz do artigo 933 do Código Civil. Culpa exclusiva da vítima afastada. Ato ilícito praticado por preposto da apelante que impõe a sua condenação à reparação do dano material. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **NAVARRO E FREITAS ENTREGAS RÁPIDAS LTDA. ME** nos autos da ação de indenização por dano material que lhe é movida por **CLÍNICA FISIÁTRICA E NEUROLÓGICA DR. CÁLIA LTDA**., cujo pedido foi julgado procedente para condenar a apelada ao pagamento da indenização no valor de R$4.100,00 (quatro mil e cem reais), com correção monetária a partir do desembolso e juros de mora a partir da citação. Condenou, ainda, a apelada ao pagamento das custas processuais e da verba honorária da parte contrária fixada em dez por cento (10%) do valor da causa (fls. 166/168).

Alegou a apelante, em síntese, que não ficou demonstrada a culpa da apelante; que a compensação dos cheques no banco foi anterior ao roubo sofrido por seu preposto; que a apelante não presta serviço de transporte de valores, tendo o seu preposto realizado "favor" à apelada; que houve culpa exclusiva da vítima.

Foram apresentadas contrarrazões pelo desprovimento do recurso (fls. 183/188).

É o relatório.

De acordo com a inicial, a apelada contratou os serviços da apelante para que realizasse "*o saque de dois cheques* (numeração 5 e 6 da conta 030000249-1 de titularidade da apelada, vinculada à Caixa Econômica Federal), *totalizando o valor de R$4.100,00 (quatro mil e cem reais), bem como o depósito da quantia sacada em outra conta corrente*" (fls. 03), porém a prestação do serviço não pode ser concluída em razão do alegado roubo do qual o motoboy, preposto da apelante, foi vítima.

Após diversas tentativas administrativas infrutíferas para o deslinde da

controvérsia, a apelada ajuizou esta demanda.

Pois bem. Nos termos do artigo 933 do Código Civil[1], o empregador responde pelos atos de seus prepostos, ainda que não haja culpa de sua parte.

Nesse diapasão, pertinente as lições de Carlos Roberto Gonçalves: "*Quando o artigo 933 do Código Civil enuncia que os empregadores, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos seus empregados, serviçais e prepostos, está-se referindo aos atos ilícitos, aos atos culposos em sentido lato, compreendendo a culpa e o dolo do empregado. Havendo dolo ou culpa stricto sensu do empregado na causação do dano, presume-se, ipso facto e de forma irrefragável, a responsabilidade (e não a culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva) do empregador*".[2]

Veja-se que a apelante não negou que o motoboy causador do dano - Alex da Silva de Freitas - fosse seu preposto, o que caracteriza fato incontroverso.

O dano material causado também não foi contestado e ficou demonstrado pela apelada por meio das cópias dos cheques nominais ao preposto da apelante, acostados às folhas 23/24, e ofício da Caixa Econômica Federal, no qual se confirma o pagamento em guichê de caixa ao portador referido (fls. 170-A), praticado no exercício de sua função como motoboy.

Não prospera, outrossim, a tese de que a apelante não exerce a atividade de serviço de transporte de dinheiro. Ao reverso do que afirma, não há no instrumento particular acostado às folhas 96/100, qualquer restrição ao serviço de transporte de dinheiro, sendo o objeto social da empresa descrito, suscintamente, como "serviços de entregas rápidas" (fls. 97).

Não prevalece, também, a hipótese de que o motoboy tenha prestado "favor" à apelada, sendo o dano causado de sua exclusiva responsabilidade, pois esta se utilizou do serviço com boa-fé, acreditando ser prestado regularmente pela apelante e não fora de suas funções como preposto.

Nesse sentido, relevante as anotações do supra mencionado doutrinador: "*(...) é suficiente a aparência de competência do preposto para acarretar a responsabilidade do comitente. Considera-se suficiente a razoável aparência do cargo. Exige-se, também, a boa-fé do lesado, ou seja, a convicção deste de que o preposto achava-se no exercício de suas funções, na ocasião da prática do abuso.*"[3]

Constata-se, ainda, que a apelante não requereu em fase de conhecimento,

1 Código Civil. Art. 933. *As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos*.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade por ato ou fato de terceiro in *Responsabilidade Civil*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.151.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade por ato ou fato de terceiro in *Responsabilidade Civil*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.152.

Acesso ao Sumário

tampouco nesta fase recursal, a possibilidade de produzir quaisquer provas (como a oral, por exemplo) aptas a afastar a aventada responsabilidade pelo ato de seu preposto, mesmo sendo-lhe oportunizada a sua produção (fls. 127).

O parco documento acostado é o boletim de ocorrência (fls. 116/117), que possui presunção relativa de veracidade, uma vez que apenas consigna as declarações colhidas unilateralmente pela vítima, sem atestar se o relato de roubo é verdadeiro.

Nesse passo, tem-se que a r. sentença bem equacionou a questão posta, devendo prevalecer por seus jurídicos fundamentos.

Por fim, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado pelo patrono da apelada na fase recursal e observados os parâmetros legais, com espeque no art. 85, § 11, do CPC/2015, a verba honorária é majorada para doze por cento (12%) sobre o valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0200551-75.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOBSON GOMES TAVARES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRAFEGO - CET.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.920)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - Colisão traseira - Ação de indenização por danos materiais proposta contra o condutor e o proprietário de automóvel - Falecimento do condutor - Desistência da ação em relação - Prosseguimento em relação ao proprietário - Sentença de procedência - Proprietário do veículo que contava com 6 (seis) anos de idade na data do acidente - Impossibilidade de incidência

da presunção de responsabilidade solidária do proprietário - Risco para terceiros por ato de vontade do réu não configurado - Ação improcedente - Apelação provida

VOTO

A sentença de fls. 251/252 cujo relatório é adotado, complementada pela decisão de fl. 263 proferida em sede de embargos de declaração, julgou procedente a ação e condenou o apelante ao pagamento da quantia de R$ 3.009,62 (três mil e nove reais e sessenta e dois centavos), com correção a partir do desembolso e juros de mora da citação.

Apela o réu (fls. 267/271) alegando que é parte ilegítima, já que não poderia ser o causador do acidente ou o proprietário do veículo nele envolvido em razão de sua idade.

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 275/281).

É o relatório

Consta da inicial, em apertada síntese, que em 19 de outubro de 1989, às 22h45, o funcionário da autora, José Carlos dos Santos, conduzia o veículo Chevrolet Chevy 500, placas GY 2118, e o manteve estacionado na Avenida João Dias, sentido Campo Limpo, com as luzes de segurança acionadas, quando o veículo Volkswagen Passat, placas RC 8236, conduzido pelo réu José Alberto de Melo Brandão e de propriedade, na época, do apelante, se desgovernou e causou a colisão.

Afirma a autora que o condutor do Passat assumiu a responsabilidade pelo acidente, assinando o termo de fl. 95, mas que não conseguiu receber amigavelmente o valor referente ao ressarcimento das despesas com os reparos.

O apelante apresentou contestação arguindo preliminares de carência de ação e de ilegitimidade passiva, alegando que no ano de 1989, quando ocorreu o acidente, contava com apenas 6 (seis) anos de idade e, desse modo, não poderia ser o proprietário do automóvel ou ter participado do acidente. Além disso, afirma que adquiriu o veículo apenas em abril de 2006 (fl. 139) e que na data da distribuição da ação já não era mais o proprietário.

O oficial de justiça certificou ter obtido notícia acerca do falecimento do corréu José Alberto de Melo Brandão, confirmada pela certidão de óbito de fl. 226.

Por conta disso, a autora desistiu da ação em relação a ele (fls. 229/230), o que foi homologado pela decisão extintiva de fl. 231.

Em seguida, a sentença julgou procedente a ação e impôs ao apelante condenação ao pagamento de indenização por danos materiais.

Acesso ao Sumário

Preservada a convicção do culto magistrado de primeiro grau, o inconformismo comporta acolhimento.

Na ação de reparação de danos por acidente de trânsito o proprietário do veículo responde solidariamente com o condutor, já que, ao confiá-lo a terceiro, assume o risco do uso indevido.

Sobre o tema, os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *Em matéria de acidente automobilístico, **o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e provoca o acidente**, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, **uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes*** (REsp n° 577.902, 3ª Turma, Relator Ministro Pádua Ribeiro).
>
> *ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO VEÍCULO ENVOLVIDO EM ACIDENTE. RECONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM O CONDUTOR. COLISÃO TRASEIRA EM CARRO ESTACIONADO. CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO DE PROPRIEDADE DO RÉU INCONTROVERSA. ALEGAÇÃO DE QUE OS DANOS NÃO OCASIONARAM PERDA TOTAL DO AUTOMOTOR. PROVAS PRODUZIDAS PELA RÉ QUE DEMONSTRARAM O CONTRÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. **Em matéria de acidente automobilístico é manifesta a responsabilidade solidária do proprietário do veículo causador de acidente, assentando-se sobre a culpa in vigilando e in eligendo**. É desnecessária a expedição de ofício ao Denatran para comprovação de que o automotor sinistrado efetivamente não está mais em circulação, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa quando as provas dos autos ratificam a conclusão de que houve perda total do veículo em razão do acidente. Recurso desprovido.* (Apelação 1038254-47.2014.8.26.0224, 35ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Gilberto Leme, 06.02.2017).

O fundamento para responsabilização solidária é o fato de o proprietário do veículo automotor criar o risco da condução, ao confiá-lo voluntariamente a terceiro.

Na época do acidente aqui tratado o apelante não dispunha de capacidade para, de forma válida, externar sua vontade, pois contava com 6 (seis) anos de idade (fl. 137), de modo que não é caso de se responsabilizá-lo por culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, cabendo mitigação da presunção da obrigação pela

Acesso ao Sumário

guarda da coisa.

Conforme entendimento de Rui Stoco, "*a responsabilidade do proprietário do veículo decorre do seu dever de guarda, de diligência e de cuidado, havendo presunção de sua responsabilidade quando entrega o veículo a terceira pessoa. Mas esta responsabilidade, para nós, não é objetiva e, portanto, a presunção de culpa não é invencível, impondo-se a análise do caso concreto e comportando prova em contrário (...) aliás, o Código Civil adotou a culpa como fundamento e pressuposto da responsabilidade, salvo exceções nas quais a hipótese não se inclui (...) Para nós, fora dessas hipóteses [dos artigos 932 e 933 do Código Civil] o proprietário não pode responder pelos atos de terceiro a quem entregou voluntariamente o veículo, sem que tenha agido com culpa (culpa in eligendo e in vigilando) Haverá apenas presunção de sua culpa, que pode ser ilidida por prova em contrário*".

Ou seja, o apelante não tinha condições de entregar de forma voluntária e consciente o veículo a terceiro, tampouco de exercer sobre ele vigilância ou dever de guarda, não tendo sido evidenciada sua culpa no caso concreto.

Nesse mesmo sentido o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, que apreciou a matéria no julgamento do Recurso Especial nº 577.902/DF: "*o proprietário do automóvel é a pessoa que tem a guarda jurídica da coisa, isto é, aquele quem exerce um poder de comando em relação à coisa, de direção intelectual, de dar ordens, relativamente à coisa. Nessa linha de entendimento, se o proprietário descura-se da guarda de seu veículo - que é, repise-se, instrumento potencialmente muito perigoso -, entregando a sua direção à pessoa sem condições de utilizá-lo e que acaba causando um acidente, deve responder solidariamente com essa pessoa, seja o transporte gratuito ou oneroso*".

Assim, a despeito o documento de fls. 149/153 demonstrar o histórico de proprietários do veículo causador do acidente ocorrido em 19 de outubro de 1989, e que entre novembro de 1985 a junho de 1995 o automóvel estava em nome do apelante, não deve ele ser responsabilizado por ato do condutor.

Em consequência, a ação é julgada improcedente, cabendo à autora o pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se dar provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009142-86.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GISELE CRISTINA TEMOTEO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado

Acesso ao Sumário

LOJAS RIACHUELO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32800)**

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

São Paulo, 26 de abril de 2017.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Ação indenizatória moral. Alegação de negativação indevida. Comprovação do vínculo jurídico entre as partes e da inadimplência que levou o nome da autora a sofrer restrição financeira. Sentença de improcedência. Insistência da autora, em sede de apelo, no desconhecimento do débito negativado pela ré. Ausência de contraprova. Sentença mantida. Litigância de má-fé evidenciada. Imposição da sanção pertinente. Honorários. Apelo improvido.

VOTO

1. Ação indenizatória moral fundada em alegada negativação indevida julgada improcedente, pois demonstrada na contestação a relação jurídica havida entre as partes e o débito inadimplido pelo qual o nome da autora foi lançado no rol dos maus pagadores. Apela a autora insistindo na ilegitimidade da negativação, alegando que os documentos juntados nos autos não comprovam a dívida discutida. Pretende a reforma da sentença e a condenação da ré no pagamento da indenização moral. Sem preparo, mas regularmente. Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. O recurso não merece guarida e a interposição do recurso sem qualquer tipo de argumento que rechace a contestação e os documentos carreados pela apelada nos autos apenas demonstra a litigância de má-fé da autora e de sua patronesse.

A alegação da autora é, basicamente, a de que não sabe por que as Lojas Riachuelo negativou seu nome por débitos de R$ 119,25.

Contudo, a contestação e os documentos a ela carreados demonstram à saciedade que a autora é cliente da ré e que deixou de pagar por débito de

Acesso ao Sumário

compras realizadas. E os documentos de fl. 54/75, notadamente, demonstram o contrato de financiamento celebrado entre as partes e o exato valor do débito que foi negativado.

Cioso é notar também que, ao apresentar a réplica, a autora nem sequer fez qualquer tipo de menção aos documentos apresentados pela ré. Agiu como se eles nem estivessem nos autos. Apenas insistiu na sorrateira alegação de que deveria ser indenizada para reparar os danos morais que a negativação teria lhe causado.

Portanto, a conduta da ré foi lícita e dentro do exercício regular do direito. Demonstrou a relação jurídica existente entre as partes e que a autora lhe deve.

Vê-se, pois, que quem adota conduta reprovável é a autora, que se sabendo devedora busca tirar proveito da situação contando com a desorganização da ré que, ao contrário, mostrou-se diligente e cuidadosa na manutenção de seus arquivos. Tanto é assim que descobriu da petição inicial da autora a pele de cordeiro que a abrigava.

Mas é necessário frisar que a má-fé não é só da autora. É também daqueles que captam clientela ilicitamente por meio de plaqueiros e cartazes do tipo "lambe-lambe" colados em postes e muros com dizeres como "Limpe seu nome" para, a qualquer custo, induzir o devedor a ajuizar ação completamente temerária, iludindo-o com a possibilidade de obter ganho fácil mediante a aposta numa ação como esta que se torna verdadeiro bilhete de loteria.

Por sua vez, à advogada competia, ao examinar os documentos apresentados na contestação, se estava crente nas alegações de sua cliente, orientá-la a desistir da ação diante de provas tão irrefutáveis da verdade. Mas lamentavelmente insiste na alegação já derrubada.

Corporativista que é, o novo CPC omitiu a imposição de sanção ao advogado que patrocina ação temerária. Contudo, não se pode deixar de verificar a má-fé da autora ao propor esta ação, pois se assinou contrato com as Lojas Riachuelo sabia da dívida que gerou a restrição negativa a seu nome. Assim, caracterizado o uso do processo com flagrante alteração da verdade dos fatos, pois deduziu pedido contra fatos incontroversos (art. 80, I e II, do novo CPC), cabe a imposição de multa à autora no importe de 2% sobre o valor da causa, na forma do art. 81, §2º, do NCPC.

A sentença foi publicada antes da vigência do novo CPC. Desta forma, inaplicável o art. 85, § 11, do novo CPC. Vide Enunciado administrativo n° 7, do STJ.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao apelo**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4020978-25.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes TARCÍSIO CÂNDIDO DA SILVA e SUELI SIZUKO SAKAMOTO DA SILVA, é apelada SILVIA CRISTINA ARROYO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17576)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDGARD ROSA (Presidente sem voto), AZUMA NISHI e CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 27 de abril de 2017.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. Atropelamento ocorrido enquanto a autora concluía a travessia da rua sobre a faixa de pedestres. Réu que não observou o dever de cuidado previsto no art. 44 do CTB. Preferência de passagem que era da autora (art. 70, p. único, do CTB). Culpa do réu configurado. Comprovação de que a autora que foi atropelada no dia em que realizaria prova de concurso público para a qual se preparava há alguns meses e de que, em razão da lesão sofrida, permaneceu hospitalizada por seis dias. Danos morais configurados. Indenização fixada em R$7.500,00 que não comporta redução. Denunciação da lide improcedente. Apólice prevê cobertura para danos materiais e corporais, e expressamente exclui a cobertura para danos morais. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação contra a respeitável sentença de fls. 333/338, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais formulado na petição inicial, para condenar os réus, solidariamente, a pagarem à autora indenização no valor de R$7.500,00, corrigidos monetariamente a partir do arbitramento e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso, e que julgou improcedente a denunciação

da lide, condenando os réus a arcarem com o pagamento das custas processuais na ação principal e na lide secundária, bem como a pagarem ao patrono da autora honorários fixados em 20% sobre o valor da condenação e ao patrono da seguradora honorários advocatícios no valor de R$1.500,00.

Inconformados, ***apelam os réus*** sustentando que o valor indenizatório arbitrado na sentença é desproporcional à gravidade do acidente e das consequências dele decorrentes, bem como à capacidade econômica das partes, revelando-se exagerado; que o atropelamento decorreu de culpa exclusiva da vítima, que atravessou a rua quando o sinal luminoso do semáforo estava verde para os veículos; que a denunciação da lide deve ser julgada procedente, pois é nula a cláusula que exclui a cobertura quanto ao ressarcimento de indenização por dano moral; que na via do contrato que lhe foi fornecida pela seguradora não consta tal exclusão e os danos morais se inserem nos danos corporais, que são cobertos pelo seguro (fls. 343/360).

Houve respostas (fls. 365/370 e 371/390).

Inicialmente distribuído à 35ª Câmara de Direito Privado, o recurso foi redistribuído a esta Colenda Câmara com fundamento na Resolução 737/2016 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 392/393).

É o essencial a ser relatado.

***O apelo não é de ser acolhido*.**

Consta da petição inicial que no dia 12/09/2010, enquanto atravessa a Avenida Francisco Glicério, na faixa de pedestres e com a sinalização semafórica favorável à travessia, a autora foi atropelada pelo veículo de propriedade da ré Sueli, que era conduzido pelo réu Tarcísio em velocidade incompatível com a via, circunstância que o impediu de frear o automóvel e evitar o acidente. A autora esclareceu que em razão do atropelamento foi projetada para a calçada e bateu a cabeça no meio-fio, em virtude do que permaneceu internada na Santa Casa de Saúde por seis dias, bem como que, no momento do acidente, ela se dirigia ao local onde pegaria o ônibus para ir até São Paulo para prestar concurso público para o cargo de técnico administrativo do Ministério Público da União, de modo que o acidente lhe privou de realizar a prova para a qual se preparou por cinco meses, durante doze horas por dia, e também que, depois de ter sido atropelada, desenvolveu um quadro de crises de ansiedade e pânico, que a impediu de retomar suas atividades, circunstâncias que geraram para ela danos morais. Requereu, assim, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser fixado pelo Juízo, mas não inferior a vinte salários mínimos.

Não existem dúvidas quanto ao fato de que o atropelamento da autora se deu sobre a faixa de pedestres, controvertendo as partes apenas sobre a circunstância de este ter decorrido de culpa exclusiva da vítima, que teria

Acesso ao Sumário

realizado a travessia quanto o semáforo estava verde para os veículos, ou de culpa do réu Tarcísio.

E, em que pesem os argumentos expostos pelos réus em suas razões recursais, o conjunto probatório indica que foi o réu Tarcísio quem deixou de observar a preferência de passagem dos pedestres, dando causa ao atropelamento da autora.

As testemunhas José Carlos Cocia e Mario Roberto Calos, que presenciaram o atropelamento, foram uníssonas em afirmar que este ocorreu enquanto o semáforo era favorável à travessia de pedestres e que, inclusive, havia outras pessoas atravessando a rua naquele momento (fls. 313 e 315).

De outro lado, embora a testemunha Marcos Alberto Gonçalves dos Santos tenha declarado que o acidente ocorreu quando o semáforo já estava verde para os veículos, ela esclareceu que *quando o semáforo abriu aconteceu o atropelamento, o taxi iniciou marcha e houve o acidente*, ao passo que o motorista do veículo em que a testemunha se encontrava *não iniciou marcha quando o semáforo abriu, ele viu a moça correndo e parou* (fls. 314).

A partir de tais elementos é possível inferir, portanto, que a autora iniciou a travessia da rua quando o semáforo era favorável aos pedestres, mas, antes que pudesse concluí-la, o semáforo ficou verde para os veículos tendo o réu Tarcísio colocado o automóvel em movimento, sem observar que a autora ainda estava sobre a faixa de pedestres.

Nesse cenário, conclui-se que o réu não observou o dever de cuidado imposto pelo artigo 44 do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe: *Ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, **o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial**, transitando em velocidade moderada, **de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre** e a veículos que **tenham o direito de preferência**.*

Isso porque, na situação em que se deu o acidente, era da autora a preferência de passagem, conforme expressamente estabelece o parágrafo único do artigo 70 do Código de Trânsito Brasileiro: ***Nos locais em que houver sinalização semafórica de controle de passagem será dada preferência aos pedestres que não tenham concluído a travessia, mesmo em caso de mudança do semáforo liberando a passagem dos veículos***.

Não há que se falar, pois, em culpa exclusiva da vítima pelo acidente, já que ela tinha a preferência de passagem naquela ocasião.

Assim, está devidamente caracterizada a culpa do réu Tarcísio pelo atropelamento da autora, uma vez que a conduta culposa é aquela que resulta da violação do dever de cuidado e, involuntariamente, causa dano a outrem, quando o agente podia ter agido de forma diversa, já que era previsível o resultado danoso. Na lição de **SERGIO CAVALIERI FILHO**: *A inobservância desse*

Acesso ao Sumário

dever de cuidado torna a conduta culposa - o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo (***Programa de responsabilidade civil*, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 34**).

Destarte, foi corretamente reconhecida a responsabilidade dos réus pela reparação dos danos suportados pela autora e, a despeito das impugnações apresentadas por eles, os danos morais alegados na petição inicial estão devidamente caracterizados na hipótese.

Com efeito, em razão do atropelamento a autora foi conduzida ao hospital com diagnóstico de trauma crânio encefálico e permaneceu internada por seis dias (fls. 23 e 59/111), circunstância que supera em muito o mero aborrecimento de ter sofrido "um pequeno corte na cabeça".

Não bastasse isso, ficou comprovado que no dia em que foi atropelada ela realizaria uma prova de concurso público (fls. 29/46, 47/48 e 49), para a qual vinha se preparando há alguns meses (fls. 51 e 52), o que seguramente gerou para ela enorme frustração e tristeza.

Como cediço, os danos morais configuram ofensas aos direitos da personalidade e a sua caracterização prescinde de prova, pois eles decorrem da própria situação fática, quando houver efetiva violação aos direitos da vítima.

E, no caso em exame, as consequências do acidente geraram para a autora verdadeiro abalo anímico, o que revela que ela sofreu dano moral passível de reparação.

A razoabilidade na fixação do valor indenizatório consiste na análise do nível econômico do ofendido e do porte econômico do ofensor, sem que se deixe de observar as circunstâncias do fato lesivo.

Isso porque a condenação por dano moral deve ser expressiva o suficiente para compensar o sofrimento, o transtorno, o abalo, o vexame causado à vítima, bem como para penalizar o causador do dano, observando a sua responsabilidade pelo fato, o grau de sua culpa e sua capacidade econômica.

Assim, não há que se falar em indenização inexpressiva, pífia, que gera a impunidade e o descaso nas relações civis, no que diz respeito ao causador do fato, nem em exorbitância que acarreta o enriquecimento sem causa, no que diz respeito ao ofendido.

Nesse sentido:

A indenização deve se mostrar equilibrada pelo equacionamento do evento danoso e da capacidade econômica de cada parte para não se mostrar insuficiente e, ao mesmo tempo, ser capaz de inibir atos tendentes

Acesso ao Sumário

a reincidências. Em verdade, o magistrado, ao estabelecer o "quantum" indenizatório, há de fazê-lo de tal modo que não seja ínfimo, a ponto de perder-se do desiderato de desestímulo da prática de ilícitos na órbita civil; como também, cuidar para que não seja demasiado exacerbado e configure odioso enriquecimento sem causa. **(TJSP, Apelação nº 0475048-51.2010.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 15/02/2011)**

Sopesando tais elementos e levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto (notadamente as consequências do acidente sofridas pela autora, que permaneceu hospitalizada por seis dias e não pôde realizar prova de concurso público para a qual estava inscrita), conclui-se que a indenização por danos morais arbitrada em R$7.500,00 não comporta qualquer redução, por ser quantia razoável e suficiente para repreender os réus, ao mesmo tempo em que compensa a autora pelo sofrimento experimentado, sem, contudo, gerar para ela enriquecimento sem causa.

No tocante à denunciação da lide, igualmente, a respeitável sentença recorrida não comporta reparos.

Isso porque, ao contrário do quanto alegado pelos réus, **consta expressamente na apólice do seguro de automóvel contratado por eles que o seguro não possui cobertura para dano moral**, mas apenas para colisão, incêndio, roubo e furto de veículo, danos materiais e danos corporais (fls. 155).

De fato, em se tratando de cobertura facultativa oferecida pelo seguro, sua contratação deveria ser feita mediante o pagamento de prêmio adicional, conforme previsto nas condições gerais do seguro (fls. 255).

Assim, não havendo cobertura securitária para o pagamento de indenização por danos morais, impunha-se julgar improcedente a lide secundária.

Destarte, porque deu adequada solução à causa, a respeitável sentença recorrida deve ser integralmente mantida.

Por tais fundamentos, ***nega-se provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002087-34.2014.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante/apelada COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP, é apelada/apelante ELISABETE ANTONIA DE JESUS OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.437)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente), NETO BARBOSA FERREIRA e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 2 de maio de 2017.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Agravo retido - Denunciação à lide - Admissão em casos de garantia e não, de simples regresso - Indeferimento mantido - Ilegitimidade ativa não reconhecida - Documentação apresentada que é suficiente para demonstrar a titularidade da propriedade do imóvel - Indeferimento da colheita de depoimento pessoal da autora - Provas colhidas suficientes para o julgamento da demanda - Recurso desprovido.

Ação indenizatória - Prestação de serviços de água e esgoto - Retorno de esgoto na residência da autora - Falha na ligação do ramal do imóvel vizinho - Laudo pericial - Vício demonstrado - Dano material e moral - Valor da indenização majorado - Ação parcialmente procedente - Apelo desprovido, recurso adesivo parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação e recurso adesivo interpostos contra sentença proferida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba, que julgou parcialmente procedente ação indenizatória, para condenar os réus a pagarem, solidariamente, indenização por danos materiais no valor de R$ 1.772,02 (um mil, setecentos e setenta e dois reais e dois centavos), bem como indenização por danos morais, no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais). Condenou-se as rés, por fim, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento do valor da condenação) (fls. 429/431).

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), após reiterar as razões do recurso de agravo retido interposto contra decisão que inferiu pedido de denunciação à lide, deixou de reconhecer ilegitimidade ativa e indeferiu pedido de depoimento pessoal da autora, sustenta que foi negada prestação jurisdicional, sendo incompleta aquela prestada. No mérito, sustenta

Acesso ao Sumário

que o laudo pericial apresentado cuida de mera opinião do "expert", sem qualquer respaldo técnico-científico. Aduz que inexistem, nos autos, informações acerca dos índices pluviométricos na data dos fatos, não se podendo afirmar que a indevida absorção de águas pluviais no sistema interno de esgoto do imóvel não causaria seu colapso e consequente transbordamento. Salienta que a prova pericial produzida é imprestável para comprovar sua responsabilidade pelos eventos narrados na exordial. Argumenta que a ação deve ser julgada improcedente ou, de forma alternativa, deve ser reconhecida a culpa concorrente da autora, uma vez que o sistema interno de águas pluviais da autora é irregular, havendo interligação com o sistema interno de esgotamento sanitário. Salienta que os danos morais não foram comprovados e que a indenização foi fixada em valor excessivo. Sustenta que a autora foi sucumbente na maior parte de seus pedidos, cabendo redistribuição das verbas de sucumbência de maneira proporcional. Pede reforma (fls. 442/466).

A autora apresentou recurso adesivo sustentando, em síntese, que, em razão do longo período de tempo entre as primeiras reclamações e a efetiva realização da perícia, ou seja, mais de três anos, não foi possível precisar os danos materiais suportados. Argumenta que passou por período traumático, convivendo com mau cheiro e risco de infecção, cabendo a majoração da indenização por danos morais. Pede reforma (fls. 556/570).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 546/555 e 574/578).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 582).

É o relatório.

A autora narra, na petição inicial, em suma, que é proprietária do imóvel situado na rua São Benedito, 635, Município e Comarca de Caraguatatuba e que no imóvel vizinho, está instalado um salão para festas. Noticia que, após início das atividades do imóvel vizinho, passou a enfrentar transtornos decorrentes do transbordamento de esgoto sanitário dentro de sua residência. Explica que contratou profissional para realizar limpeza e conserto, ocasião em que não foi verificada nenhuma irregularidade em suas instalações internas. Afirma que a requerida Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), ao realizar vistoria, constatou que o problema era causado em virtude de ramal de coletora, construído um "gato" pela requerida Construtora e Terraplanagem Brasil Ltda., empresa contratada pela concessionária ré. Pede a condenação das requeridas ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 3.544,04 (três mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e quatro centavos) e de indenização por danos morais, no valor de R$ 21.720,00 (vinte e um mil, setecentos e vinte reais) (fls. 01/09).

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), após denunciar a Construtora Rezende Ltda. à lide e suscitar preliminar de

Acesso ao Sumário

ilegitimidade ativa, sustenta que todas as normas técnicas foram observadas na ligação do ramal, sendo o retorno do esgoto sanitário resultado de chuva e má utilização da rede de esgoto por parte da requerente (fls. 160/180).

Citada (fls. 142), a ré Construtora e Terraplanagem Brasil Ltda. deixou de apresentar contestação.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação e as partes pretendem reforma.

De início, nega-se provimento ao agravo retido interposto pela SABESP (fls. 256/264).

Apesar de ser anunciada a celebração de um contrato, com potencial enquadramento no inciso III do artigo 70 do CPC de 1973 (correspondente ao inciso II do artigo 125 do CPC de 2015), a denunciação à lide proposta não mereceria, de toda maneira, ser admitida, pois implicaria num alargamento demasiado grande da cognição, com a necessidade de investigação de outros fatos estranhos à causa de pedir originalmente deduzida na petição inicial. Seria necessário investigar, então, como foi aprovado o projeto de construção do ramal de escoamento de esgoto em relevo e, na espécie de intervenção de terceiros discutida, sempre é vedada a intromissão de fundamento novo, com a introdução de uma nova demanda no mesmo processo (Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 40ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p. 207, nota 11b ao art.70). Persiste, concretamente, um óbice à admissão da denunciação à lide.

Além disso, a presente ação ostenta natureza pessoal, tendo sido formulado pleito puramente indenizatório, sem que seja necessária a demonstração formal da titularidade do domínio, o que só seria possível mediante a exibição de certidão expedida por Oficial de Registro de Imóveis. Basta, para a confirmação da legitimidade ativa, na espécie, a apresentação da documentação já acostada aos autos, em particular do "espelho" do lançamento do imposto predial (IPTU) (fls.17) e da fatura da conta de energia elétrica emitidos em nome da autora.

Por fim, a oitiva da autora, em depoimento pessoal, era desnecessária. Foram apresentadas provas documentais e foi produzida prova pericial, o que mostrou-se suficiente para o julgamento da ação, de maneira que não há nulidade processual para ser reconhecida.

Não há justificativa plausível, diante do teor da controvérsia, ter como imprescindível o proposto depoimento pessoal, constituindo atribuição do magistrado, nos termos do artigo 130 do CPC de 1973 (correspondente ao artigo 370 do CPC de 2015), a solução rápida das causas, com o indeferimento de provas tidas como inúteis para o esclarecimento de matéria fática.

Da mesma forma, as preliminares do apelo não merecem prosperar, inexistindo negativa ou incompletude da prestação jurisdicional.

Acesso ao Sumário

Não há que se cogitar de ausência de fundamentação da sentença recorrida, tendo ela sido formulada com fundamentação suficiente para que sejam conhecidas as razões que levaram ao veredicto pronunciado (art. 93, inciso IX da Constituição da República e art. 165 do CP de 1973).

O próprio teor das razões recursais evidencia que a motivação foi exposta e é de conhecimento integral da recorrente, inexistindo invalidade processual.

O conjunto probatório foi avaliado, sendo, a partir da perícia, afirmada a inadequação da atuação da SABESP, expressando o juiz sua convicção, extraídas as consequências direta dos pedidos formulados.

Superadas as questões preliminares, passa-se ao exame do mérito.

É fato incontroverso o extravasamento contínuo de esgoto no imóvel da autora, divergindo as partes em relação aos motivos que levaram ao retorno do esgoto, bem como em relação aos danos daí decorrentes.

O perito oficial destacou que não há nenhum tipo de lançamento de lixo em vaso sanitário, pias ou ralos no imóvel da autora, bem como que a caixa de gordura recebe limpeza periódica e que a caixa de inspeção existe em tamanho adequado e possui a impermeabilização necessária. O "expert" salientou, ainda, que: "existência ou inexistência de lançamento indevido de lixo; parte da água com escoamento para a caixa de inspeção, inclinação correta. Não são os fatores que propiciaram os estragos ao imóvel da autora" (fls. 369).

Ao responder quesitos da requerente, o perito esclareceu que houve interligação de ramais de rede coletora de esgoto do imóvel vizinho com a rede coletora de esgoto do imóvel da autora, trazendo prejuízos (fls. 371).

O perito concluiu, também, que: "danos ocorridos em função do serviço realizado pela empresa terceirizada através da concessionária SABESP (requerida) de forma ineficiente (incompleta) que trouxe prejuízos ao imóvel da autora, serviços estes que tiveram que serem refeitos por outra empresa contratada pela própria requerida SABESP, que solucionou o problema individualizando os ramais dos imóveis envolvidos" (fls. 370).

Acesso ao Sumário

O "expert", por fim, em resposta à impugnação da requerida, afirmou que o imóvel da autora recebia dejetos de esgoto do imóvel ao lado, onde funciona um salão de festas, pois as redes estavam interligadas (fls. 399).

O laudo pericial apresentado é conclusivo, não havendo qualquer fundamentação técnica para afastá-lo.

Para que fosse deferida a realização de um novo exame, a recorrente deveria apontar, de maneira concreta e específica, alguma falha no exame já realizado, não cabendo a mera insurgência pela conclusão lhe ser desfavorável.

Pela perícia, é prestada uma assistência ou colaboração intelectual ao juiz, para que seja possível a formação do convencimento e a emissão de um

veredicto, solucionando uma demanda que envolva matéria técnica e específica. O juiz "toma de empréstimo o intelecto e os sentidos do perito, para suprir deficiente conhecimento de particular critério decisório que a lei postule para o caso", persistindo, como derivação da própria natureza deste meio de prova, um "poder discricionário no exercício de iniciativa na determinação da prova e na deliberação da segunda perícia", diante da ausência de invalidade e da afirmação da insuficiência do exame (2º TACSP, AI 155.359, 5ª Câm., rel. Juiz Cezar Peluso, j. 16.3.1983).

Uma segunda perícia, excluída a hipótese de invalidade, só é admitida se o primeiro laudo produzido, somados os eventuais elementos fornecidos em parecer elaborados por assistentes técnicos, for insatisfatório e insuficiente, conforme avaliação do julgador (STJ, REsp 24.035-2- RJ, 4ª T, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 4.9.1995, p.27834; Moacyr Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. IV, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p.376-7). Este não é o caso.

Assim, restou demonstrado que os prejuízos sofridos pela autora, com retorno de esgoto sanitário em seu imóvel, foram produzidos por culpa exclusiva das rés, em razão da ligação do ramal de coleta de esgoto do imóvel vizinho ao imóvel da autora, não cabendo cogitar de culpa concorrente.

No tocante aos danos materiais, o perito avaliou que, com base em valores de mercado à época, a indenização solicitada foi calculada com majoração em torno de 50% (cinquenta por cento), cabendo a fixação do "quantum" correspondente em R$ 1.772,02 (um mil, setecentos e setenta e dois reais e dois centavos).

Nesse aspecto, cabe parcial provimento ao recurso adesivo da autora. O perito, ao analisar os gastos suportados, destacou que a indenização solicitada para cobrir danos decorrentes de mão de obra, areia e brita foi estimada com majoração. Ocorre que a autora demonstrou, também, ter suportado gastos com serviço de limpeza, tendo comprovado despesa no montante de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) (fls. 60). Assim, ainda que reconhecida a majoração da estimativa elaborada, cabe esclarecer que o "expert" não levou em consideração despesas com limpeza, razão pela qual cabe acrescentar, ao valor apontado pelo perito, o montante de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), ficando as requeridas, então, condenadas ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 2.122,02 (dois mil, centos e vinte e dois reais e dois centavos).

Por fim, a condenação das requeridas ao ressarcimento de danos morais deve ser mantida.

Em razão do retorno de esgoto em sua residência, a autora, por longo período de tempo, suportou mau cheiro e teve comprometida sua saúde,

Acesso ao Sumário

enfrentando angústia, sofrimento e dor.

Foi atingida em seus direitos de personalidade, sofrendo aflição psicológica e de angústia no espírito. Não se vislumbra a persistência de simples aborrecimentos e decepções, mas de uma situação mais grave, por envolver perigo de saúde, causando dissabor e preocupação, tudo de maneira injustificada.

O critério na fixação do "quantum" da indenização deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, se, por um lado, a indenização destina-se a recompor o patrimônio moral atingido pelo ato ilícito e, também, a impedir a reiteração de atos análogos, por outro lado, não pode servir de fonte de enriquecimento indevido. Neste sentido é que se orientou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "Na fixação do dano moral, deve o Juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsp. nº 85.205 - RJ, *in* RSTJ 97/280).

A indenização fixada é insuficiente para reparar o sofrimento e a angústia naturalmente decorrentes da conjuntura fática noticiada.

O evento em pauta ensejou o surgimento de uma situação de especial gravidade, tendo a residência da autora, por longo período de tempo, suportado retorno de esgoto sanitário.

A noção de pessoa é recebida pelo ordenamento jurídico com toda uma carga axiológica natural. Todas as pessoas encerram uma série de valores imanentes e sua dignidade, como centro de sua personalidade, merece a maior proteção possível.

Com importante amplitude, na atualidade, o direito privado, como derivação do disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República, procura resguardar os bens imateriais inerentes à existência de seres guiados pela racionalidade.

Qualquer dos componentes do conjunto de atributos e características naturais à personalidade, como objeto de direito, impõe um dever universal (oponível "erga omnes") de abstenção e não pode ser agredido, sob pena de que, como reação, o autor do ato seja sancionado (Eroulths Cortiano Junior, Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, *in* "Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", coord. Luiz Edson Fachin, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, pp.42-5; Gustavo Tepedino, A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil - Constitucional Brasileiro, *in* "Temas de Direito Civil", Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pp.25-9).

Entre os atributos da personalidade, como um dos bens mais caros a qualquer pessoa, acha-se o resguardo ou a inviolabilidade de sua residência, lugar onde repousa sua intimidade.

Acesso ao Sumário

No caso concreto, a incolumidade da residência foi vulnerada e, conjugados os artigos 1º, inciso III e 5º, incisos X e XI da Constituição da República, identifico ter sido maculada a esfera de proteção jurídica da personalidade de cada um dos assinalados autores, o que implicou em evidente sofrimento, o qual supera o mero desconforto e, como resultado, dano moral (Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, Saraiva, São Paulo, 1996, pp.45-7).

Cabe, aqui, majorar o valor da indenização por danos morais para o montante de R$ 12.000,00 (doze mil reais), mais consentâneo com o teor do evento danoso, mantida, em tudo o mais, a sentença atacada. A atualização monetária deverá ser feita a partir da data do primitivo arbitramento da indenização por dano moral, ou seja, da data da sentença, e dos desembolsos, com respeito ao ressarcimento do dano material, mantidos os critérios estabelecidos para os juros de mora.

No mais, a sucumbência foi fixada com adequação, tendo a autora sucumbido de parte mínima de seu pedido e considerado, no mais, o disposto na Súmula 326 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Nega-se, por isso, provimento ao apelo da ré, dando-se parcial provimento ao recurso adesivo da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1106843-41.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOVA PONTOCOM COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 26ª 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 38.537)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2017.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA VIRTUAL DE BENS MÓVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MANUTENÇÃO DO PREÇO PROMOCIONAL E DE ESTOQUE DOS BENS EM OFERTA. OBRIGATORIEDADE.

Acesso ao Sumário

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 30. DIREITO DO CONSUMIDOR. 1. Não há cerceamento de defesa se as questões versadas, conquanto de direito e de fato, não exigem dilação probatória. 2. A ré, administradora de lojas eletrônicas, está obrigada a manter o preço promocional e o estoque dos bens em oferta até o encerramento da compra eletrônica, não podendo alterar os preços das ofertas dos bens inseridos no "carrinho de compras" sendo vedado o cancelamento imotivado das compras já aperfeiçoadas, ressalvada a possibilidade de informação clara ao consumidor do tempo em que os produtos permanecerão em tal situação. Inteligência e aplicação do artigo 30 do CDC. 3. A multa pelo descumprimento da obrigação visa dar efetividade ao julgamento. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls.363/370, integrada às fls.378/379 e 442/443, que julgou procedente a demanda, condenando a ré a: a) cumprir ofertas vinculadas em sua loja virtual, sob pena de multa no valor de R$ 100.000,00 por oferta que descumprir; b) não realizar anúncios, ofertas ou publicidade de produtos que não disponha em estoque, ou que apresente preços diversos para um mesmo produto, sob pena de multa de R$100.000,00, sujeita a correção, para cada descumprimento, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual nº 6536/89; c) a pagar genericamente os eventuais danos morais e materiais causados aos consumidores prejudicados; d) divulgação da decisão condenatória pelos meios de comunicação. Diante da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais. Deixou de arbitrar honorários advocatícios, em razão do disposto no art. 128, § 5º, II da CF/88.

Pleiteia a apelante a reforma do julgado alegando preliminarmente a ocorrência de cerceamento de defesa, eis que seria necessária a realização de perícia técnica a fim de elucidar o modo de operação da apelante, o qual se assemelha a todas as demais plataformas de comércio eletrônico existentes no Brasil. Não podia, portanto, o julgamento ocorrer sem levar em consideração aspectos significantes e próprios do comércio eletrônico, os quais inviabilizam a manutenção do serviço prestado nos termos pretendidos pelo autor. Argumenta a inexistência de interesse de agir, eis que a instauração do inquérito civil que deu origem à demanda foi motivada por representação oferecida por um único

Acesso ao Sumário

consumidor, tendo a sentença fundamentado a decisão em uma única reclamação extraída do *site* "ReclameAqui", que não possui um mínimo de veracidade e não pode ser utilizado como fonte oficial e imparcial para obtenção de dados, isso porque não possui qualquer processo de triagem ou controle com relação às informações ali vinculadas, conforme exposto em seu próprio "Termo de Uso". Ademais, tal *site* consiste em fonte informal e não oficial de informações, e mesmo as reclamações apresentadas pelo autor na inicial correspondem aproximadamente a zero, se comparado o número com a população total brasileira e com o número de entregas realizadas pela ré. Afirma ainda estar ausente o interesse de agir eis que os pedidos formulados na inicial consistem no mero cumprimento de norma já instituída no ordenamento pátrio e cuja fiscalização já vem sendo feita pelas autoridades competentes pela via administrativa. No mérito, discorre sobre sua loja virtual, o crescimento das vendas, o desinteresse em desrespeitar o consumidor. Sustenta que por se tratar de loja virtual, a dinâmica de precificação e concorrência é muito mais rápida e intensa do que no varejo de loja física, sendo equivocada a ideia generalizada de que a simples inserção de um produto no carrinho caracteriza a compra ou mesmo reserva de determinado produto, não tendo, tal ato, o condão de garantir o preço ou mesmo a existência de estoque. Argumenta que de todas as reclamações apresentadas pelo autor, nenhuma delas demonstra problemas após a conclusão da compra. Aponta que no ambiente virtual é dinâmica a apresentação de ofertas especiais, sendo que a maioria das promoções é efêmera. Quanto ao alegado cancelamento das compras, afirma que este jamais se dá de maneira imotivada, ocorrendo, por exemplo, em virtude de não aprovação do pagamento pela operadora de cartão de crédito ou mesmo em virtude de apresentação de inconsistências nos dados informados, sendo certo que, em tais ocasiões, o consumidor é contatado e informado sobre os problemas e, no caso de dados incorretos de cartão de crédito, a compra é cancelada imediatamente. Salienta que algumas divergências ou desencontros entre o SAC e o consumidor são possíveis de ocorrer, considerando o volume de vendas que são operacionalizadas diariamente e considerando, ainda, o acesso 24h ao *site* e, principalmente, o horário de atendimento do Serviço de Atendimento ao Consumidor. Entretanto, a Apelante jamais deixa de dar qualquer justificativa ou mesmo orientação ao consumidor que teve sua compra cancelada. Discorre sobre a não vinculação da oferta em caso de verificação de erro crasso. Argumenta não ser verdade que realize a venda de produtos fora de estoque, eis que seu sistema torna imediatamente impossível ao consumidor enviar tal produto ao carrinho nesse caso. Aponta a inexistência de danos morais e materiais aos consumidores individualmente considerados, levando-se em conta a pequena quantidade de reclamações apuradas em dois anos de fiscalização, não havendo provas de efetivo prejuízo aos consumidores para que seja justificada a defesa de um direito individual

Acesso ao Sumário

homogêneo, descrevendo as situações eventualmente experimentadas pelos consumidores como mero aborrecimento. Entende ser abusivo e desarrazoado o valor das multas arbitradas em caso de descumprimento das obrigações.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois a dilação probatória pretendida era absolutamente prescindível ao deslinde da questão que já se encontrava em condições de julgamento.

E como é cediço, o julgamento antecipado da lide, atendidas as determinações da lei, evidentemente não importará em cerceamento de defesa, pois decorre de expressa previsão contida na lei processual, restando este entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode inferir dos seguintes arestos:

"O julgamento antecipado da lide, quando a questão proposta é exclusivamente de direito, não viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório" (STF - 2ª Turma, Ag. 137.180-4-MA, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 5.6.95, negam provimento, v.u., DJU 15.9.95, p. 29.512, 2ª col., em.).

"Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia" (STJ-4ª Turma, Ag 14.952-DF-AgRg, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91, negaram provimento, v.u., DJU 3.2.92, p. 472, 2ª col., em.).

Ora, não esclareceu a requerida quais peculiaridades exatamente pretendia demonstrar no sistema de sua loja eletrônica que a eximissem da obrigação de fazer pleiteada na inicial.

E mesmo que demonstrado que seu sistema eventualmente não é apto a cumprir a determinação judicial, tal fato não a desobrigaria do cumprimento da legislação.

Assim, não demonstrada a utilidade da prova que pretendia produzir, não há que se falar em cerceamento de defesa.

A preliminar de falta de interesse de agir será analisada juntamente com o mérito.

O recurso merece prosperar parcialmente, apenas para o fim de excluir a condenação ao pagamento da indenização por danos morais.

Em primeiro lugar, cabível o ajuizamento da presente ação civil pública em defesa dos direitos dos consumidores que adquirem produtos nas lojas eletrônicas administradas pela requerida, tendo o Ministério Público demonstrado que vários consumidores relataram os problemas apontados na

Acesso ao Sumário

inicial, ou seja, os preços anunciados sofriam alteração para maior quando do fechamento da compra, que, ademais não pode ser finalizada ou cancelada por falta de estoque do produto anunciado.

Tais condutas infringem a lei de proteção ao consumidor, especialmente o disposto no art. 30, segundo o qual "***toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado***", e, diante disso é impertinente a alegação de ausência de interesse de agir pois, a presente ação pretende apenas o cumprimento do citado dispositivo legal.

Assim, claro está que não pode a requerida, nas lojas eletrônicas que administra, alterar o valor da oferta depois que o consumidor iniciou o procedimento de compra incluindo o produto no "carrinho de compras", local em que são reunidos todos os produtos para que seja realizado de uma só vez o procedimento de pagamento e fornecimento de dados para entrega.

Note-se que das telas apresentadas pela ré, verifica-se que após o consumidor incluir determinado item no "carrinho de compras", este pode claramente escolher entre concluir a compra ou "comprar mais produtos" (fls.462), não havendo qualquer informação de que, caso não conclua a compra naquele exato momento em que incluiu o item no "carrinho", as condições de preço e estoque não estariam garantidas.

E se a própria requerida aponta serem efêmeras as condições apresentadas de maneira promocional aos consumidores, mostra-se efetivamente abusiva sua conduta considerando o enorme alcance que possui sua loja eletrônica perante os consumidores, vez que ao divulgar determinado preço vantajoso, a requerida atrai sua atenção para toda sua loja, tendo evidente vantagem com o acesso do consumidor. Assim, não pode realizar ofertas "efêmeras" e de curtíssima duração que não garantam ao consumidor a possibilidade de, mesmo tendo inserido o produto no "carrinho de compras" aperfeiçoar a transação.

Por óbvio que a inserção do produto no "carrinho de compras" pode ter limitação de tempo razoável, mas disto o consumidor tem de ser claramente e objetivamente informado. Ademais, a inserção do produto no "carrinho" é demonstração inequívoca do interesse na aquisição. Logo, compete-lhe manter estoque necessário ao atendimento da demanda.

De outro lado, quanto às reclamações relacionadas ao cancelamento imotivado das compras, não nega a requerida a ilegalidade do ato, mas limita-se a afirmar que jamais cancelou pedidos de forma imotivada, sempre esclarecendo as razões do cancelamento ao consumidor, que geralmente estão ligadas a problemas no pagamento ou nas informações cadastrais fornecidas.

Acesso ao Sumário

Neste caso, no entanto, não há razões para a reforma da tutela, cabendo à requerida certificar-se de que, quando cancela determinado pedido já aperfeiçoado pelo consumidor, o faz de forma clara e motivada, inclusive fornecendo oportunidade ao consumidor para sanar eventual irregularidade no pagamento ou pedido, sob pena de ficar caracterizado o abuso no cancelamento e incidir a multa arbitrada.

E sem razão a requerida ao tentar desqualificar as informações obtidas pelo *parquet* perante *site* "(endereço eletrônico constante no texto original)", reconhecido notoriamente[1] por receber e publicar reclamações realizadas em razão de problemas enfrentados por consumidores, permitindo aos fornecedores oportunidade de solucionar publicamente tais questões.

E ainda que argumente a requerida que em números relativos são poucas as reclamações de consumidores insatisfeitos, o fato é que dado o vultoso número de transações realizadas, os números absolutos registrados são relevantes o suficiente a justificar a pretensão do Ministério Público, eis que são milhares os consumidores atingidos pela conduta da ré, cabendo lembrar que somente uma parcela desses manifesta sua insatisfação através de meios de comunicação e defesa dos direitos do consumidor. Vale dizer, presume-se que a grande maioria dos consumidores ao verificar a alteração do preço do produto simplesmente deixa de concluir a compra, sem registrar a sua insatisfação e formalizar qualquer reclamação, e isto ocorre-se, sabe-se, com frequência, mostrando-se, portanto, relevante o número de reclamações registradas.

Em suma, deve a requerida cumprir as ofertas disponibilizadas nas lojas eletrônicas que administra, não alterando o preço das ofertas quando da inserção do produto no "carrinho de compras", garantindo as condições de preço e estoque enquanto o produto estiver inserido em tal "carrinho de compras", ressalvada a possibilidade de informação clara ao consumidor do tempo em que os produtos permanecerão em tal situação, sendo vedado o cancelamento imotivado das compras já aperfeiçoadas, cabendo à requerida informar de maneira clara e objetiva, além de possibilitar ao consumidor oportunidade de reparar eventual problema no pagamento ou mesmo no cadastro da compra.

Doutra banda a multa arbitrada não merece qualquer reparo ou minoração.

O eminente NELSON NERY JÚNIOR ("in" Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 9ª ed., RT., p. 598), ao analisar o artigo 461, § 4º, do CPC/73, diz com a costumeira propriedade:

> ***"Imposição de multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória.***
>
> ***O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta,***

Acesso ao Sumário

1 (endereço eletrônico constante no texto original)

pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista do seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz".

Portanto, a multa arbitrada visa apenas forçar o cumprimento da tutela, devendo ser mantida no valor fixado que não se mostra excessivo, especialmente considerando o poderio financeiro da empresa ré.

Por fim, um único reparo merece a sentença proferida, eis que a conduta narrada na inicial, abstratamente, não se presta a configurar o dano moral, cabendo a análise, em ações individuais, dos casos específicos e dos eventuais prejuízos causados aos consumidores que entendam ter sofrido abalo moral em virtude dos problemas enfrentados nas lojas eletrônicas administradas pela ré.

Assim, ainda que se reconheça a ilegalidade de sua conduta, e seja devido o provimento cominatório, sob pena de incidência de multa, o abalo moral deve ser analisado caso a caso, em ações individuais movidas por consumidores que se entendam prejudicados.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001185-88.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante GABRIEL SOUSA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ITACUÃ COMERCIAL DE VEÍCULOS LTDA. e VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28109)**

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

São Paulo, 7 de maio de 2017.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA DE VEÍCULO NOVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. FUNDIÇÃO DO MOTOR POR SUPERAQUECIMENTO, GERADO PELA QUEBRA, POR OBJETO EXTERNO, DA CORREIA POLY-V. DANO NÃO COBERTO PELA GARANTIA CONTRATUAL. PROVA PERICIAL CONCLUSIVA ACERCA DA CAUSA DO DEFEITO. AÇÃO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação digital (fls. 217/224, sem preparo, por isenção, fls. 29/30) interposta contra a r. sentença de fls. 210/213 (da lavra do MM. Juiz Sidney Tadeu Cardeal Banti), cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a benesse da gratuidade processual de que goza.

Alega o autor e apelante, preliminarmente, que houve cerceamento defensório, na medida em que pretendia produzir prova oral. No mérito, sustenta, em extrema síntese, que a conclusão não pode se basear exclusivamente no laudo pericial, que não definiu o que ocasionou a ruptura da correia. Pede a nulidade da r. sentença ou, em última hipótese, a reforma do julgado.

O recurso é tempestivo (fls. 216 e 217) e foi recepcionado em primeiro grau (art. 1010 e seguintes do NCPC), preenchendo as suas necessárias condições de admissibilidade.

Vieram contrarrazões às fls. 228/231 e 232/239.

É o relatório.

Busca o autor a recomposição do preço pago pelo conserto do motor do veículo novo adquirido das rés, além de danos morais. Sustentou a aquisição do bem e de sua quebra ainda no período de garantia, cujo conserto foi negado a pretexto de não se tratar de defeito de fabricação, mas de outro gerado por intercorrência externa.

O julgamento no estado da lide não cerceou o direito de defesa do apelante. A petição inicial foi instruída com documentos e a contestação os enfrentou, seguindo-se com a produção de prova pericial conclusiva, aliás, única capaz de definir os pontos controvertidos dos autos. As partes tiveram oportunidade de discutir e repudiar os pontos que entenderam adversos aos seus propósitos. Deu-se a satisfação dos princípios constitucionais da amplitude de defesa e do contraditório.

Acesso ao Sumário

Depreende-se dos autos que os documentos acostados estão de forma clara, tratando-se de questão de direito e de fato, esclarecida, a contento, por meio da perícia realizada. O r. Juízo "a quo" sentiu-se habilitado e conheceu do pedido, entregando a prestação jurisdicional. Nesse sentido:

> **"Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe deliberar sobre a necessidade ou não de sua realização, bem como da sua extensão."[1]**
>
> **"O julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento do direito de defesa, quando a matéria controvertida permitir a formação do convencimento judicial, através das provas documentais e demais elementos objetivos existentes nos autos."[2]**
>
> **"Se as provas dos autos foram suficientes para o julgamento do feito, não se vislumbra caracterizado qualquer cerceamento de defesa."[3]**

O enfoque dado pelo magistrado é o que deve persistir à vista de tudo o que se produziu nos autos. A questão era puramente técnica e deve ser considerada, pois, sob o crivo dado pela perícia, que pairou sob o inequívoco crivo do contraditório (fls. 151/170).

A prova pericial realizada foi irrefutável ao aferir que a causa da fundição do motor do veículo do autor foi a quebra da correia Poly-V (alternador), por objeto externo, o que gerou a paralisação do funcionamento do radiador, culminando no superaquecimento do motor e sua consequente fundição, sendo desimportante, a esta consideração, qual o tipo de objeto ou de batida que gerou o rompimento do material.

O que teve relevo nos autos e isso da prova pericial se extrai, é que a quebra da correia não foi gerada por defeito da peça ou por ressecamento, gerado pelo seu tempo de uso etc., mas por que sofreu algum tipo de impacto, cuja responsabilidade não pode às rés ser carreada, sob o pretexto de se tratar de veículo na garantia.

Assim concluiu o vistor, em excerto mais relevante: *"...Percebe-se que a correia danificada não apresenta fissuras, danos nas estrias ou ressecamentos que possam ter motivado sua ruptura. Portanto, é razoável a hipótese de que o dano tenha sido produzido por um corpo estranho em contato com a correia em movimento. Esta correia aciona a bomba d´água do motor, e sua ruptura interrompe a circulação de líquido de arrefecimento, levando o motor ao superaquecimento..."*. (fl. 161).

Ainda, *"...O dano do motor ocorreu devido a superaquecimento, em decorrência da ruptura da correia Poly-V Elástica, que deixou de impulsionar*

Acesso ao Sumário

1 - TJSP - AI 895.419-00/2 - 35ª Câm. - Rel. Des. MENDES GOMES.

2 - TJSP - Ap. s/ Rev. 854.502-00/2 - 35ª Câm. - Rel. Des. ARTUR MARQUES.

3 - ext. 2º TACivSP - Ap. c/ Rev. 538.259 - 6ª Câm. - Rel. Juiz LUIZ DE LORENZI.

a bomba d´água e interrompeu o fluxo de líquido no sistema de arrefecimento. Independentemente do que possa ter ocasionado a ruptura da correia Poly-V Elástica, é importante destacar que o superaquecimento do motor não é instantâneo, e que poderia ter sido percebido através do instrumento de indicação de temperatura do motor existente no painel do veículo. Ao perceber o aumento da temperatura, o condutor deveria ter parado o veículo e desligado o motor, providenciando sua remoção para uma oficina onde o defeito pudesse ser identificado e corrigido. Não procedendo desta forma, ao manter o veículo em funcionamento com o motor sem refrigeração, houve superaquecimento, com a deterioração do lubrificante e o aumento do atrito entre as peças de contato deslizante, o que provocou o dano que popularmente denominado 'motor fundido'. Portanto, este Perito conclui que o dano do motor não foi decorrente de defeito de fabricação ou vicio oculto em qualquer de seus componentes, mas da utilização do veículo em uma faixa de temperatura excessiva...".(fl. 162).

Tendo o laudo, pronunciado explicitamente sobre os pontos controvertidos nos autos, além de ter respondido a quesitos apresentados pelas partes (fls. 163/166), com exposição fotográfica detalhada, nenhuma impropriedade se vislumbra no trabalho técnico realizado, que deve ser prestigiado.

Assim, com esta constatação, notória a perda da garantia do veículo, claramente constante em termo contratual firmado (fls. 18/19), nada, pois, justificando o custeio pelas rés dos serviços e peças, cuja causa do defeito não foi apurada como sendo de fabricação do veículo ou outro, passível de reparação pelas rés.

Neste contexto, ainda, inegável a inocorrência do dano material e moral, ligados pelo nexo de causalidade, conforme exigência dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003112-90.2015.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA., é apelado ALAN BOVO.

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 34.905)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI

CHICUTA (Presidente) e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 9 de maio de 2017.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TV POR ASSINATURA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS - NÃO DISPONIBILIZAÇÃO E INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS - COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES - RECONHECIMENTO - RESTITUIÇÃO EM DOBRO DO VALOR PAGO - COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL - CABIMENTO - PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - MANUTENÇÃO DO VALOR ARBITRADO - RECURSO NÃO PROVIDO.

I - Constatado vício na prestação de serviço de TV por assinatura fornecido pela ré, que impossibilitou a utilização do serviço, e ainda exigiu a cobrança indevida de valores diversos do plano contratado, pertinente a condenação à restituição do valor pago pelo autor indevidamente, em dobro.

II - Diante da ausência do serviço contratado e da cobrança indevida por ele, o que revela ter extrapolado ao simples descumprimento contratual, de rigor a indenização por dano imaterial.

III - A quantificação da compensação derivada de dano moral deve levar em consideração o grau da culpa e a capacidade contributiva do ofensor, a extensão do dano suportado pela vítima e a sua participação no fato, de tal sorte a constituir em um valor que sirva de bálsamo para a honra ofendida e de punição ao ofensor, desestimulando-o e a terceiros a ter comportamento idêntico. No caso dos autos, o valor da indenização deve ser mantido.

VOTO

ALAN BOVO propôs ação de obrigação de fazer c.c. repetição do indébito e pedido de indenização por danos morais em face de **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.**

Acesso ao Sumário

A r. sentença de fls. 120/122, cujo relatório se adota e em nada modificada por força dos embargos aclaratórios (fls. 138), julgou procedente a ação, para, confirmando a tutela antecipada condenar a requerida na devolução, em dobro, do valor indevidamente cobrado de R$ 774,47; com correção monetária desde a data do pagamento e juros de mora a partir da data da sentença, assim como ao pagamento no valor de R$ 5.000,00; a título de danos morais com correção monetária desde a data da sentença e juros de mora desde a citação. Em face da sucumbência, condenou a requerida ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da condenação.

Inconformada, apela a ré almejando a reforma da r. sentença. Reitera, em síntese, os argumentos de sua contestação, no sentido de que não há que se falar em devolução de valores pagos pela autora, posto que todos os serviços contratados foram prestados, e mesmo que seja obrigada a devolver os valores apontados na inicial, deve ser feita de forma simples, e não em dobro, ante a ausência de má-fé da ré. No mais, aduz que não há danos morais a ser indenizados, vez que não houve qualquer ato de sua parte, ou de seus funcionários, que teria dado causa ao alegado dano. Subsidiariamente, pugna pela redução do valor da indenização arbitrado; tudo a ensejar, pois, o provimento recursal (fls. 156/170).

Em contrarrazões ao recurso, a apelada pugna pelo seu não provimento (fls. 176/181).

Originalmente o recurso foi distribuído à Egrégia 32ª Câmara de Direito Privado. Por força da Resolução nº 737/2016, os autos vieram conclusos a este Relator.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Segundo consta dos autos, o autor celebrou contrato de prestação de serviços de TV a cabo com a ré, em novembro de 2014, optou por contratar novo pacote denominado "combo Sky HDTV Slim 13+ Futebol - Brasileiro Série A + SP" possibilitando que assistisse todas as partidas da Série A dos campeonatos brasileiro e paulista. Contudo, houve o cadastro equivocado pela ré do serviço contratado sendo disponibilizado para o autor, pacote diverso do avençado denominado de "combo Sky HDTV Slim 13+ Futebol - Brasileiro Série B + SC" possibilitando que assistisse todas as partidas da Série B dos campeonatos brasileiro e catarinense. Após muitas reclamações, o problema persistiu até abril de 2015 e mesmo após receber a informação de que havia sido regularizado, o serviço foi novamente interrompido, sem razão, motivando o autor a mover a presente ação, pleiteando que a ré fosse condenada a devolver em dobro os valores cobrados em excesso e pagar indenização por danos morais.

O MM. Juiz *a quo*, diante das provas coligidas aos autos, julgou procedente

Acesso ao Sumário

o feito. Vem agora a ré pleitear a reforma da decisão. Mas sem razão, contudo.

Com efeito, versando o feito sobre relação de consumo, deveria a concessionária-ré, como fornecedora de serviços, ter assumido uma posição que contribuísse à solução do conflito, um comportamento sensível às impugnações e reclamações levados a efeito pelo consumidor. É seu dever aferir, realmente, da possibilidade de ocorrência de algum equívoco na prestação dos serviços, esclarecendo ao consumidor sobre o que está realmente ocorrendo, nos termos dos artigos 3º, IV, da Lei nº 9.472, e 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Como se viu, a ré não se desincumbiu do seu encargo, ou seja, de demonstrar de modo idôneo a existência de fato desconstitutivo do direito da autora, consubstanciado na efetiva prestação de serviços de forma contínua e eficiente. Pelo contrário: as provas nos autos fornecidas pelo autor indicam claramente que a ré não prestou os serviços contratados de forma adequada, além de ter interrompido os serviços de forma imotivada, posto que as faturas exigidas do autor estavam sendo pagas a contento e sem atrasos, passando a exigir valores diversos daqueles contratados (fls. 09 e 25/71).

Assim, deveria mesmo a ré ser condenada à devolução dos valores pagos a mais pela autora, nos termos da r. sentença impugnada. Ressalte-se, neste ponto, que os valores indicados deverão ser restituídos em dobro à parte autora, ante a expressa previsão do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que se aplica ao caso. Isso porque a ré não poderia ter exigido do autor os valores diversos daqueles contratados originalmente, e ainda aqueles cobrados durante o período em que o autor não teve os serviços a seu dispor, tudo nos exatos termos da decisão aqui atacada.

Também reputo como correto o acolhimento do pedido do autor para que a ré seja condenada ao pagamento de indenização por dano imaterial, pois se reconhece que o comportamento da requerida não se pautou pelo simples descumprimento de contrato, mas deste extrapolou.

Não só descumpriu com a avença havida, ao não resolver em tempo hábil os problemas apresentados, como cobrou pelas prestações mensais indevidas, jamais atendendo aos reclamos do consumidor que, insistentemente, requeria que a ré lhe fornecesse o produto contratado. Tal comportamento não gerou simples aborrecimento, mas sim sentimento de menos valia, de aviltamento de seu direito de consumidor, de frustração.

O dano moral, perfeitamente caracterizado na espécie, deve ter adequado arbitramento, atentando para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando em consideração não só a satisfação da vítima, um bálsamo ao sofrimento suportado, como também o caráter punitivo à ré, evitando-se, contudo, seja ele causa de enriquecimento sem causa por parte daquela.

Atento aos parâmetros acima traçados, creio que o valor eleito em primeira

Acesso ao Sumário

instância (R$ 5.000,00) bem atende à reparação moral almejada, respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, entendo que não são devidos os honorários advocatícios pela sucumbência do recurso, previstos no art. 85, § 1º do Novo CPC, vez que a publicação da sentença recorrida ocorreu antes da vigência do Código de Processo Civil atual, conforme dispõe o Enunciado Administrativo nº 7 do STJ: "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.*" (endereço eletrônico constante do texto original).

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002101-37.2013.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante VERÔNICA DA SILVA DONCEV ME, são apelados GREE AR CONDICIONADO, IAS INTERNACIONAL AIR SUPPLY COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA. e PONTO AR.

ACORDAM, em 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.516)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDGARD ROSA (Presidente), MARIA LÚCIA PIZZOTTI e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

EDGARD ROSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA DE APARELHOS DE AR CONDICIONADO - VÍCIO DE QUALIDADE DOS PRODUTOS CONFIGURADO - DANO MORAL CARACTERIZADO - DESCASO DAS RÉS EM DAR SOLUÇÃO ADEQUADA AO PROBLEMA, MANIFESTADO EM PERÍODO DO VERÃO, EM QUE É NOTÓRIA A ELEVADA TEMPERATURA EM REGIÃO LITORÂNEA - RECONHECIDO ABALO À IMAGEM DA AUTORA PERANTE A

CLIENTELA - INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL ARBITRADA EM R$ 10.000,00. - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de tempestivo e preparado recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 159/63, que julgou procedente em parte a ação indenizatória, para condenar as rés à devolução do preço pago pelos aparelhos de ar condicionado adquiridos pela autora e que apresentaram vício de qualidade.

Irresignada, a autora recorre insistindo no pedido de reparação por danos morais. Afirma que o dano moral reside no fato de que no período mais quente do ano esteve impossibilitada de utilizar os aparelhos de ar-condicionado, tendo perdido funcionários e clientes, que não suportaram o calor no ambiente da loja. Tais problemas são evidentes, por se tratar de pessoa jurídica, localizada em cidade litorânea, tendo o vício se manifestado no período mais quente do ano. Sustenta a possibilidade de reconhecimento do dano moral da pessoa jurídica.

Não houve contrarrazões.

Recurso processado sob a égide do CPC/73 e redistribuído a este Relator, por sorteio, em cumprimento à Resolução nº 737/2016 - TJSP.

É o relatório.

Verte dos autos que a autora, em abril de 2012, adquiriu 5 aparelhos de ar condicionado da marca GREE AR CONDICIONADO, junto à empresa IAS INTERNATIONAL AIR SUPPLY COMERCIAL E SERVIÇOS, instalados pela empresa PONTO AR, pelo valor de R$ 20.499,97. Contudo, após alguns meses de uso os aparelhos apresentaram problema, não solucionado, em que pese o atendimento prestado pela assistência técnica; ante a impossibilidade de solução extrajudicial, foi ajuizada a presente demanda indenizatória, em que além da reparação por danos materiais, foi requerida a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais. Fundamentou a autora o pedido no fato de que ficou impossibilitada de utilizar os aparelhos de refrigeração no período mais quente do ano.

A r. sentença rejeitou o pedido de reparação por danos morais, contra o que a autora se insurge.

Preservado o entendimento do eminente Magistrado, o recurso comporta provimento.

A autora é empresa dedica ao "*comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios (roupas e acessórios infantis); comércio varejista de móveis de uso infantil; comércio varejista de artigos de cama, mesa e banho de uso infantil; comércio varejista de brinquedos e artigos recreativos.*" (fls. 11)

Ficou demonstrado nos autos que a primeira ordem de serviço para reparo dos aparelhos de ar condicionado foi aberta em dezembro de 2012 (fls. 18).

Acesso ao Sumário

Nesta data foi constatado que os aparelhos apresentavam problema no coxim de conexão do motor, sendo entregues pela fabricante, em janeiro de 2013, os adaptadores de eixo da turbina evaporadora para substituição (fls. 19), o que, no entanto, não resolveu o problema, tendo a autora requerido a troca dos equipamentos (fls. 21).

A vendedora acionou a fabricante informando que haviam sido abertas 5 ordens de serviço e substituídas peças dos equipamentos, mas que o vício persistia, noticiando o interesse da consumidora de substituir os equipamentos.

Os *e-mails* que instruíram a inicial permitem concluir que após o insucesso das tentativas de reparo dos equipamentos e ante o pedido de substituição apresentando pela consumidora, vendedora e fabricante iniciaram uma discussão sobre a responsabilidade pela solução definitiva do problema (fls. 21/27).

Por meio de tais documentos é possível aferir que o vício, ao que parece, manifestado em dezembro de 2012, até fevereiro de 2013 ainda não havia sido reparado, o que confirma a alegação inicial de que os equipamentos de refrigeração não estavam funcionando no período do verão, mais quente do ano.

Evidente o descaso das rés em resolver o problema da consumidora, pessoa jurídica dedicada ao comércio de produtos infantis, localizada em região litorânea, em que o aparelho de ar-condicionado, mais do que simples comodidade, constitui elemento de valorização da loja, garantindo bem estar aos clientes no período de compras.

Evidente que a compra de 5 aparelhos de ar condicionado, promovida em abril de 2012, constituiu investimento relevante com a finalidade de garantir melhor atendimento e valorização do negócio no período de férias e de temperaturas elevadas, justa expectativa da autora, frustrada em razão do descaso das rés em solucionar o problema com a brevidade necessária.

A opção das rés em prolongar a discussão a respeito da responsabilidade pelo reparo acarretou evidente dano moral à autora, pois atingiu seu bom nome perante os clientes, que, à evidência, não se sentiam confortáveis em permanecer em uma loja sem a refrigeração necessária, tendo em vista as elevadas temperaturas locais.

Acesso ao Sumário

Diante dessas circunstâncias, é evidente o padecimento moral da autora, porquanto a má prestação do serviço pelas rés expôs a sua imagem, na mesma medida em que a ambientação do seu estabelecimento restou prejudicada.

Por outro lado, ficou caracterizado o descaso das rés em resolver comezinha questão de assistência técnica, mesmo sabedoras da relevância do sistema de ar condicionado para o desenvolvimento da atividade comercial da autora.

Destarte, há, na espécie, dano moral indenizável.

Consoante lição de SILVIO DE SALVO VENOSA, na obra "Direito Civil",

volume IV, Editora Atlas:

"*Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. (fls. 33)... Levando em consideração que o dano moral atinge o complexo anímico ou o psiquismo da pessoa, é objeto de discussão também o fato de a pessoa jurídica poder ser vítima dessa modalidade de dano. Em princípio toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico. Não há como admitir dor psíquica da pessoa jurídica, senão abalo financeiro da entidade moral dos membros que a compõem. Aqui, sobreleva o aspecto comportamental. Nem por isso, porém, deixará de ser reparado um dano de natureza moral contra a pessoa jurídica: apenas, que, a nosso ver, esse dano moral sempre terá reflexo patrimonial. (fls. 36)*".

Nesse contexto, não se pode ignorar o prejuízo e exposição a risco da imagem da autora, pelo fato do serviço, haja vista as consequências naturais decorrentes da climatização inadequada do estabelecimento da autora, a ensejar a perda da clientela, o que é bastante para a configuração do dano moral.

Quanto ao valor do dano moral, não pode ele ser de tal monta que ocasione enriquecimento sem causa, nem ser diminuto, a ponto de não servir de desestímulo à repetição de ocorrência como a dos autos.

Entende-se, no caso, razoável a indenização por dano moral fixada no valor de **R$ 10.000,00** (dez mil reais), corrigido a partir deste julgamento, nos termos da Súmula 362 do STJ, contando-se os juros moratórios desde a citação.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada em **R$ 10.000,00**, corrigida a partir deste julgamento de 2º grau, com juros moratórios a partir da citação, mantida a disciplina da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 1023756-62.2015.8.26.0562, da Comarca Santos, em que são apelantes JOSÉ GARCIA NETO e FÁBIA CRISTINA ARAÚJO GARCIA, são apelados TROPICAL AGÊNCIA MARÍTIMA LTDA. e FRANCISCO CARLOS ZAMARRENHO GARCIA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.527)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores SERGIO GOMES (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 16 de maio de 2017.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Embargos de terceiro. Penhora que recaiu sobre imóvel. Aquisição do imóvel, pelos Embargantes, no curso da execução. Prova produzida que evidencia má-fé dos adquirentes, uma vez que o Embargante é irmão do Executado e vendedor do imóvel, de modo que tinha condições de saber da execução em curso, além de ser corretor de imóveis e habituado aos trâmites referentes à aquisição de imóvel. Sentença de improcedência mantida. Honorários sucumbenciais majorados para 11% do valor da condenação (art. 85, § 11, do CPC). Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de embargos de terceiro com julgamento de improcedência pela r. sentença de págs. 323/328, cujo relatório adoto, revogada a suspensão determinada na decisão de pág. 101, com determinação de prosseguimento da execução. Condenou os Embargantes ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 10% do valor da causa.

Embargos de declaração formalizados pelos demandantes (págs. 331/332), rejeitados pela r. decisão de págs. 334/335.

Apelam os Embargantes (págs. 338/344) com alegação, em síntese, que adquiriram o imóvel penhorado em 17/12/2012, prenotado para registro na data de 28/12/2012, do Executado Francisco Carlos Zamarrenho Garcia, que à época estava livre e desembaraçado de quaisquer ônus. Na data de 17/12/12, adquiriram o imóvel objeto da matrícula 29.133, pelo valor de R$ 400.000,00, com uma entrada de R$ 200.000,00 e o restante, financiado junto à Brazilian Mortgages Companhia Hipotecária, conforme cópias autenticadas do instrumento particular com força de escritura pública de compra e venda e financiamento com constituição de alienação fiduciária em garantia, emissão de cédula de crédito imobiliário e outras avenças. Tem-se que referido documento foi registrado pelos Embargantes junto ao Registro de Imóveis, na matrícula 29.133, a constituir prova documental da venda realizada na data mencionada. Para não deixar nenhuma dúvida acerca da propriedade do bem, tem-se que o

Acesso ao Sumário

oficial de Justiça, que realizou a penhora, informa que o mesmo tem ocupação atual de José Garcia Neto e Fábia Cristina Araújo Garcia, ora Apelantes. As testemunhas ouvidas confirmaram a versão dos Apelantes, o que comprova não ter ocorrido o "*consilium fraudis*". Para que haja a anulação, o adquirente precisa estar de má-fé. É o pressuposto subjetivo. A testemunha Irineu Ferreira de Bulhões confirmou que o imóvel foi adquirido pelos Apelantes em novembro de 2011. A testemunha Iolane Magalhães Soares foi categórica ao afirmar que os Apelantes adquiriram o imóvel no final de 2011. Juntou conta de energia datada de julho de 2012, que já se encontrava em nome do Apelante, a demonstrar que o mesmo já residia no imóvel, bem antes de transferi-lo para seu nome. O contrato de compra e venda foi pactuado em 17/12/2012 e registrado em 28/12/2012, com firma das assinaturas reconhecidas em cartório à época dos fatos. São legítimos possuidores do imóvel. A penhora realizada sobre o imóvel está fora dos parâmetros legais, tendo em vista que recaiu sobre bens de terceiro, ou seja, desde 28/12/2012 o imóvel não pertencia mais ao Sr. Francisco Carlos Zamarrenho Garcia e sim aos Apelantes. A constrição judicial ocorreu em 15/4/2015, quase três anos depois da compra e venda realizada pelos Apelantes. Não se pode decretar fraude à execução, uma vez que quando compraram o imóvel o mesmo foi alienado fiduciariamente para uma instituição financeira. Não tem e nunca tiveram nenhuma ligação com a dívida do Executado Francisco Carlos Zamarrenho Garcia. É caso de aplicação da Súmula 375 do STJ, uma vez que não está provada má-fé dos adquirentes do imóvel.

Preparo anotado (pág. 345). Ofertadas contrarrazões (págs. 349/359).

É o relatório.

Trata-se de embargos de terceiro em que pretendem os Embargantes seja cancelada a declaração de ineficácia da alienação e da penhora que recaiu sobre o imóvel matriculado sob o nº 29.133 do 2º Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Santos, com expedição de mandado de cancelamento da penhora. Sustentam que adquiriram o imóvel livre e desembaraçado, em dezembro de 2012, época em que a execução movida em face de Francisco Carlos Zamarrenho Garcia se encontrava garantida em razão da penhora de outros bens. Não ocorreu fraude e agiram de boa-fé.

Apesar da argumentação contida no recurso ofertado, a solução alvitrada pela r. sentença se mostrou adequada para a hipótese reportada nos autos.

Os Apelantes adquiriram o imóvel objeto da penhora nos autos da execução, processo nº 0038582-52.2011.8.26.0562, do Executado Francisco Carlos Zamarrenho Garcia, quando em curso a ação executiva.

Dispõe a Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça: "*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*"

Acesso ao Sumário

No caso dos autos não se pode falar em boa-fé dos adquirentes. Vários são os elementos que permitem concluir em sentido contrário à alegada boa fé. Em primeiro lugar, o Apelante José Garcia Neto é irmão do Executado Francisco Carlos Zamarrenho Garcia, de modo que tinha plenas condições de ter conhecimento acerca do ajuizamento da execução em face de seu irmão. A ação de execução é anterior à venda realizada e o argumento de que na época da venda a execução se encontrava garantida pela penhora de outros bens não pode ser admitida, uma vez que os bens penhorados se mostravam insuficientes para garantir a execução.

É certo que a prova testemunhal produzida indica que a aquisição do imóvel, pelos Embargantes, ocorreu em novembro de 2011, mudando-se para o local em janeiro de 2012, onde moram até a presente data. No entanto, a prova testemunhal deve ser avaliada com cautela, primeiro porque um dos depoentes é o Executado Francisco Carlos Zamarrenha Garcia, que tem interesse manifesto na solução favorável da lide aos Embargantes; segundo porque a versão das demais testemunhas, de que os Embargantes teriam adquirido o imóvel no final de 2011, conflita com o documento de págs. 14 e seguintes, que indica a celebração do negócio em 17/12/2012. Acrescente-se que a testemunha Iolane Magalhães Soares mantinha apenas contato profissional com a Embargante Fábia Cristina Araújo Garcia, detendo conhecimento dos fatos em decorrência de relatos da própria Embargante. Chama a atenção ainda o fato de que o imóvel foi vendido pelo valor de R$ 400.000,00, mediante uma entrada de R$ 200.000,00 e o remanescente oriundo de financiamento bancário. No entanto, o Executado Francisco Carlos Zamarrenho Garcia, em depoimento pessoal afirmou que o valor de venda do imóvel girou em torno de R$ 200.000,00, o que conflita com afirmação dos Embargantes quanto ao valor de venda do imóvel. E mais, afirmou que desconhecia o processo de execução quando realizada a venda do imóvel aos Embargantes, afirmação esta inverídica, uma vez que já tinha conhecimento acerca da execução contra ele proposta pela Embargada desde 07/3/2012 (pág. 60). E mais, não trouxeram os Embargantes qualquer comprovante de pagamento referente à alegada entrada paga, no valor de R$ 200.000,00, o que indicaria a data em que efetivamente adquiriram o imóvel.

Assim, correta a r. sentença ao fundamentar (pág. 326), *verbis*:

"*Milita em favor da versão da inicial, ainda, o contrato firmado entre embargantes, embargado Francisco e a instituição financeira credora, datado de 17 de dezembro de 2012 (fls. 14/47), que se coaduna com as averbações e registros feitos na matrícula do imóvel, conforme documento de fls. 156/165.*

Tais conclusões não são ilididas pelos documentos de fls. 290/291, os quais, embora indiquem que os embargantes residiam no imóvel antes da compra, não se sobrepõem à documentação acima mencionada no

Acesso ao Sumário

tocante à comprovação da titularidade do bem e, além disso, são de julho de 2012, data que já tramitava a ação de execução.

Assim, está claro que a transação realizada entre embargantes e embargado Francisco ocorreu em 17 de dezembro de 2012, mais de 1 ano após a distribuição da execução movida pela embargada Tropical em face do embargado Francisco, ocorrida em 06/10/2011 (fls. 52).

O documento de fls. 60 comprova que, pelos menos, desde 07/03/2013, o embargado Francisco Carlos tinha ciência da execução que em face de si era movida.

É certo que é recomendável, por cautela, que o exequente faça uso da prerrogativa prevista no artigo 828 do CPC, para que obtenha certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade, a fim de dar publicidade à execução.

No entanto, é igualmente recomendável que o adquirente de um imóvel adote providências no sentido de evitar contratempos. Nesse sentido, é praxe nas transações envolvendo bens imóveis a extração de certidões judiciais, a fim de verificar se pendem contra o alienante ações que possam reduzi-lo à insolvência e invalidar o negócio jurídico entabulado.

Não há, contudo, notícia de que os embargantes tenham se cercado das cautelas protocolares, o que chama a atenção, especialmente, pelo fato de ser o embargante José Garcia Neto corretor de imóveis, com cadastro no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (fls. 274/275). Não é crível, portanto, que transacionasse um bem imóvel sem que empregasse diligência habitual a qualquer cidadão comum".

Verifica-se, portanto, que a r. sentença atacada analisou de forma correta as questões suscitadas, com adequada fundamentação jurídica à hipótese dos autos, além de bem avaliar o conjunto probatório. Qualquer acréscimo que se faça aos seus bem lançados fundamentos constituiria desnecessária redundância, enquanto os demais argumentos suscitados não são suficientes para infirmar os fundamentos acima enunciados para a solução da lide.

Diante da manutenção do julgado, majoro os honorários de sucumbência então arbitrados para o equivalente a 11% do valor da causa atualizado (art. 85, § 11, do CPC).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3007556-41.2013.8.26.0650, da Comarca de Valinhos, em que é apelante/apelado REGINALDO CANDIDO DA ROSA, é apelado/apelante MARIA CONCEIÇAO PEXE ANTONIO.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da autora e deram parcial provimento ao recurso do réu, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.994)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), EDGARD ROSA E AZUMA NISHI.

São Paulo, 18 de maio de 2017.

Hugo Crepaldi, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO - AÇÃO DE DESPEJO C.C. COBRANÇA E RECONVENÇÃO - LOCAÇÃO - Pedido de despejo e cobrança com base no suposto inadimplemento do réu em atualizar devidamente o valor dos aluguéis - Relação locatícia que vigora por dezenove anos, sem qualquer reclamação quanto à forma de atualização - "Suppressio" - Impossibilidade de a autora embasar suas pretensões em direito que deixou de ser exercido por tanto tempo - Indenização por benfeitorias descabida, conforme limitações contratualmente estabelecidas - Indenização pelo fundo de comércio devida, dado que indevido o despejo já efetivado - Negado provimento ao recurso da autora e recurso do réu parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por ambas as partes, nos autos da ação de despejo c.c. cobrança que **MARIA CONCEIÇÃO PEXE ANTONIO** move contra **REINALDO CANDIDO DA ROSA**, objetivando a reforma da sentença (fls. 149/152) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Valinhos, Dr. Paulo Rogério Santos Pinheiro,

que julgou parcialmente procedente o pedido principal e improcedente o pedido reconvencional, para decretar a resolução do contrato de locação por inadimplemento do locatário e decretar o despejo, em 15 (quinze) dias. Por ter o réu-reconvinte sucumbido de parte do pedido, arcará com o pagamento de 60% das custas e despesas processuais despendidas pela parte adversa e com o pagamento de 60% dos honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Apela o réu (fls. 158/166), sustentando, preliminarmente, a ocorrência do cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, já que visava a demonstrar o valor do ponto comercial e das benfeitorias realizadas no imóvel. No mérito, pretende a indenização pelo fundo de comércio e pelas benfeitorias, e afirma que inexiste diferença de valores de locação em aberto.

Apela igualmente a autora (fls. 193/199), insurgindo-se contra o capítulo da sentença que negou o pedido de cobrança das diferenças dos aluguéis pagos a menor.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 185/199 e fls. 204), os autos foram encaminhados a este órgão relator.

É o relatório.

MARIA ajuizou a presente demanda em face de **REGINALDO** afirmando que com ele foi firmado, em 1º de novembro de 1994, um contrato de locação comercial relativo ao imóvel por ela adquirido (Rua Pedro Gabeta, n. 18, Jd. Maria Rosa, Valinhos - SP), época em que se pactuou como contraprestação mensal o valor de R$ 400,00. Ocorre que desde então o réu tem inobservado a cláusula que determinava a atualização anual dos valores dos aluguéis pelo índice IGPM ou substitutivo.

Assim, pretende o despejo do locatário, bem como a cobrança das diferenças entre os aluguéis efetivamente pagos e aqueles devidos já com a incidência da atualização devida.

A defesa apresentada pela fiadora **APARECIDA** e por **REGINALDO** afirma a necessidade de serem indenizados pela perda do ponto comercial e pelas benfeitorias realizadas, o que pedem em caráter reconvencional.

O Juízo *a quo* acolheu o pedido de despejo, porém rejeitou o pedido de cobrança e a indenização pelas benfeitorias e pelo ponto de comércio, conforme se destaca:

> "*O contrato de locação dispõe expressamente sobre benfeitorias necessárias. A cláusula 6ª estabelece a obrigação de o locatário fazer conservação e limpeza do imóvel e arcar com a reparação dos danos. A obrigação de conservar o prédio relaciona-se à introdução de benfeitorias necessárias que são definidas como aquelas 'que tem por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore' (CC, art. 96, §3º). Por sua*

Acesso ao Sumário

vez, a cláusula 7ª estabelece que o locatário não poderá realizar obras de modificação do imóvel sem o prévio e expresso consentimento do locador (art. 15). Em suma, existe disposição contratual expressa sobre a responsabilidade de o locatário arcar com as benfeitorias necessárias, o que afasta o direito de retenção e indenização por melhorias. Com relação ao fundo de comércio, a cláusula 19ª estabelece a sua não inclusão no contrato de locação (fls. 17). No entanto, as partes firmaram um adendo contratual pelo qual o locatário realizou a aquisição do ponto comercial pela quantia de R$ 8.000,00, mediante dação em pagamento de um veículo, assegurando-lhe o direito de vender o ponto a terceiros ou ao próprio locador (fls. 70). (...) No caso vertente, porém, não se trata de hipótese de recusa do locador em renovar a locação, uma vez que a ação é fundamentada no despejo por falta de pagamento dos alugueres nos valores corretos, o que se constitui fato incontroverso. O pedido de despejo não é fundado na denúncia vazia ou imotivada, tampouco na justa recusa do locador em renovar a locação. (...) O pedido cumulado de cobrança das diferenças de correção monetária não procede. Com efeito, durante cerca de dezessete anos, o locador aceitou o recebimento dos alugueres não corrigidos integralmente, o que evidencia a aceitação tácita ao pagamento sem os acréscimos totais devidos"

Insurgem-se ambas as partes, e os réus tem parcial razão.

O Juízo *a quo* andou bem ao indeferir o pedido de cobrança, em razão da configuração da *suppressio* no caso em comento.

Note-se que a relação locatícia iniciou-se em 1994, e, até 2013, tudo transcorreu bem, sem nenhuma notícia de que o locatário estivesse inadimplindo o contrato. Ou seja, se houve ausência de atualização monetária tal como devida, essa realidade nunca foi cobrada do locatário. E, mesmo em outubro de 2013, quanto expedida a primeira (e única) notificação extrajudicial a ele, a locadora nada menciona sobre qualquer inadimplemento, requerendo a desocupação por denúncia vazia, apenas (fls. 18/120).

A descrição dos fatos subsume-se com perfeição à figura da *suppressio*, que corresponde à perda de um direito pelo seu não exercício durante um lapso longo o suficiente de tempo a fim de gerar em terceiros a expectativa de que ele não mais será exercido.

Acesso ao Sumário

Nas palavras do doutrinador português Menezes Cordeiro:

"*Diz-se* suppressio *a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé. (...) Tendencialmente, pode afirmar-se que todos os direitos subjectivos lhes estão sujeitos - salvas excepções - que é necessário um determinado período de tempo sem exercício do direito e que se requer, ainda, indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido. O tempo sem exercício é eminentemente variável, consoante as circunstâncias, para*

que possa haver suppressio*; o segundo factor - o dos indícios objectivos de que não haverá mais actuações - cuja necessidade é muito sublinhada, mas de conteúdo pouco explicitado, pode ter, na sua determinação, um papel fundamental. Outro aspecto do regime da* suppressio*, focado com insistência na doutrina, é a desnecessidade de culpa ou de quaisquer outros elementos ditos subjectivos, por parte do titular não-exercente*" (Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *In* "Da Boa-fé no Direito Civil", Almedina, 3ªed., p. 797 e 812/813).

Em outras palavras, se em dezenove anos de relação locatícia inexistiu qualquer denúncia quanto ao modo de atualizar as dívidas, é certo que foi criada a legítima expectativa do locatário que inadimplemento algum existia. E isso não se altera pelo fato de ter sido alterado o polo da locação pela aquisição do imóvel pela autora, já que ela se subsume aos direitos do antigo locador, assumindo a relação jurídica tal como se encontrava.

Nesse sentido, inclusive, o entendimento jurisprudencial deste Tribunal:

APELAÇÃO. Locação de imóvel não residencial. Ação de cobrança, julgada procedente. - Recurso do réu. Contrato de locação que passou a viger por tempo indeterminado e demonstração inequívoca da inadimplência, que foi confessada pelo locatário. Pretensão à retificação do valor da dívida, sob alegação de reajustes arbitrários e abusivos por parte das locatárias. Impossibilidade. Aceitação tácita do reajuste proposto pelas locadoras com o pagamento dos aluguéis com o reajuste sem qualquer ressalva, não se mostrando razoável que, após o ajuizamento da ação de cobrança, venha a assumir comportamento contrário. Princípio da boa-fé objetiva, segundo o princípio da vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium). Ademais, a alegação de que o reajuste foi superior aos índices da legislação em vigor e do IGP-M está desprovida de lastro comprobatório, ônus que competia ao réu (art. 333, II, do CPC/73), não se prestando à finalidade a que se destina a memória do débito juntada pelo réu somente na fase recursal, onde consta o valor do aluguel inferior àquele acordado. Comportamento que permite concluir a anuência do locatário com o valor reajustado. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO (TJSP - Apelação n. 0042482-30.2013.8.26.0576 - Des. Rel. Sergio Alfieri - Julgamento: 22.11.2016)

APELAÇÃO - LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA - Pretensão de cobrança do valor do reajuste anual dos aluguéis com base no índice IGP-M - Impossibilidade - A inércia em reclamar a complementação do valor ou o despejo presume a concordância com o montante pago e a renúncia ao complemento - Princípio da boa-fé objetiva e instituto da "supressio" - artigo 422 do Código Civil. APELAÇÃO - LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Acesso ao Sumário

- REDUÇÃO NÃO - CABIMENTO - Os honorários advocatícios são devidos por aquele que deu causa a instauração de ação judicial e visa remunerar o advogado da parte autora - Fixação nos termos do artigo 20, § 4º do CPC - Equidade - Critérios da razoabilidade e proporcionalidade atendidos, sem desconsiderar a natureza da causa, desempenho e grau de zelo profissional e capacidade das partes - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (TJSP - Apelação n. 1007078-94.2014.8.26.0565 - 32ª Câmara de Direito Privado - Des. Rel. Luis Fernando Nishi - Julgamento: 29.10.2015)

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - DESPEJO C.C. COBRANÇA - Pretensão de cobrança do reajuste anual dos valores dos aluguéis, pelo índice IGP-M - Ausência de aplicação do reajuste do valor do aluguel, durante toda a duração do contrato, que durou anos - Inadmissibilidade de se cobrar o reajuste, ao depois, em sede de ação judicial, por se tratar de medida contraditória, à luz da boa-fé objetiva contemplada no art. 422 do CC - A inércia do locador em efetuar o reajuste do aluguel faz emergir a presunção de que concordou em não reajustá-lo, em consonância com o instituto da "supressio", derivação do princípio da boa-fé objetiva - Princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as partes contratantes, a fim de preservar a segurança do negócio jurídico, a despeito da inadimplência. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - Repartição entre as partes, na proporção de 85% para o autor e 15% para os réus, ante o decaimento recíproco - Admissibilidade, já que no caso em tela, o autor teve somente parte dos pedidos acolhidos. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Inocorrência - Ausência de caracterização dos requisitos previstos nos arts. 17 e 18 do CPC - Recurso parcialmente provido, somente para afastar a condenação do autor à litigância ímproba, mantida no mais a r. sentença. (TJSP - Apelação n. 0022757-02.2009.8.26.0348 - 33ª Câmara de Direito Privado - Des. Rel. Carlos Nunes - Julgamento: 0022757-02.2009.8.26.0348 - Julgamento: 02.02.2015).

Porém, equivocou-se o Juízo *a quo* quanto às consequências disso. Tal realidade, fundada da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e nas legítimas expectativas existentes *inter partes*, impede não somente o acolhimento da pretensão à cobrança, mas também impede considerarmos o locatário como inadimplente, o que significa dizer inexistirem motivos de despejo nos termos requeridos pela exordial.

Por conseguinte, a demanda principal deve ser julgada totalmente improcedente, porquanto inexiste razão jurídica para o despejo e para as cobranças.

Quanto à reconvenção, o locatário de fato não faz jus à indenização por benfeitorias, tal como bem identificou o Juízo *a quo*, na medida em que contratualmente estava autorizado a realizar reformas por sua conta e risco sem poder "*reter a coisa alugada na hipótese de ter realizado benfeitorias úteis,*

Acesso ao Sumário

salvo se, para realizá-las, obteve o prévio e expresso consentimento do locador", comprovação que inexiste nos autos.

Quanto ao fundo de comércio, por sua vez, trata-se de indenização devida, notadamente frente ao despejo não subsistente.

Nos termos do art. 297, Parágrafo único, do CPC, a efetivação da tutela provisória segue a disciplina do cumprimento provisório de sentença. E, neste procedimento, eventual reversibilidade da medida liminar executada acarreta responsabilidade do exequente, com liquidação dos danos nos mesmos autos, nos termos do art. 520, incisos I e II, do CPC:

> *Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:*
>
> *I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;*
>
> *II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;*

In casu, a desocupação do imóvel em caráter de cumprimento provisório da sentença acarretou ao réu o prejuízo consubstanciado na perda de seu ponto comercial, o qual, em 1994, foi pactuado no valor de R$ 8.000,00 (fls. 70).

Naquela oportunidade, inclusive, fixou-se que eventual revenda do ponto se daria por meio do valor pago, devidamente atualizado. Assim, diferentemente de outros casos, vê-se que já há elementos para desde logo se fixar os prejuízos do locatário, que correspondem a R$ 8.000,00, atualizados desde outubro de 1994 até a data do efetivo pagamento pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça.

Observo, por fim, que não há que se falar em prescrição, pois, como bem ressaltou o Juízo *a quo* e seguindo-se a teoria da *actio nata*, somente surgiu a pretensão à indenização com a violação do direito, momento a partir do qual não transcorreram três anos.

Em razão do resultado desde julgamento, vê-se que pretensão inicial foi totalmente afastada, ao passo que a reconvenção foi parcialmente acolhida. Concluo, pois, que a sucumbência do réu foi mínima, competindo à autora arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso da autora e dou parcial provimento ao recurso do réu, para condenar a autora a indenizá-lo pela perda do ponto comercial, nos termos *supra* descritos, com nova distribuição dos ônus de sucumbência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017440-51.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante ISABEL APARECIDA PEREIRA, é apelado RODRIGO THOMAZELLA NETTO.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 18 de maio de 2017.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Bem semovente. Ação possessória. Pretensão da autora a ser reintegrada na posse de cão adquirido pelo casal, na constância do matrimônio. Descabimento. Cão que foi atribuído com exclusividade ao ex-marido, com o divórcio do casal. Posse anterior da autora e esbulho não demonstrados. Ausência de elementos a autorizar a reintegração pretendida. Improcedência mantida. Sentença confirmada. Arbitramento de verba honorária em favor do requerido. Recurso não provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 73/75, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de reintegração de posse, versando sobre cachorro da raça maltês, sem condenação em sucumbência, em razão da gratuidade da Justiça concedida.

Inconformada, apela a autora (fls. 77/80), alegando, em síntese, que, desde a aquisição do animal, sempre o teve como filho, somente tendo concordado que o cão ficasse com o réu, por ter ficado estabelecido, por ocasião do divórcio, que a posse do animal se daria de forma conjunta. Todavia, afirma que o requerido vem obstando seu contato com o animal, com o único intuito de feri-la. Diz que a conversa de *whatsapp*, bem como as fotos de fls. 12/15, que acompanham a inicial, demonstram seu grau de afetividade com o cão e as dores físicas e morais que vem suportando, em virtude da conduta do apelado. Pede, assim, a

Acesso ao Sumário

reforma da r. sentença com o julgamento de procedência da ação.

Distribuído o apelo à C. 7ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal (fls. 89), esta não conheceu do recurso e determinou sua redistribuição a uma das Câmaras desta Seção de Direito Privado III (fls. 90/94).

É o relatório.

A r. sentença de improcedência da ação não comporta qualquer reparo.

Conforme constou da decisão de primeiro grau, a autora não logrou comprovar que mantinha a posse sobre o bem litigioso, não havendo, portanto, reintegração a ser deferida.

O art. 1.210, do Código Civil, dispõe: "*O possuidor tem direito de ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no caso de esbulho*".

É a lição de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO: *"O esbulho é a mais grave dessas afrontas porque despoja da posse o esbulhado, retirando-lhe por inteiro o poder fático que exercia sobre a coisa e tornando assim impossível a continuação do respectivo exercício. O esbulhado perde a posse". (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, 9ª ed., Forense, p. 415)*.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves: *"Exige-se a condição de possuidor para a propositura dos interditos (CPC, art. 926), mesmo que não tenha título (possideo quod possideo). O detentor, por não ser possuidor, não tem essa faculdade. Não basta ser proprietário ou titular de outro direito real. Se somente tem o direito, mas não a posse correspondente, terá de valer-se da via petitória, não da possessória, a não ser que se trate de sucessor de quem detinha a posse e foi molestado." (Direito das coisas 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção sinopses jurídicas; v. 3)*.

Nesses termos, possuidor e esbulhado não é simplesmente quem alega, mas quem prova ter tido a posse anterior e dela ter sido indevidamente privado.

No presente caso, a própria autora reconhece que, desde o divórcio do casal, ocorrido em janeiro de 2015, já não exercia mais a posse sobre o cão maltês, de nome Bob, em virtude da partilha de bens acordada entre o casal. Tanto é assim que, em seu apelo, a demandante chega a afirmar: *"em relação ao cachorro ter ficado com o Apelado, isto é indiscutível"* (fls. 79).

Os documentos apresentados com a inicial, apenas demonstram que, na constância do matrimônio, a demandante estabeleceu relação de afetividade com o cão. No entanto, conforme ela mesma admite e é corroborado pela conversa havida, em março de 2015, entre as partes, com a cessação da vida conjugal, a posse do animal foi atribuída, com exclusividade, ao réu.

A situação dos autos foi bem definida pelo ilustre Magistrado de primeiro grau:

"No caso em tela, a autora não comprovou a posse sobre o cão maltês

Acesso ao Sumário

Bob, tampouco sua perda, porque ela cessou com o término da vida conjugal, em janeiro/2015, ocasião em que as partes se divorciaram e parte dos bens móveis amealhados na constância do casamento passaram a pertencer com exclusividade ao requerido.

É o que se denota da escritura de divórcio (fls. 35/38), onde se lê que ao divorciando serão atribuídos os bens móveis que escolherem de comum acordo. Ainda que possa a autora afirmar, pela cláusula retrotranscrita, mormente pelo tempo do verbo escolher, que os bens móveis que caberiam especificamente a um e outro divorciando só foram partilhados em data posterior à lavratura da escritura, acresce-se a essa cláusula o depoimento das testemunhas e da informante, arroladas pela autora, que atestaram que ela permitiu que o animal ficasse com o requerido (fl. 32), que ela queria ficar com o animal, mas este ficou com o ex-marido (fl. 33), o qual insistiu em ficar com o semovente (fl. 34).

Assim, pelo quanto inquirido das testemunhas e até da informante, irmã da autora, ela mesma anuiu que o cachorro passasse a pertencer exclusivamente ao requerido, pois este muito o queria. Uma vez que ela assim procedeu, não restam dúvidas de que Bob está incluído nos bens móveis que ficaram sob a exclusiva propriedade do requerido, e pelos quais indenizou a autora no valor total de seis mil reais.

E até mesmo pelo histórico de conversas do aplicativo Whatsapp, mantidas entre as partes, com data de março/2015 (fls. 10/11), ou seja, dois meses após o divórcio, denota-se que a autora implora ao requerido que ele a permita ver o animal, o que claramente demonstra que ela de fato deixou o cachorro com o ex-marido, em decorrência da partilha dos bens amealhados durante a vida comum.

Não há, então, que se falar em reintegrá-la na posse do semovente, pois desde o divórcio está legalmente na posse e propriedade exclusiva do requerido, inclusive com a concordância da ex-consorte".

Ora, para se almejar a reintegração de posse, a parte deve provar sua posse anterior e o esbulho praticado, o que não ocorreu, no presente caso. Pelo contrário, a prova aqui produzida somente atesta a existência de justo título para o exercício da posse pelo réu, ausente comprovação - sequer alegação -, de aquisição violenta, precária ou clandestina.

Eventual acordo firmado entre as partes, no momento da partilha, para exercício de posse conjunta do cão não ficou minimamente demonstrada.

Inexiste nos autos, pois, elementos que possam ensejar a reintegração na posse do animal em favor da requerente, sendo o caso mesmo de improcedência da ação.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Posse anterior da autora não

Acesso ao Sumário

demonstrada - A existência ou não de posse anterior é questão de fato, que deve ser demonstrado pela autora - Se a autora não tem como comprovar a posse anterior, teria de reclamar o imóvel com base no domínio e isto se faz em demanda de natureza petitória, ou seja, em ação reivindicatória, nunca, porém, por meio de ação possessória - Ação improcedente - Sentença mantida - Recurso desprovido. (Ap. 0025470-77.2011.8.26.0477, Rel. Des. Álvaro Torres Junior, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 15/12/2014).

POSSESSÓRIA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Inocorrência de comprovação, pelo autor, da posse anterior sobre o imóvel objeto da lide - Separação entre os juízos possessório e petitório - Inadequação da via processual eleita - Ação julgada improcedente - Manutenção - Recurso improvido. (Ap. nº 0014405-37.2010.8.26.0084, Rel. Des. Mario de Oliveira, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 09.03.2015).

APELAÇÃO - Ação de Reintegração de Posse com Pedido de Liminar "Inaudita altera partes" c.c. Perdas e Danos - Sentença de Improcedência - Descaracterizada a reintegração da posse, autora não conseguiu provar posse anterior nos autos. Recurso Desprovido. (Apelação nº 0036591-57.2011.8.26.0007; Relator(a): Flávio Cunha da Silva; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/10/2016; Data de registro: 31/10/2016).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Por derradeiro, com fulcro no princípio da causalidade e ante a improcedência do recurso de apelação apresentado pela parte autora, vencida, devida a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, em atenção ao trabalho realizado pelo patrono da parte vencedora, inclusive em sede recursal.

A verba honorária fica, pois, arbitrada, por equidade, em R$ 1.000,00, com fulcro no disposto pelo artigo 85, §§2º, 8º e 11, do CPC/15, observada a concessão da Gratuidade da Justiça à autora (art. 98, §3º do CPC/15), o que, ressalte-se, não tem o condão de afastar a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, §2º do CPC/15).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, com determinação no tocante à verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003138-54.2016.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante RENATA

Acesso ao Sumário

APARECIDA RODRIGUES, é apelado BANCO FIAT S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20512)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 24 de maio de 2017.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALOR - NECESSIDADE DE AUMENTO DO *QUANTUM* FIXADO EM 1º GRAU. O valor dos honorários advocatícios não obedeceu ao que dita o art. 85 e parágrafos do CPC. - RECURSO PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por RENATA APARECIDA RODRIGUES, nos autos da ação de prestação de contas que move em face de BANCO FIAT S.A., cujos pedidos iniciais foram julgados procedentes "...para o fim de condenar a parte requerida à prestação de contas, conforme requerido na inicial, no prazo de quarenta e oito horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que a parte autora apresentar (artigo 915, § 2º, Código de Processo Civil). Em face da sucumbência, condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro, por equidade, em R$ 500,00 (quinhentos reais)", nos termos da sentença de fls. 42, do Juiz NEMÉRCIO RODRIGUES MARQUES, da qual o relatório se adota.

Acesso ao Sumário

A apelante recorre, destacando, em síntese, que o valor dos honorários deve ser revisto.

O recurso não foi preparado, por se tratar de apelante beneficiária da assistência judiciária, e foi respondido.

É o relatório.

A sentença merece parcial reforma, **especificamente no que tange ao valor dos honorários advocatícios, já que se encontra dissociada dos parâmetros trazidos pelo art. 85 e parágrafos, do CPC**.

Nesse passo, destaco que a matéria discutida nos autos é corriqueira nos meios forenses, não assume natureza e importância excepcionais, assim como

não exige exacerbado zelo e tempo de dedicação do causídico.

Tais fatos conduzem à fixação dos honorários advocatícios em valor *mínimo*, O QUE NÃO DEVE SER CONFUNDIDO COM PATAMAR *ÍNFIMO*.

De fato, deve-se, sempre dentro da razoabilidade e da legalidade, valorizar a profissão do advogado, que exerce função essencial à administração da justiça.

Assim, *data venia*, **não pode prevalecer o valor fixado pelo Magistrado *a quo* (R$ 500,00), sendo o caso de se majorar o *quantum* para o montante de R$ 1.500,00, considerando, também, o trabalho desempenhado em grau recursal.**

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA, para o fim de reformar em parte a sentença recorrida e fixar os honorários advocatícios em R$ 1.500,00.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1101436-88.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARIA BEATRIZ ABREU A. BARBOSA KRUMM MATTOS, LAVIO ABREU ALVES BARBOSA KRUMM MATTOS e VALENTINA ABREU ALVES BARBOSA KRUMM MATTOS, é apelado BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18042)**

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

São Paulo, 17 de maio de 2017.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - COBRANÇA - SEGURO FACULTATIVO DE VIDA - AGRAVAMENTO REPELIDO - EMBRIAGUEZ - NEXO DE CAUSALIDADE - CULPA CONSCIENTE - COBERTURA SECURITÁRIA - PROCEDÊNCIA.

- O agravamento intencional do risco "objeto do contrato" consubstancia causa de exclusão da

Acesso ao Sumário

garantia (art. 768, do Código Civil). Interpretação de acordo com o nexo de causalidade entre o agravamento e o risco causado ao "bem jurídico" segurado. Embriaguez insuscetível de afastar a garantia do seguro de vida, em favor dos beneficiários do segurado falecido;

- Admitida a cobertura até na hipótese de afronta (dolo direto) ao bem segurado (vida) pelo próprio contratante (art. 798, do Código Civil - suicídio), com mais razão não se pode excluir a cobertura daquele que agiu com culpa consciente quanto ao bem segurado (art. 422, do CC). Ausência de prova de que o segurado assumiu o risco contra sua própria vida conduta imprudente sem nexo causal evidente;

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 146/150, cujo relatório se adota, que julgou **PROCEDENTE** a demanda, para reconhecer a inexistência de cobertura securitária e, por conseguinte, extinguir a execução nos autos nº 1025975-13.2014.8.26.0100. Diante da sucumbência, condenou os embargados pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$3.000,00 (três mil reis).

Entendeu o MM. Magistrado ***a quo***, que restou comprovado que o acidente de trânsito se deu em decorrência da condição de embriaguez do condutor.

Irresignados, os embargados apelaram.

Aduziram, em suma, serem abusivas as cláusulas de limitação de riscos, considerando-as unilateralmente restritivas de direito. Afirmou que não ficou provado nos autos que o estado de embriaguez tenha sido causa determinando para o acidente.

Processado o apelo com o recolhimento do preparo respectivo, vieram contrarrazões, tendo os autos vindo a este Tribunal.

Em razão da presença de incapazes, o Ministério Público se manifestou pelo desprovimento do recurso de apelação (fls. 270/272).

É o relatório.

Infere-se dos autos que os herdeiros do segurado, Sr. Lavio Krumm Mattos, falecido em 30 de agosto de 2013, ajuizaram execução em face de Bradesco Vida e Seguro, cujo objeto é a apólice de seguro de vida do falecido,

Acesso ao Sumário

para requerer a condenação da executada - ora embargante/apelada ao pagamento de indenização securitária no valor de R$59.738,43 (cinquenta e nove mil, setecentos e trinta e oito reais e quarenta e três centavos).

Em sede de embargos à execução, a apelada alegou que o pagamento da indenização não era devido, na medida em que houve exclusão da cobertura securitária, na medida em que o acidente foi ocasionado por embriaguez do condutor, que, tragicamente, culminou com sua morte.

Pois bem.

O recurso **comporta acolhimento**.

Relatório Técnico de fls. 13, realizado por médico legista (perito oficial), atesta que foi detectada uma concentração de 1,76 g/l de etanol (álcool etílico) na amostra de sangue analisada do falecido. Ainda, boletim de Ocorrência de fls. 52/60 mostra que o veículo conduzido pelo segurado **colidiu na traseira de um caminhão tipo cegonha**, às 5h30 da manhã na BR 101, km 122,7. Confirmou-se que no momento não havia restrição de visibilidade, tampouco más condições de tempo ou da pista (fls. 52). **Não houveram outras vítimas**.

No entanto, respeitado o entendimento do Nobre Magistrado, tenho que os fatos narrados **não** permitem concluir pelo **afastamento** da cobertura securitária. A embriaguez não é suficiente para elidir a obrigação do **seguro de vida** em relação aos **beneficiários** do segurado, falecido no sinistro.

Ao contrário do seguro de dano (automóvel), o nexo de causalidade entre o agravamento verificado e o resultado morte não pode ser facilmente aferível, sendo plausível a indenização postulada. Justifico.

Os fatos são incontroversos; ilidível, também, a legislação aplicável. Nos termos do artigo 768, do Código Civil, o agravamento intencional do risco impõe a perda da garantia securitária. O referido dispositivo, contudo, deve ser observado de acordo com o ***"risco objeto do contrato"***; isto é, de acordo com o bem jurídico tutelado. Por isso, muito embora reiteradamente admita a exclusão da cobertura na hipótese de embriaguez para os seguros de automóvel, diante da obviedade do agravamento, não se pode dizer o mesmo para o seguro de vida.

Aqui, anote-se que o Código Civil estabeleceu a **cobertura** nos contratos de seguro de vida até mesmo para a hipótese de **suicídio** (art. 798), ou seja, quando o segurado, de forma **voluntária** e **preordenada**, põe fim a sua vida - causando o sinistro. Com efeito, não se pode excluir a cobertura securitária àquele que agiu de forma imprudente. Se a autossupressão da vida está sujeita à cobertura (dolo direto contra o contrato), com mais razão não se pode exclui-la na hipótese de culpa consciente.

Aqui, valho-me do conceito de **culpa consciente** da seara penal. Independente do estado de embriaguez (***actio libera in causa***), fato é que não se pode, contudo, afirmar que o segurado ***"queria o resultado"***; o resultado não

Acesso ao Sumário

era esperado, tampouco assumido pelo falecido. Nos termos da doutrina penal de Zaffaroni e Pierangeli:

> *"Se sua conduta violadora do dever de cuidado, em qualquer desses casos, causa uma lesão a alguém, teremos perfeitamente configurada a tipicidade culposa, sem que seja necessário recorrer à teoria da actio libera in causa. Isto porque a conduta típica violadora do dever de cuidado é, precisamente, a de beber, ingerir o psicofármaco e injuriar, respectivamente, e, no momento de cometer este* ***injusto culposo****, o sujeito encontrava-se em estado e em situação de culpabilidade, pelo que é perfeitamente reprovável" (Manual de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, 9. ed - São Paulo: RT, 2011, p. 460 - grifo adicionado)*

Nas palavras do C. Supremo Tribunal Federal, não há como afirmar que o segurado tenha "***consentido em que produziria o resultado, o qual pode até ser previsto***" (HC 107.081/SP). Logo, não tendo agido com dolo contra o contrato, o que até mesmo se admite no seguro de pessoas (art. 798, do Código Civil), não se pode afirmar o agravamento do risco do objeto (vida).

Ao contrário do seguro de bens, cuja conduta permitiria afirmar com precisão o agravamento do risco ao patrimônio; **não há como afirmar que o segurado agiu em desfavor do bem jurídico segurado (sua própria vida)**. A boa-fé objetiva (art. 422, do CC), portanto, não foi afrontada com a conduta do segurado, despropositada a recusa da seguradora em desfavor dos beneficiários. Em outras palavras, o pedido é procedente neste particular.

Destarte, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para julgar improcedente os embargos à execução, determinando o prosseguimento da execução nº 1025975-13.2014.8.26.0100.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003022-06.2015.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante FLAVIA DOS SANTOS, é apelado CLARO S/A.

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 28.176)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CARLOS NUNES (Presidente), FRANCISCO CASCONI E PAULO AYROSA.

São Paulo, 30 de maio de 2017.

CARLOS NUNES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais - Solicitação de transferência de titularidade de linhas telefônicas de pessoa física para microempresa individual - Utilização de serviços denominados 'busca automática', para PABX, que são exclusivos para pessoa jurídica - Recusa na prestação desse serviço, pela requerida, sob alegação de negativação do nome da autora, pessoa física - Autora empresária individual - Microempresa - Firma individual - Figura criada pelo Direito, a fim de possibilitar à pessoa física, a prática de atos de comércio, com tratamento fiscal de natureza diferenciada - Ausência de bipartição entre a pessoa natural e a firma individual constituída, que se fundem para os fins de direito, com patrimônio comum, que serve tanto à pessoa física quanto à jurídica, constituída - Negativação do nome da pessoa física que reflete na jurídica - Recusa justificada, motivada na restrição de crédito da autora - Inviabilidade de se obrigar a requerida a prestar os serviços pretendidos, se a medida vai contra a política da empresa, qual seja, a de recusar a prestação de serviços junto a empresas com restrição de crédito - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **FLÁVIA DOS SANTOS**, juntos aos autos da ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, amparada em contrato de prestação de serviços de telefonia, movida contra **NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A**, julgada improcedente, consoante r. sentença de fls. 161.

Alega a autora, em síntese, que deve a r. sentença ser reformada, a fim de que a requerida seja compelida a prestar os serviços de busca automática, uma vez que a sua empresa individual não possui restrição de crédito. Alega que, ao requerer esse serviço, lhe foi informado que era exclusivo para pessoas jurídicas, sendo necessárias, no mínimo, 3 linhas telefônicas para seu funcionamento, fato esse que a obrigou a habilitar mais uma linha junto à ré (já possuía 2 linhas), além de reativar sua empresa individual já existente. Aduz que a recusa gerou

Acesso ao Sumário

prejuízos de ordem moral, eis que injustificada, já que a empresa não possui restrição de crédito. Por tais motivos, até por se tratar de serviços essenciais, que não podem ser interrompidos, pugna pelo provimento do recurso, para que a ação seja julgada procedente (fls. 164/178).

Recurso regularmente processado, sem preparo, ante a gratuidade processual concedida à autora e com resposta às fls. 184/200.

É o Relatório.

De início, assinale-se que a decisão atacada foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, motivo pelo qual o recurso será analisado sob a ótica de tal regramento.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, ajuizada pela autora, uma vez que a ré se recusou a prestar o serviço de telefonia denominado "busca automática", a ser utilizado em equipamento de PABX, em seu negócio, sob argumento de existência de restrição em nome da sua empresa individual, ante inclusão junto a órgãos de proteção ao crédito.

Alega a autora que ao requisitar os serviços, lhe foi informado que haveria necessidade de mais uma linha telefônica para a utilização dos serviços, o que foi providenciado de plano, tendo a concessionária lhe informado, após, que somente poderia ser habilitada a 'busca automática', junto à pessoa jurídica, tendo a apelante que reativar sua empresa individual.

Ato contínuo, lhe foi informado que não seria possível a instalação dos serviços, já que havia uma restrição em nome da empresa, fato esse que não correspondia à verdade dos fatos, já que a restrição recaía sobre a sua pessoa física, não à jurídica, mas tal não impediu a habilitação da sua terceira linha, para ser utilizada no PABX.

Refere que, de acordo com o CDC, as concessionárias são obrigadas a fornecer os serviços adequados e eficientes, sendo que se trata de serviços de telefonia, essenciais, que não podem ser interrompidos, não podendo elas se recusar, de forma injustificada, a prestá-los, motivo pelo qual deve ser julgada procedente a ação, sendo deferida a tutela requerida, para obrigar a concessionária a transferir a titularidade dos serviços para o nome de sua empresa individual, a fim de possibilitar o uso do equipamento PABX.

Entretanto, razão não lhe socorre, não havendo motivos para a reforma da r. sentença.

Como se observa dos autos, a autora, pessoa física, possui restrições em seu nome, o que impossibilitou a habilitação dos serviços denominados 'busca automática', a serem utilizados em equipamento de PABX, na firma individual da autora.

Muito embora as restrições de crédito se refiram à pessoa física, o fato é que, conforme se observa de fls. 20/22, trata-se de empresária individual,

inexistindo distinção entre pessoa física e jurídica, sendo que o patrimônio é comum a ambas, ou seja, não há bipartição entre a pessoa natural e a firma individual por ela constituída, elas se fundem para todos os fins de direito, e só possuem autonomia, com relação às questões fiscais e tributárias.

Um empresário individual atua sem separação jurídica entre os seus bens pessoais e seus negócios.

Portanto, a ausência de bipartição entre a pessoa natural e a firma individual constituída, que se fundem para os fins de direito, faz com que a negativação do nome da pessoa física reflita na jurídica, fato esse que torna a recusa da concessionária justificada, eis que motivada no fato de a autora, pessoa física, possuir restrição de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito.

Em se tratando de política da concessionária, a recusa na prestação de serviços junto a clientes com restrição de crédito, inviável se afigura obrigá-la a habilitar o serviço denominado 'busca automática' junto à empresa da autora, não havendo falar em danos morais.

Desse modo, forçoso reconhecer que não há como se alterar a r. sentença, que deve ser mantida.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014750-48.2014.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes GETULIO JOSÉ DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e REGINA CELIA BERNARDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado WACKER NEUSON MÁQUINAS LTDA.

ACORDAM, em 37ª 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 11533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SERGIO GOMES (Presidente) e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 6 de junho de 2017.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação. Execução de Título Extrajudicial. Bem de família. Inocorrência. Fiança. Executados/

Acesso ao Sumário

embargantes que, por ato de livre disposição, ofereceram imóvel como garantia pessoal de dívida com renúncia expressa ao benefício de ordem. Renúncia à proteção legal destinada tão somente ao único imóvel para moradia ou sustento da entidade familiar (art. 1º da Lei 8.099/90). Princípios da boa-fé objetiva, lealdade e vedação ao *venire contra factum proprium*. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls.75, objeto de embargos de declaração rejeitados e cujo relatório adoto em complemento, que julgou improcedente o pedido em embargos à execução opostos por Getúlio José da Silva e Regina Célia Bernardes da Silva contra Wacker Neuson Máquinas Ltda., condenando os embargantes ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da causa, submetida a condenação sucumbencial ao disposto no art. 12 da Lei 1.060/50. Os embargantes/apelantes foram condenados, ainda, ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.026, §2º, CPC).

Inconformados, os embargantes apelam postulando a atribuição do efeito suspensivo aos embargos à execução, previsto no art. 919 §1º CPC. Reputam impenhorável o bem objeto da constrição judicial, conforme comprova a certidão do cartório de registro de imóveis carreada à fls. 31. Alegam que o contrato entabulado entre as partes não albergou as hipóteses legais para a renúncia ao benefício do bem de família, conforme enumeração taxativa prevista no art. 3º da Lei 8.009/90. Ressaltam que o leilão ou a adjudicação do bem poderá retirar da única casa um casal que nela reside frisando-se que, além da idade avançada, o coapelante Getúlio encontra-se adoentado em estado terminal. Destacam que, em sede de execução, o processo foi devidamente garantido por meio do bem imóvel sobre o qual a exequente pretende a adjudicação. Apontam inexistir qualquer prova de que houve hipoteca sobre o imóvel ou fiança concedida em contrato de locação, hipóteses que indicariam a renúncia à proteção legal do bem de família, diversas do caso dos autos. Requerem o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença apelada para atribuir o efeito suspensivo aos embargos à execução e excluir a condenação ao pagamento da multa determinada às fls. 93. (fls. 96/112)

Recurso tempestivo (fls. 127), anotada a gratuidade concedida.

O apelado apresentou contrarrazões. (fls. 131/133)

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Versa o feito sobre embargos à execução.

Respeitada a convicção do MM. Juiz de primeiro grau, a r. sentença apelada deve ser parcialmente reformada, tão somente para afastar a condenação dos embargantes/apelantes ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, em razão da oposição de embargos de declaração considerados protelatórios (art. 1.026, §2º, CPC).

A decisão recorrida foi disponibilizada no DJE em 23.03.2016, (fls. 77), objeto de Embargos de Declaração conhecidos e rejeitados (DJE em 15.12.2016, fls. 95), ou seja, na vigência do novo Código de Processo Civil/2015, de modo que o recurso deve ser analisado pelos parâmetros nele previstos. O enunciado nº 3, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, destaca:

> *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

Inicialmente, deve ser afastada desde logo a pretensão à atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

A sentença que julga improcedentes os embargos à execução produz imediatamente seus efeitos, nos termos do art. 1.012, inciso III, do Código de Processo Civil.

No mais, os apelantes pretendem o reconhecimento da condição de bem de família do imóvel dado em garantia da dívida executada e o levantamento da constrição judicial por impenhorabilidade.

Entretanto, razão não lhes assiste.

A cláusula 9ª do "instrumento particular de concessão de crédito rotativo" (fls. 54) não deixa dúvida quanto à renúncia expressa ao benefício de ordem:

> *"Cláusula 9ª - Assinam também o presente contrato, na qualidade de FIADORES, como principais pagadores, solidariamente responsáveis com o BENEFICIÁRIO pelo fiel cumprimento de todas as obrigações, cujas responsabilidades perdurarão mesmo que este contrato esteja vigendo por prazo indeterminado, renunciando expressamente ao benefício de ordem e as demais faculdades previstas nos artigos 827, 835 e 838 do Código Civil, nos termos do artigo 828 do mesmo diploma legal,* ***Getúlio José da Silva****, brasileiro, comerciante, portador da cédula de identidade RG nº M260.653 e inscrito no CPF/MF sob o nº 12.586.216-49 e sua esposa,* ***Regina Célia Bernardes da Silva****, brasileira, diretora de escola, portadora da cédula de identidade RG nº 4949243 e inscrita no CPF/MF sob o nº 695.618.506-72, residentes e domiciliados a rua Manoel Antonio de Araújo, 100, Centro, Guaxupé - MG." (fls. 54)*

Acesso ao Sumário

A livre disposição do bem, inclusive com a renúncia expressa ao benefício de ordem implica a renúncia à proteção legal dada ao único imóvel da entidade familiar, insculpida na Lei 8.009/90.

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Penhora. Bem de família. Executado que ofereceu imóvel em garantia a acordo judicialmente celebrado e já homologado. Renúncia à proteção dada pela Lei 8.009/90. Princípios da boa-fé e da lealdade. Constrição mantida. (Agravo de Instrumento nº 0248487-03.2012.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, j. 20.03.2013)".

"*BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - IMÓVEL OFERECIDO EM GARANTIA PELO PRÓPRIO EXECUTADO EM ACORDO CELEBRADO COM O EXEQUENTE, HOMOLOGADO JUDICIALMENTE - IMPENHORABILIDADE AFASTADA - OFERECIMENTO VOLUNTÁRIO DO BEM EM GARANTIA QUE IMPLICA A RENÚNCIA DO BENEFÍCIO DA LEI Nº 8.009/90 - RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA LEALDADE - DECISÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO.* (Agravo de Instrumento nº 0007189-15.2012.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador PAULO ROBERTO SANTANA, j. 28.3.12)".

No mesmo sentido decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"*Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade. Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, sponte sua, o benefício legal. Recurso especial não conhecido*".

(REsp 249.009/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2001, DJ 17/03/2003, p. 225)

Assim, tendo os apelantes oferecido o bem imóvel como garantia pessoal de dívida, e tendo restado autorizada a excussão de seus bens pessoais anteriormente aos do devedor principal, não podem agora furtar-se à responsabilidade solidária pela fiança prestada, em verdadeiro *venire contra factum proprium* e em ofensa direta à boa-fé dos negócios jurídicos e dever de lealdade, o que não se admite.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, a condenação ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa (art. 1.026, §2º, CPC), em razão do manejo de Embargos de Declaração, entendidos pelo MM. Juiz de primeiro grau como protelatórios, deve ser afastada. Os apelantes/embargantes apontaram omissão que supostamente imaginavam presente, e não há qualquer reiteração de pedido ou outros que tais que pudessem apontar para a maliciosa procrastinação do processo.

Destarte, o recurso de apelação deve ser parcialmente provido tão somente para excluir a condenação dos apelantes ao pagamento de multa de 1%

sobre o valor atualizado da causa, mantidas as demais disposições da r. sentença, inclusive no tocante à sucumbência.

Cabível a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, diante do trabalho adicional realizado em grau recursal:

> "*O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*".

Os honorários advocatícios foram arbitrados na r. sentença em 15 % sobre o valor atualizado da causa. Diante do trabalho adicional realizado em grau de recurso pelo apelado, que ofertou contrarrazões (fls. 131/133), elevo os honorários para 17% do valor dado à causa, atualizado (esta de R$ 211.264,60), observado o benefício da justiça gratuita concedido.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2102439-70.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de Jaboticabal, em que é embargante WEG - CESTARI REDUTORES E MOTORREDUTORES S/A, é embargado GBA METALÚRGICA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.683)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e GIL COELHO.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Contradição evidenciada. Fundamentação do V. Aresto precedente que não guarda nenhuma relação com o julgado embargado. Hipótese de evidente lapso material. Aclaratórios pertinentes. Erro de cadastramento evidenciado. Razoabilidade do conhecimento em prol do aperfeiçoamento da decisão colegiada. Correção plausível. Lapso que altera o resultado do julgamento. Agravo desprovido. Integração imperativa. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o V. Acórdão (fls. 103/108), sustentando a embargante que há contradição no julgado, vez que apresenta divergência de matéria, a evidenciar que sua fundamentação não abrange o objeto dos aclaratórios precedentes.

Destaca que consta, no teor da decisão colegiada, matéria relativa à negativa de cobertura de tratamento, plano de saúde, cláusulas contratuais, as quais não são objeto do presente caso.

Adverte que os embargos foram opostos para prequestionar os argumentos jurídicos contraditórios constantes do relatório do V. Aresto e sanar erro material apresentado, porquanto discorre sobre o percentual da penhora sobre o faturamento líquido da agravante, o que não condiz com a realidade, pois fixado o percentual de 10% sobre o seu faturamento bruto.

Articula que a penhora sobre o faturamento bruto é questão superada pela preclusão temporal, o que acarreta coisa julgada, sublinhando que o julgado não fez nenhuma modificação do percentual anteriormente fixado pela MM. Juíza *a quo*, ou seja, manteve o índice de 10% do faturamento.

Salienta que, igualmente, a nomeação de depositário já havia sido determinada pelo juízo originário, não existindo nenhuma alteração da r. decisão de primeira instância. Requer a reapreciação da matéria embargada.

Subsidiariamente, utiliza-se dos aclaratórios para fins de prequestionamento da legislação federal atinente à pretensão em litígio. Pede acolhimento.

É o relatório.

Os embargos de declaração comportam acolhimento, vez que nos primeiros aclaratórios houvera evidente lapso material.

No que concerne à fundamentação do V. Acórdão precedente, é vivo o erro material consumado, pelo qual registro minhas escusas às partes e seus ilustres advogados.

Acesso ao Sumário

De fato, as assertivas lançadas naquele V. Aresto não guardam nenhuma relação com a matéria em apreço.

O problema surgiu apenas no instante do lançamento do julgado no sistema automatizado do SAJ, em que, por lamentável lapso material, houve engano no cadastramento do voto.

O erro, pois, deve ser sanado, aperfeiçoando-se, reflexivamente, a decisão colegiada.

Fixadas essas premissas, observa-se que a decisão agravada determinara a penhora sobre o faturamento (lucro líquido) em 10% (fls. 31/32).

Sobre o assunto, o conteúdo da fundamentação constante do V. Aresto, a qual não deve ser repetida, alinhavara que a penhora sobre o faturamento não transborda do regime legal, cravando a razoabilidade do percentual fixado originariamente (10% do faturamento líquido da agravante).

De fato, nesta seara, o colegiado mantivera a decisão agravada.

No entanto, a r. decisão colegiada alude à necessidade de observância do regime do art. 655, VII, c.c. art. 655-A, § 3º, ambos do CPC, sublinhando que se trata de hipótese que enseja a nomeação de depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida (fls. 91).

Ocorre que, de fato, tal providência já havia sido determinada na própria decisão agravada (fls. 32).

Ou seja, o parcial provimento do agravo para a aludida finalidade é de todo inócuo, a atestar que, também nesse ponto, não adviera nenhuma modificação da decisão proferida em primeira instância.

A hipótese era, pois, de completo desprovimento do agravo.

Por esses fundamentos e limites, acolho os embargos declaratórios, com eficácia modificativa, para desprover o agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 9244456- 93.2003.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARCELLO STORRER PRADO GARCIA (E S/M) e FLÁVIA SIQUEIRA DE SÁ BARRETO, é embargado BRASCAN IMOBILIÁRIA INCORPORAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Acolheram os embargos, sem efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35536)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 26 de abril de 2017.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Omissão quanto ao pedido de reconhecimento de conexão existente entre a ação executória em curso e a ação declaratória anteriormente ajuizada pelos executados - Descabimento, todavia, de sua apreciação, neste momento processual, em virtude do trânsito em julgado da r. sentença que julgou improcedente o pedido declaratório - Embargos declaratórios acolhidos, sem, contudo, efeito modificativo.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do v. acórdão de fl. 178/180, que deu provimento ao apelo interposto para declarar a regularidade da ação executória proposta e determinar a retomada de seu curso. Invertidos os ônus sucumbenciais.

Aduzem a omissão do julgado quanto ao pedido de reconhecimento de conexão existente entre a ação executória e a ação declaratória ajuizada pelos executados, ora embargantes.

É o relatório.

De início, cumpre salientar que os presentes embargos declaratórios fora objeto de anterior conhecimento e julgamento pela C. 19ª Câmara de Direito Privado, ocorrido em 19.10.2009 (fl. 189/191).

Considerando-se, no entanto, a anulação do v. acórdão proferido por ocasião do julgamento de Recurso Especial (fl. 301/313), torna-se, novamente, à sua apreciação.

Assiste razão aos embargantes.

Com efeito, nas contrarrazões de apelação ofertada pelos executados, ora embargantes, restou formulado pedido de reconhecimento de conexão existente entre o feito executório em curso e anterior ação declaratória por eles ajuizada (fl. 160/168).

Embora, com efeito, o v. aresto impugnado tenha sido silente quanto ao reconhecimento da existência de conexão entre os feitos, incumbe salientar,

Acesso ao Sumário

todavia, que a sua análise, neste momento processual, se apresenta prejudicada.

Isto porque, após consulta ao sítio eletrônico desta E. Corte Paulista, esta Relatoria obteve ciência de que a ação declaratória formulada pelos executados foi julgada improcedente e transitou em julgado em 19.07.2011.

Ante o exposto, acolhem-se os embargos declaratórios opostos, sem, contudo, efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1032542-50.2015.8.26.0577/50000, da Comarca de São José dos Campos, em que é embargante HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO S.A., é embargado MANOEL MESSIAS CARVALHO LEITE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.670)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente sem voto), SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 19 de maio de 2017.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Ementa: Embargos de Declaração - Apelação julgada parcialmente procedente para determinar a exclusão do nome do apelante dos cadastros de proteção ao crédito, sob pena de multa diária de R$ 500,00 - Omissão quanto à limitação do valor da multa - Acolhimento - Omissão sanada - Multa diária limitada em R$ 10.000,00 - Embargos declaratórios acolhidos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela apelada, Hipercard Banco Múltiplo S/A, em face do v. acórdão de fls. 137/142, que julgou parcialmente provido o recurso de apelação, para determinar a exclusão do nome do apelante, ora embargado, dos órgãos de proteção ao crédito, no prazo de 05 dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00.

Alega a embargante que o acórdão foi omisso ao não prever limitação

para a multa diária arbitrada.

Não houve apresentação de resposta pelo embargado, conforme.

É o relatório.

Os embargos devem ser acolhidos.

Com efeito, o v. acordão foi omisso quanto à limitação da multa diária imposta à embargante, na medida em que fixou o valor diário (R$ 500,00), mas não o valor máximo.

Assim, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, especialmente o fato de que a obrigação principal, correspondente ao débito declarado inexistente, possui valor econômico relativamente baixo (R$ 409,00), não podendo, portanto, servir de baliza para a limitação das astreintes, sob pena de ser estipulado montante inexpressivo, fica sanada a omissão do v. acórdão para que a multa, em sua totalidade, fique circunscrita ao limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sanada a omissão, no dispositivo do acórdão embargado passa a constar: "*Por todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso do autor para que o réu exclua seu nome dos órgãos de proteção ao crédito, no prazo de 05 dias, a contar da publicação deste acórdão, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00, limitada à importância de R$ 10.000,00, condenando-se o réu ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais e recursais, com fulcro no art. 85, § 11º, do CPC/2015, que totalizam R$ 2.000,00*".

Ante o exposto, **acolhem-se os embargos declaratórios**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2139492-17.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante BANCO DO BRASIL S/A, são embargados GUILHERME COUTO FERNANDES e PATRICIA PEREIRA COUTO FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª 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 14.081)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e JAIRO OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 9 de junho de 2017.

MENDES PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão, Contradição e Obscuridade - Não caracterização - Demonstrada a insuficiência de recursos do embargado Guilherme para arcar com as custas processuais - Recurso de embargos de declaração que não tem o condão de instaurar nova discussão sobre controvérsia jurídica já apreciada, nem se presta para suscitar razões novas - Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração deduzidos em face do v. acórdão de fls. 165/168 que, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo para deferir o beneficio da justiça gratuita ao co-embargado Guilherme.

Pretende o recorrente, a modificação do julgado sob o argumento de que os recorridos não comprovaram sua hipossuficiência financeira.

É o relatório.

Os embargos não prosperam.

Não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

A bem da verdade, os argumentos deduzidos revestem-se de nítido caráter infringente, pois pretende o embargante reabrir discussão sobre o entendimento da Turma Julgadora acerca das questões suscitadas nas razões recursais já examinadas. Aliás, são incabíveis embargos de declaração utilizados com a indevida finalidade de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo julgador (cf. RTJ 164/793), nem se prestam para suscitar razões novas.

Com efeito, as declarações de imposto de renda juntadas aos autos, sobretudo a de fls. 155, do agravo de instrumento, demonstram que as dívidas superam os bens declinados pelo embargado, o que comprova documentalmente sua insuficiência de recurso para arcar com o pagamento de custas e despesas processuais.

Embora demonstrado que ele é empresário, suas declarações de renda revelam que ele não possui recursos suficientes para arcar com as custas do processo. Ademais, as dividas e ônus reais alcançam o montante de R$ 81.800,00 (oitenta e um mil e oitocentos reais) superando os bens declinados no valor de R$ 59.000,00 (cinquenta e nove mil reais).

Embora o co-embargado Guilherme não tenha comprovado seu rendimento, caberia a parte contrária comprovar que o mesmo terá condições

Acesso ao Sumário

de arcar com as custas sem prejudicar seu sustento, consignando-se que houve oportunidade para tanto por ocasião da contraminuta, que, por sua vez, passou ao largo desta questão. Preferiu, entretanto limitar-se a alegar genericamente a incorreção do deferimento da benesse. Em razão disso, tem-se que a situação apresentada não merece qualquer reparo.

Destarte, verifica-se apenas o interesse do embargante em modificar o julgado e não de aclará-lo. Contudo, por essa via recursal não se admite, salvo em situações excepcionais, o pedido de reversão do julgado ou reexame de prova.

Frisa-se, como consta da fundamentação do julgado, há pronunciamento expresso a respeito da interpretação do direito que melhor espelha a hipótese em exame. A matéria devolvida para reexame recebeu regular enfrentamento, sendo pertinente consignar o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 739-RJ- EDcl., rel. Min. Athos Carneiro, verbis:

"Não cabe ao tribunal, que não é órgão de consulta, responder questionários postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura..." E continua, "é certo que o julgador não se vê obrigado a examinar e se manifestar sobre toda e qualquer tese jurídica sustentada pelas partes, sendo suficiente que a decisão prolatada seja revestida da necessária fundamentação, o que no caso foi sobejamente atendido" (RSTJ 182/83).

Ante o exposto, rejeita-se o recurso de embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2021007-24.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é embargante TOLEDO FERRARI CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., é embargado ANTONIO CARLOS LICO VITTA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23422)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente sem voto), FABIO TABOSA E CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração - Ausência de omissão, obscuridade ou contradição no Acórdão - Caráter infringente - Embargos rejeitados.

VOTO

Embargos de declaração opostos pela ré agravante ao v. Acórdão de fls. 105/108, alegando que: a) "não houve enfrentamento da matéria constante no item V (fls.08/11) que versou sobre a nulidade da r. decisão agravada"; b) o "V. Acórdão ora embargado omitiu-se quanto à manifesta violação ao artigo 492 do NCPC"; c) o "v. acórdão embargado omitiu-se quanto à inexistência de indicação e hipótese legal autorizadora a julgar parcial e antecipadamente o pedido de pagamento de alugueres vencidos em favor do Embargado"; d) "denota-se também a ocorrência de violação ao princípio da isonomia e imparcialidade do juízo, na medida em houve suposição em favor do Embargado, ainda que não haja qualquer prova que a autorize a conclusão exposta nos autos"; e) "a r. decisão embargada ainda merece reparo na medida em que não indica quem efetuará o reparo e não indica o tempo de sua duração, não podendo assim, a Embargante depender única e exclusivamente de um terceiro que eventualmente ficará a cargo da reforma do imóvel".

Pede que sejam sanadas as questões apontadas para: a) declarar nula a r. decisão agravada; b) excluir a obrigatoriedade de a embargante ressarcir o embargado pelos aluguéis vencidos; e c) fixar limite para o pagamento dos aluguéis vincendos; d) explicitar os motivos da divergência, sob pena de violação aos artigos 489, §1º, IV, 492, 85 *caput* e incisos, §2º, §11, §14, todos do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Conheço dos embargos de declaração, porque foram oferecidos tempestivamente, mas não os acolho, pois o v. Acórdão não contém omissão, contradição nem obscuridade que devam ser supridas.

Constou do v. acórdão que:

"Não há nulidade na decisão agravada, porque ela foi devidamente fundamentada. A discordância da agravante com a decisão não implica falta de fundamentação. O deferimento de antecipação do pedido de condenação da agravante a custear aluguel a favor do agravado não constituiu acolhimento de emenda nem de alteração de pedido, pois aquele pedido foi expressamente formulado na inicial, conforme se vê na fl.44 do agravo e na fl.15 do processo. (...) No caso do imóvel do autor, há várias rachaduras em diversas paredes de todos os cômodos do imóvel, conforme mostram as fotos de fls. 55 a 73 do agravo, em pisos, tetos, paredes, junções de paredes e pisos. Então, o imóvel do autor não é, mesmo, habitável e a alegação de que ele continuou lá até

Acesso ao Sumário

> se mudar para cidade onde conseguiu emprego apenas faz crer que ele não tinha condições econômicas para se mudar, não que podia, sem risco, continuar no imóvel, mesmo porque não se sabe quando e como progridem as inúmeras rachaduras do seu imóvel. É, pois, verossimilhante a alegação de que a obra da ré causou os danos existentes no imóvel do autor, que são relevantes e graves, donde é responsabilidade dela arcar com os custos de moradia do agravado, enquanto seu imóvel não for reformado, para sanar os danos que a ele foram causados (...) Além disso, a agravante havia concordado, expressamente, 'em realizar o reembolso dos alugures (sic) vencidos, desde que apresentados nos autos todos os recibos e comprovantes de pagamento' (fls.86), tendo o agravado comprovado cada um deles (fls.756/775-823/843 do processo). Agora, ela insurge-se contra a determinação de pagamento, alegando 'manifesta ausência de nexo de causalidade', por não ter conseguido se compor com o autor, o que beira má-fé, diante do que consta dos autos e do que já foi nele decidido. Se não bastasse, o dever da agravante em pagar os aluguéis do agravado tem, sim, limite, qual seja o término da obra de restauração do imóvel danificado, de modo que não há risco de a obrigação se 'eternizar'." (fls.106/108, grifei)

A embargante tenta com os embargos, alterar o resultado do julgado, sob o argumento de que v. acórdão padece de omissões, mas a verdade é que todas as questões aduzidas nos embargos foram analisadas e decididas de forma contrária ao pretendido pela embargante, com o que ela não se conforma.

O fato de não ter havido julgamento consoante a interpretação da embargante não determina omissão, contradição nem obscuridade do julgado, não servindo, a repetição de tudo quanto já foi apreciado e julgado, para fundamentar os embargos e menos ainda para alterar o que foi decidido, inexistindo respaldo para o pedido que, na verdade, busca atribuir caráter infringente aos embargos.

O acórdão deve informar o fundamento jurídico de sua decisão, não obrigatoriamente o fundamento legal, elencando artigos e menos ainda motivando a não aplicação de artigos que a parte entende serem aplicáveis ao caso.

Acesso ao Sumário

O conteúdo dos dispositivos legais aplicáveis ao caso foi analisado pelo v. acórdão, não havendo necessidade de reproduzir seus números no corpo do acórdão, porque, repito, as decisões judiciais devem conter fundamento jurídico, não mera reprodução de leis ou de artigos.

Por fim, é elementar que o prequestionamento não é numérico, mas sim temático, já tendo o E. Superior Tribunal de Justiça decidido, no AgRg no Ag. Nº 345.636-0-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, Unânime, j. 16/08/2001, que: "No que se refere ao prequestionamento, esta Corte o tem admitido de forma implícita. A ofensa a determinado dispositivo legal ou a divergência acerca de sua interpretação não requer, obrigatoriamente, que o

referido dispositivo tenha sido mencionado no acórdão recorrido, desde que a questão federal tenha sido debatida no tribunal 'a quo' (ver REsp. 260.142-DF, DJ de 16/04/2001, rel. Min. Jorge Scartezzini; EREsp 181.6820-PE, DJ de 16/08/1999, rel. Min. Eduardo Ribeiro; EREsp 144.844-RS, DJ de 28/06/1999, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)".

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0020092-11.2013.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que são embargantes JOSÉ PEREIRA NASCIMENTO NETO (ESPÓLIO), JOAQUIM ANTONIO DOMINGUES (ESPÓLIO) e NELSON ARIAS PERES (ESPÓLIO), são embargados USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A e PREVIDÊNCIA USIMINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7540)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOURÃO NETO (Presidente) e DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT.

São Paulo, 1º de junho de 2017.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão - Contradição - Obscuridade - Erro material - Inocorrência - Pretensão de instaurar nova discussão sobre controvérsia jurídica - Caráter Infringente - Inadmissibilidade - Órgão julgador não é obrigado a abordar todos os artigos de lei, entendimentos jurisprudenciais e teses suscitados pelas partes - Prequestionamento ficto - Inteligência do artigo 1.025, do Novo CPC - Aplicação de multa na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC - EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos por JOSÉ

PEREIRA NASCIMENTO NETO (ESPÓLIO) E OUTROS, em face do v. acórdão de fls. 843/848 que, por votação unânime, deram provimento em parte ao recurso de apelação.

Contra o v. acórdão em apreço, sobrevieram os presentes embargos declaratórios dos apelantes (fls. 851/869), nos quais se apontam omissão quanto à aplicabilidade das Súmulas nº 327 do TST e nº 85 do STJ.

Manifestação da embargada USIMINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A às fls. 874/875.

Manifestação da embargada PREVIDÊNCIA USIMINAS às fls. 877/878.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

O v. acórdão embargado não padece de qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material, pois ficou justificado o entendimento ali exarado, o que se deu após minuciosa análise da documentação inserta aos autos, bastando a leitura do ato decisório para constatar-se que não há qualquer tema a ser tratado expressamente nesta oportunidade.

Já sob a égide do Novo Diploma Processual Civil, **que guia o julgamento destes embargos**, mais precisamente de seu artigo 1.022, ainda se considera o cabimento dos embargos de declaração para as hipóteses em que, na decisão, houver omissão, obscuridade, contradição ou erro material.

Nelson Nery Junior leciona *in* Teoria Geral do Recurso, RT, 7ª edição, 2014, pág. 414, que: "*O efeito devolutivo nos embargos de declaração tem por consequência devolver ao órgão* a quo *a oportunidade de se manifestar no sentido de aclarar a decisão obscura, completar a decisão omissa ou afastar a contradição de que padece a decisão.*"

No caso *sub judice*, repito, o v. acórdão não foi omisso, nem obscuro e sequer contraditório, haja vista ter se manifestado de forma clara e incontestável acerca do que foi apresentado nos autos.

Assim, como é sabido, os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão da lide. Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ainda de acordo com a antiga legislação, mas cuja lição ainda prevalece, já se manifestou sobre o tema:

> "*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REDISCUSÃO DA MATÉRIA. TESE DEFENDIDA. DESNECESIDADE DE CITAÇÃO EXPRESSA A TODA LEGISLAÇÃO INVOCADA. A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, não sendo possível sua utilização para fins de rediscutir a controvérsia. Ao formar sua convicção, e defender a tese encampada, o magistrado*

não está obrigado a explicitar, uma a uma, as legislações apontadas pelas partes, e muito menos a responder a verdadeiros questionários, principalmente em se tratando de recurso especial, no qual a análise da matéria encontra limitações. Embargos rejeitados." (EDcl no AgRg no REsp 517.632/PB, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Dj. 19.02.2004)

"*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS. SEMESTRALIDADE. LC Nº 7/70. PRESCRIÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. Os Embargos de Declaração não se constituem no meio adequado a provocar o reexame de matéria já apreciada. 2. Ao decidir, o juiz deve prestigiar seu livre convencimento, não estando obrigado a examinar todas as questões suscitadas pelas partes. 3. Embargos de Declaração rejeitados*." (AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 409.029/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dj. 15.09.2003).

O que se verifica é que o embargante direciona seu inconformismo contra r. decisão proferida pelo Colendo Órgão Colegiado, que lhe foi desfavorável, pretendendo sua reforma, o que não é possível em sede de embargos de declaração, devendo a parte buscar solução por meio de recurso adequado.

Fato é que o órgão julgador não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações e teses aventadas pelas partes ou dispositivos constitucionais e legais invocados, bastando que explicite os elementos utilizados na solução da controvérsia.

De tal modo, a teor do art. 1.022 do CPC/2015, os embargos declaratórios somente devem ser acolhidos em caso de reconhecida obscuridade, omissão, contradição ou erro material, não ficando configurada qualquer destas hipóteses *in casu*.

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 chamado "prequestionamento ficto":

"*Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*"

Desta forma, não havendo no v. acórdão recorrido qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material, inadmissível falar em prequestionamento expresso, no intuito de ingressar com futuros recursos junto às Cortes Superiores, até porque o prequestionamento, a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, se apresenta de forma ficta, conforme previsão

Acesso ao Sumário

legal aludida.

Desta feita, dúvida não há, que os embargos, são, de fato, manifestamente protelatórios, caracterizando a litigância de má-fé.

Assim, na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC, aplica-se ao embargante multa de 2% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, revertendo-se a quantia em favor das embargadas. Devendo-se, contudo, observar a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária aos embargantes.

Por esses fundamentos, REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com imposição de multa aos embargantes.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2247991-95.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante C.B.G.S. e Paciente E.C.O., é impetrado M. J. DE D. DA 7 V. DA F. E S. DO F. C. C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18969)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), ANGELA LOPES e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 11 de maio de 2017.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*. Execução de alimentos referentes a prestações pretéritas. Inaplicabilidade do artigo 733 do CPC/73. Descumprimento do teor da Súmula 309, do Superior Tribunal de Justiça. Execução que abrange período muito superior ao das prestações vencidas três meses antes do ajuização da ação. Decreto de prisão que é medida excepcional. Ordem concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ordem de "*habeas corpus*" impetrado em favor de E.C.O., pelo descumprimento de acordo judicial formulado em decorrência de atraso nas prestações alimentícias a que se comprometeu o paciente com seus filhos e ex-esposa.

Sustenta, em suma, que a medida coercitiva é ilegal, porque estão sendo cobrados débitos parciais referentes ao acordo firmado em 25 de outubro de 2012. Afirma que houve quitação dos valores em relação a seus filhos. Sua ex-esposa está empregada, e o acordo firmado entre as partes previa que as prestações seriam devidas até que se reintegrasse ao mercado de trabalho.

Informa que teve seu nome negativado, foi decretada a falência de sua empresa e constituiu nova família. Possui do segundo casamento, um filho de 14 anos com câncer cerebral, cujo tratamento lhe é por demais dispendioso. Requer a concessão da ordem, posto que incabível o rito previsto no artigo 733 do Código de Processo Civil, pois a decisão que decretou a prisão civil cobra débitos pretéritos, o que é vedado por lei.

No plantão judiciário, foi dada contraordem de expedição de mandado de prisão. A liminar foi indeferida e dispensadas as informações da autoridade coatora.

É o relatório do essencial.

O presente pedido de "*habeas corpus*" foi interposto contra decisão proferida em 14 de julho de 2016, que decretou a prisão civil do paciente.

Contudo, o foi em decorrência do descumprimento de acordo firmado pelas partes e homologado pelo juízo em 25 de outubro de 2012 (fls. 18/19).

Compulsando os autos, verifica-se que o acordo firmado entre as partes no ano de 2012, pôs fim a duas ações de execução de alimentos movidas contra o paciente, prevendo que na hipótese de inadimplência o feito seria processado pelo rito do artigo 733 do CPC/73. Além disso, fixou multa de R$181.674,45, "*referente à dívida que corre pelo artigo 732 do CPC/73*" (cf. fl. 18/19).

Pois bem, embora o acordo firmado entre as partes traga a previsão de prisão na hipótese de inadimplemento do alimentante, os valores cobrados dizem respeito ao ano de 2012, sem caráter alimentar, portanto.

Dadas suas características específicas (obrigação alimentar), a execução de pensão alimentícia, pelo rito do artigo 733, do Código de Processo Civil, somente pode se fundamentar nas três últimas parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento da execução, bem como naquelas vencidas no curso da lide, o que, em tese, autorizaria a decretação da prisão civil na hipótese de não pagamento.

Esse entendimento está consubstanciado no novo Código de Processo Civil, no artigo 528, §7º, nos seguintes termos:

"§7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o

Acesso ao Sumário

que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".

Tal entendimento, aliás, consubstanciou-se na Súmula 309 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ainda aplicável na vigência do novo Código de Processo Civil, no seguinte teor:

"*O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo*".

No entanto, no caso presente, como já visto, está sendo objeto de execução, parcelas vencidas em período superior aos dos últimos três meses. Há perda do caráter alimentar, não autorizando decreto de prisão civil.

Além disso, consta dos autos que foi realizado o pagamento do débito em relação a seus filhos, maiores e formados com nível superior.

As demais questões, referentes a impossibilidade de efetuar os pagamentos devidos, refogem aos angustos limites do "*habeas corpus*". Neste âmbito, verifica-se somente a legalidade ou não do decreto de prisão, defeso o exame mais aprofundado da matéria de mérito.

Diante do exposto, e considerando tais razões excepcionais, concede-se a ordem, para cassação da ordem de prisão civil do executado.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2029164-83.2017.8.26.0000, da Comarca de Artur Nogueira, em que é agravante MUNICÍPIO DE ENGENHEIRO COELHO, é agravado SIDNEY BARBOSA MERIS (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 ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.315)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 2 de maio de 2017.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de Segurança. Demissão de servidor na vigência de período eleitoral. Impossibilidade. Art. 73, inciso V, da Lei 9.504/97. Dispositivo legal que não abarca dentre as suas ressalvas, o desligamento de servidor em face da aplicação da pena de demissão, decorrente da prática de faltas graves apuradas em procedimento administrativo. Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado pelo **Município de Engenheiro Coelho** da R. Decisão de fls. 244 (dos autos principais) que, na ação que lhe move **Sidney Barbosa Meris**, deferiu tutela provisória de urgência para determinar a suspensão dos efeitos da decisão proferida no procedimento administrativo 1715/2016, reintegrando o autor ao seu posto de trabalho até decisão ulterior, porquanto sua exoneração ocorreu no curso de período eleitoral.

Assevera o agravante que a vedação mencionada pelo Juízo não prevalece

Acesso ao Sumário

quando houver motivos para exoneração decorrente da prática de faltas graves apuradas em procedimento administrativo.

Pretende, assim, obter efeito suspensivo no agravo para suspender os efeitos da decisão, e, ao final, a sua reforma (fls. 01/18).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade.

Sem prejuízo de melhor análise do mérito pela Turma Julgadora, **indefiro** a antecipação da tutela recursal.

A concessão de tutela antecipada é ato que se insere na esfera de discricionariedade regrada do julgador, não devendo ser revista senão nos casos em que esteja eivada de ilegalidade ou abusividade.

Tal não é o caso da r. decisão agravada: *prima facie*, o raciocínio a partir do qual o Meritíssimo Juiz *a quo* negou o pedido liminar não é lacunoso e nem se esteia em premissas genéricas ou que pudessem de plano ser invalidadas.

Na espécie, a decisão não adentra a discussão quanto à higidez do processo administrativo que culminou na penalidade, ficando adstrita ao fato de que o ato exoneratório se consumou durante a fluência de período eleitoral – em desacordo com a regra do art. 73, inciso V, da Lei 9.504/97 e com o limitado elenco das exceções legalmente admitidas:

> *"Art. 73, V, da Lei 9.504/97: Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:*
>
> *[...] V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:*
>
> *a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;*
>
> *b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;*
>
> *c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;*
>
> *d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;*
>
> *e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de*

Acesso ao Sumário

agentes penitenciários.

A restrição é também replicada no artigo 274, do Estatuto dos Servidores Municipais de Engenheiro Coelho.

Observa-se que o dispositivo legal não abarca, dentre as suas ressalvas, o desligamento de servidor em face da aplicação de pena de demissão, decorrente da prática de faltas graves apuradas em procedimento administrativo.

E uma vez que o objetivo de estender a proibição para depois das eleições é evitar o abuso de poder político contra servidores, era de rigor observar a regra: a Administração estava obrigada a suspender a aplicação da penalidade – e a publicação do ato de exoneração – até que se escoasse o período legal de vedação.

Isto posto, **nego provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2238395-87.2016.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante MUNICÍPIO DE DIADEMA, é agravada FRANCISCA RODRIGUES DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.710)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Tutela antecipada deferida – Pretensão à inclusão como beneficiária do programa municipal de auxílio-aluguel – Elementos nos autos que indicam, de plano, a probabilidade do direito invocado, configurado em situação de risco por violência doméstica e de vulnerabilidade financeira – Lei Municipal nº 2.884/09 de Diadema – Presentes os requisitos do art. 300 do novo Código de Processo Civil – Decisão mantida – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 43 (dos autos principais), que deferiu a tutela antecipada na ação de obrigação de fazer ajuizada por Francisca Rodrigues de Oliveira em face do Município de Diadema, determinando que o Município implante o benefício do auxílio-aluguel à demandante.

Agrava o Município alegando que, se mantida a decisão, haverá risco de lesão grave e de difícil reparação ao ente público e aos outros beneficiários de programar municipais de habitação, pois os recursos destinados ao programa de auxílio-moradia já estão comprometidos para o exercício financeiro conforme planejamento prévio; aponta a ausência de *fumus boni iuris*, uma vez que a agravada não demonstrou preencher os requisitos legais previstos na Lei Municipal nº 2.884/09 para ter o benefício concedido; afirma que a lei não ampara as situações de vulnerabilidade financeira por desemprego, somente de vulnerabilidade social, que não é o caso da autora; sustenta que os dispositivos legais que tratam do benefício não contemplam o aluguel de imóvel e que inexiste comprovação nos autos de que a autora fez sua inscrição em programa de habitação definitivo; argumenta que o Poder Público não terá como reaver o montante despendido para atender a tutela antecipada, sendo, portanto, provimento jurisdicional irreversível. Pede provimento ao recurso (fls. 01/13).

Recurso tempestivo, dispensado de preparo e processado com atribuição de efeito suspensivo (fls. 15); não foram apresentadas contrarrazões (fls. 19).

É o relatório.

A autora ingressou com a presente ação visando a condenação do Município de Diadema a pagar auxílio moradia ou aluguel até ser atendida em programa habitacional (Auxílio Moradia) definitivo destinado a famílias de baixa renda, uma vez que não exerce atividade laborativa e, portanto, não tem como arcar com os custos do imóvel alugado em que vive com suas filhas desde que deixou a sua antiga residência em caráter de urgência, em razão de violência verbal e física que sofreu do seu ex-companheiro, proprietário daquele imóvel (fls. 34/38 dos autos principais).

Acesso ao Sumário

Inconformado com a tutela antecipada concedida pelo Juízo *a quo*, determinando a implantação imediata do benefício "auxílio-aluguel", o Município interpôs o presente recurso.

A concessão de liminar tem por finalidade evitar que ocorra determinada situação ou fato que ponha em perigo iminente o direito da parte que a pleiteia e a eficiência da prestação jurisdicional e, por isso, pressupõe, necessariamente, a coexistência dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora.*

Há que se demonstrar de um lado a plausibilidade do direito invocado e, de outra parte, a urgência em se obter o provimento, no sentido de que pelo

simples fato de se esperar o deslinde natural do processo deixaria de existir o resultado útil desejado, podendo acarretar lesão grave, de difícil ou até mesmo impossível reparação.

No caso, consta no documento de fls. 39 (autos principais) que a Defensoria Pública expediu em julho de 2016 ofício à Secretaria de Assistência Social e Cidadania - SASC solicitando a "*avaliação da situação e referenciamento do grupo familiar*" da autora (fls. 39 dos autos principais), com notícia de que, até a data do ajuizamento da demanda (19/10/2016), a SASC não se pronunciou sobre aquele requerimento (em especial fls. 02/03 dos autos principais), bem como foi juntado no feito estudo social elaborado pela assistente social da Defensoria apontando, em juízo sumário, parecer favorável para a concessão do benefício, uma vez que a condição social da autora e de suas filhas se enquadra na situação de risco e de vulnerabilidade financeira, diante da "*violência que vivenciaram*" e "*uma vez que Sr.ª Francisca e filhas estão desempregadas*" (fls. 34/38 dos autos principais).

Diante desse quadro, possível vislumbrar, de plano, a presença dos elementos necessários para a concessão da tutela de urgência, uma vez que o pedido liminar limita-se à inclusão da autora como beneficiária do programa de auxílio-aluguel até atendimento em programa habitacional definitivo (fls. 17 dos autos principais), pretensão amparada pela Lei Municipal nº 2.884/09 de Diadema (art. 1º, IV e art. 11), e não à concessão de moradia, a qual seria inviável conceder nesta fase sem aguardar o contraditório.

Assim, correta a decisão do magistrado *a quo*, a qual concluiu que "*O Estudo Social de fls. 34/39 aponta, em juízo de cognição sumária, pela situação de vulnerabilidade social pela qual passa a autora e seus filhos, demonstrando, em princípio, a dificuldade de sobrevivência e a ausência de apoio de familiares*" (fls. 43 dos autos principais).

Assim sendo, presentes os elementos do art. 300 do novo Código de Processo Civil, deve ser mantida a r. decisão agravada, sem prejuízo de posterior reavaliação pelo juízo *a quo*, após regular instauração do contraditório.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019017-95.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TETSUO SHIMOHIRAO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

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 30.412)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente sem voto), COIMBRA SCHMIDT e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS E DESPESAS PROCESSUAIS – Direito do advogado somente aos honorários advocatícios, que passaram a ter natureza remuneratória – Despesas e honorários são institutos diferentes; enquanto os honorários são de titularidade do advogado, as despesas devem ser reembolsadas à parte – Inteligência dos arts. 82, §2º e 85 do novo CPC. Recurso improvido.

VOTO

Tetsuo Shimohirao deduziu agravo de instrumento em face da r. decisão que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença para reduzir o valor a ser executado (fls. 33/35).

Explica que pretende a cobrança autônoma da sucumbência. Diz que iniciou o processo de cumprimento de sentença para a cobrança dos honorários e das custas processuais adiantadas. Afirma que custeou as despesas e juntou declaração escrita de próprio punho de seus clientes. Assere que os clientes concordam que as custas são do advogado. Daí, pretender a modificação do r. ato decisório (fls. 1/5).

A agravada apresentou contraminuta (fls. 64/66).

É o relatório.

O agravante, em cumprimento de sentença, apresentou os cálculos pretendendo a cobrança autônoma dos honorários sucumbenciais e as despesas processuais adiantadas nos autos da ação de desapropriação (fls. 37/39).

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, alegando excesso de execução, pois o agravante, como advogado do expropriado, não teria legitimidade ativa para executar em nome próprio o

Acesso ao Sumário

ressarcimento das custas recolhidas pela parte no processo (fls. 51/52).

A MM. Juíza da causa acolheu a impugnação para "reduzir o valor a ser executado para R$ 9.060,19, válido para agosto de 2016" (fls. 35).

Não assiste razão ao recorrente.

Nos termos do novo Código de Processo Civil, compete às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, sendo que o vencido deve pagar ao vencedor as despesas que antecipou (art. 82 e § 2º).

Quanto aos honorários, estabelece o artigo 85 que "a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor".

Depreende-se, portanto, que as despesas processuais e os honorários advocatícios, apesar de subordinados aos princípios da sucumbência e causalidade, são institutos diferentes e como tais devem ser tratados.

Conforme expresso no novo Código de Processo Civil, os honorários são de titularidade do advogado, enquanto que as despesas devem ser reembolsadas à parte.

É certo que os documentos extraídos dos autos da desapropriação, como a guia de recolhimento de custas e nota fiscal de serviços referentes à publicação do edital (fls. 40/49), não comprovam a legitimidade do advogado para a execução de tais valores.

Também o documento juntado às fls. 56 não tem valor probatório, vez que sequer há a autenticação da assinatura.

Assim, de fato, o agravante é parte ilegítima para exigir as verbas referentes às custas e despesas processuais, sendo devidas à parte.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025176-54.2017.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante EDNEI FERNANDES MARCHESIN, é agravada GUARDA MUNICIPAL DE AMERICANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 34.345)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 2 de maio de 2017.
COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Revogação do benefício. Inadmissibilidade, no caso. Miserabilidade jurídica que não pode ser confundida com pobreza material, miserabilidade ou indigência. Rendimentos mensais auferidos pelo beneficiário demonstram não se tratar de verba que permita vida confortável. Outrossim, a contratação de advogado particular não impede a concessão do benefício (§ 4º do art.99 do CPC). Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto pelo impugnado contra a decisão copiada a f. 15/16, que revogou os benefícios da assistência judiciária que lhe haviam sido concedidos e determinou o recolhimento das custas iniciais, sob pena de extinção do processo.

Insiste no restabelecimento da benesse. Aduz, em síntese, que seus rendimentos não são significativos, uma vez considerados os gastos empenhados à subsistência familiar. Diz, ainda, inexistir em sua declaração de rendimentos quaisquer indícios de riqueza. Assevera, ademais, que a contratação de advogado particular não causa óbice à concessão da gratuidade judiciária.

Transcorreu *in albis* o prazo para oferecimento de contraminuta (f. 81).

É o relatório.

O parágrafo 1º do art. 4º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, firma presunção *juris tantum* de pobreza jurídica à vista da afirmação da parte interessada de que não dispõe de meios para custear o processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Essa presunção positivou-se no art. 99, do NCPC, segundo o qual:

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

O simples fato de o agravante perceber rendimentos superiores a quatro salários mínimos não induz aventar deter fortuna. Tampouco se trata de verba que permita vida confortável.

Outrossim, a ideia de miserabilidade jurídica não se confunde com pobreza material, miserabilidade ou indigência.

Em recente decisão da Corte Especial do C. STJ, o Ministro Raul Araújo

ponderou que:

Não parece viável dar a desdobramento da presunção legal de hipossuficiência interpretação que venha a tolher o próprio direito constitucionalmente assegurado à parte.

E que o pedido pode ser afastado somente por decisão judicial fundamentada, quando questionada pela parte contrária, ou quando o julgador buscar no processo informações que desprestigiem a dita declaração[1].

O entendimento é sufragado nesta Câmara:

Assistência Judiciária – Concessão do benefício – Requisito – Simples afirmação na petição inicial de falta de condições de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou da família – Presunção relativa de veracidade dessa assertiva (cf. art. 4º e § 1º, da Lei nº 1.060/50) – Dispensa da comprovação da hipossuficiência Artigos 4º e 7º, da Lei nº 1.060/50. Enquanto permanecer nestas condições, o Judiciário não poderá revogar o benefício da Assistência Judiciária Gratuita[2].

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – Nos termos do sistema legal vigente, não há exigência da prova de pobreza, bastando simples declaração – Benefício que, ademais, pode ser revogado a qualquer instante, desde que comprovada a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão (arts. 7º e 8º, da Lei nº 1.060/50). Recurso conhecido e provido[3].

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Pedido de gratuidade da justiça não analisado – Benefício condicionado à juntada da declaração de pobreza – Garantia de acesso às vias jurisdicionais[4].

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Interposição contra decisão que, em sede de ação civil pública, indeferiu o pedido de Justiça Gratuita e recebeu a petição inicial – Juntada aos autos da declaração de pobreza e do demonstrativo de pagamento – Cabimento dos benefícios da Justiça Gratuita, o agravante não esta sujeito ao estado de miserabilidade, mas necessita do benefício como garantia de acesso à prestação jurisdicional – Atendimento dos requisitos legais[5].

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Indeferimento do benefício da justiça gratuita – Autores que recebem vencimentos inferiores a oito salários mínimos – Juntada de declaração de pobreza e de contracheques que reforçam a presunção legal, inexistindo fatos que possam desaboná-las

Acesso ao Sumário

1 AREsp 440.971, CONJUR, 6.2.2016.

2 Agravo de Instrumento n. 0121438-13.2011.8.26.0000 (Des. Guerrieri Rezende).

3 Agravo de Instrumento nº 0244854-18.2011.8.26.0000 (Des. Moacir Peres).

4 Agravo de Instrumento nº 0276051-88.2011.8.26.0000 (Des. Magalhães Coelho).

5 Agravo de Instrumento nº 0239097-43.2011 (Des. Eduardo Gouvêa).

– Recurso provido[6].

A propósito, confira-se a jurisprudência do C. Pretório Excelso, não só no sentido de considerar compatível com o texto constitucional a Lei nº 1.060, de 1950, como também no de nela reconhecer, dentro do espírito da Carta Magna, a virtude de conferir efetividade à garantia do acesso à justiça, como se vê dos seguintes precedentes:

> ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI Nº 1.060/50, ART. 4º, C.F., ART. 5º, LXXIV. INCOMPATIBILIDADE INOCORRENTE. O art. 4º da Lei nº 1060/50 não colide com o art. 5º, LXXIV, bastando à parte, para que obtenha o benefício da assistência judiciária, a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário. Recurso extraordinário não conhecido (RE 205.080, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 27.06.1997).
>
> CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI 1.060, DE 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I A garantia do art. 5º, LXXIV assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, 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 seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV). II R.E. não conhecido (RE 205.029, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 07.03.1997).

Na mesma linha de orientação, dentre outros: AI nº 575127/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 5.4.2010 e RE nº 529032/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 18.2.2010.

Ademais, não está a parte obrigada, para fazer jus aos benefícios da gratuidade, a obedecer aos critérios de renda para recorrer aos serviços da Defensoria Pública.

Por fim, dispõe, expressamente, a legislação processual em vigor que *a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça* (§ 4º do art. 99 do CPC).

De rigor, portanto, o restabelecimento dos benefícios da assistência judiciária ao agravante.

Posto isso, dou provimento ao recurso.

Os recursos que deste se originarem estarão sujeitos a julgamento virtual, a não ser que se manifeste impugnação à forma, nos respectivos prazos de interposição.

Acesso ao Sumário

6 Agravo de Instrumento nº 0124679-92.2011.8.26.0000 (Des. L. S. Fernandes de Souza).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2159468-10.2016.8.26.0000, da Comarca de Cajamar, em que é agravante ENPLAN ENGENHARIA E CONSTRUTORA LTDA., é agravada MARINA DOS SANTOS REIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso provido em parte, com observação. v.u., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.011/2017)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente), LUIS GANZERLA e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 9 de maio de 2017.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: PROVA – ônus. Autora que se insere na regra de proteção prevista no artigo 6º, incisos I, VI, VII e VIII, do CDC. Relação de consumo que autoriza a inversão do ônus da prova. Beneficiária da assistência judiciária gratuita. Produção antecipada de prova pericial. Custeio com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal. Inteligência do artigo 98, § 3º, inciso II, do CPC. Tutela de Urgência. Ausência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito pleiteado pela agravante, a fim de conceder-lhe o efeito suspensivo almejado, afastar as "astreintes" ou reduzir o valor fixado na hipótese de eventual descumprimento da determinação. RECURSO PROVIDO EM PARTE, com observação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por "*ENPLAN ENGENHARIA E CONSTRUTORA LTDA.*" contra a r. decisão que, em sede de ação ordinária ajuizada por "*MARINA DOS SANTOS REIS*" contra ela e a "Prefeitura Municipal de Cajamar", deferiu parcialmente o pedido de tutela antecipada para determinar o início das obras necessárias à contenção do talude, de forma a resguardar a segurança e solidez da residência da autora, ora agravada, no prazo de 5 (cinco) dias e sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), limitada a R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Acesso ao Sumário

Sustenta, em síntese, que já vem cumprindo com a decisão judicial ao realizar estudos de engenharia e proceder a colocação de lonas plásticas, enroladas com pontaletes de eucalipto e fixadas com grampos de aço, mas é inocente em relação aos fatos alegados pela parte autora já que há construções irregulares de imóveis vizinhos que desatenderam o projeto original e que ocasiona eminente perigo de dano e deformação do talude.

Aduz, ainda, que havia notificado a Prefeitura Municipal de Cajamar acerca das obras irregulares na localidade, constando despejos de águas pluviais diretamente nos taludes, entupimento com lixo e terra na drenagem existente que causa deformação quando saturado pelas águas lançadas indevidamente, dando início a um processo de "macaqueamento hidráulico" que resulta em instabilidade.

Requer a redução da multa diária de R$.10.000,00 para R$.1.000,00, ao argumento de ser exorbitante, bem como que seja afastada a inversão do ônus da prova .

A liminar foi indeferida (fls. 163-167), sobrevindo a respectiva contraminuta (fls. 189-196).

É o breve relato.

O recurso comporta parcial provimento.

Insurge-se a agravante contra o reconhecimento pelo MM. Juízo "*a quo*" da relação de consumo estabelecida entre as partes, a inversão dos ônus da prova, bem como acerca das *astreintes* a ela imposta.

Como sabido, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (artigo 2º, da Lei nº 8.078/90).

Nesse particular, considerando-se os documentos juntados no presente agravo de instrumento, verifica-se que a empresa agravante é a responsável técnica pela produção/construção do empreendimento habitacional adquirido e utilizado pela autora como destinatária final em Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV (fls. 227-272).

Essa situação fático-jurídica permite afirmar, com a certeza necessária, que a agravada está inserida na regra de proteção prevista no artigo 6º, incisos, I, VI, VII e VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

> *"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:*
>
> *I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;*
>
> *(...);*
>
> *VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - ***a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;***

(...).” (grifei)

É bem verdade que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “*a inversão do ônus da prova não implica a obrigatoriedade de a parte contrária arcar com as custas da prova requerida pelo adversário; sujeita-se ela, contudo, às eventuais consequências de sua não realização, a serem aferidas quando do julgamento da causa, em face do conjunto probatório trazido aos autos*” (AgRg na MC 17695 / PR, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 05/05/2011, DJe 12/05/2011), ou seja, “*presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*” (STJ, 2ª Turma, REsp nº 871.350/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 13/05/2008, DJU 26/05/2008).

Tratando-se de requerimento de antecipação de prova pericial pela parte autora, beneficiária da assistência judiciária gratuita, incide o disposto no artigo 95, § 3º, inciso II, de modo que “*‘as despesas pessoais e materiais necessárias para a realização da perícia e confecção do respectivo laudo estão abrangidas pela isenção legal de que goza o beneficiário da justiça gratuita’ 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’*” (Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca *in* “Codigo de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, 47ª ed., Ed. Saraiva, nota 98:8, pág. 204).

Não há, pois, incompatibilidade entre a inversão do ônus da prova e possibilidade da parte demandar sob o abrigo da gratuidade da justiça (REsp nº 639.534/MT, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 09/11/2005, DJ 13/02/2006, p. 659), ressaltando que o Código de Processo Civil, em seu artigo 95, §3º, estabelece que a prova pericial de responsabilidade de beneficiário da gratuidade da justiça será custeada com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal (inciso II).

Dirimida a questão atinente ao ônus da prova pericial, passa-se à análise da insurgência contra o deferimento liminar da obrigação de fazer.

Em que pese a empresa agravante noticiar o início da adoção de

Acesso ao Sumário

medidas para a contenção do talude, o que tornaria desnecessário qualquer pronunciamento acerca desta questão, o inconformismo apresentado não merece guarida, porquanto o conjunto probatório apresentado na fase inicial do procedimento evidencia a probabilidade do direito arguido pela parte autora, consubstanciada pelos indícios de falha na execução e/ou planejamento do empreendimento onde está situado o imóvel no qual reside, cujas rachaduras e auto de interdição elaborado pela defesa civil, demonstram o risco de dano ou ao resultado útil do processo.

Outrossim, o "*quantum*" fixado também não se mostra excessivo, nem tampouco viola o princípio da razoabilidade, razão pela qual deve subsistir na forma em que estabelecido pelo MM. Juízo "*a quo*".

Destarte, reconhecida a relação de consumo, dever-se-á observar quanto à prova pericial pleiteada pela parte autora, beneficiária da gratuidade da justiça, o disposto no artigo 95, § 3º, do Código de Processo Civil, mantendo-se, no mais, a respeitável decisão agravada.

Importante destacar, por oportuno, que a r. decisão agravada além de determinar que a empresa agravante realizasse as obras necessárias à contenção do talude, também determinou que o Município de Cajamar comparecesse imediatamente ao local dos fatos para que adotasse medidas de cunho emergencial e social, caso fosse necessária a desocupação imediata do imóvel, competindo à interessada se insurgir ou provocar o Juízo da Vara de Origem para a adoção das medidas necessárias ao fiel cumprimento dessa determinação.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos retro especificados.

Sem prejuízo e independentemente do trânsito em julgado, oficie-se ao MM. Juízo "*a quo*" comunicando o resultado deste julgamento.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024763-41.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUZIA DA SILVA PEREZ, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente), MOACIR PERES e

COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 15 de maio de 2017.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Professora de Educação Básica II – Licença para tratamento de saúde – Servidora que se diz impossibilitada de exercer suas funções, correndo o risco de perder a condição de sobrevivência, caso os descontos em folha, feitos à guisa de falta injustificada, diante de parecer contrário ao afastamento, emitido pelo DPME, subsistam – Provimento provisório que se justifica – Recurso provido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão de indeferimento do pedido de tutela de urgência, oportunidade na qual a autora, ora Agravante, pedia que a requerida se abstivesse de proceder ao desconto, no valor dos seus vencimentos, correspondente a faltas que se verificaram no curso da análise do requerimento de concessão de licença-saúde, a final indeferido.

É o relatório.

Segundo atestado do médico particular que assiste a servidora, padece ela de transtorno bipolar (CID 10, F 31.2), razão por que o psiquiatra prescreveu afastamento por noventa dias (fls. 23 dos autos da ação ordinária). Para surpresa da docente, que afirma nem sequer conseguir ficar em ambientes onde haja muitas pessoas – situação recorrente em unidades escolares –, o Departamento Médico do Estado manifestou-se desfavoravelmente ao afastamento.

Diga-se que o quadro descrito na inicial guarda perfeita relação com aquilo que a literatura médica expõe acerca do comportamento do portador de Transtorno Bipolar Afetivo, qualificado, no excelente trabalho da autoria do Psiquiatra Teng Chei Tung, autor de diversos estudos sobre doenças afetivas e Coordenador do Serviço de Pronto Atendimento do Instituto de Psiquiatria do HCFMUSP, como "a doença da inconstância", "sexta maior causa de incapacitação no planeta", segundo estudos da Organização Mundial da Saúde – OMS (Teng Chei Tung, *Transtorno Bipolar, in Mente e Cérebro*, Ano XV, nº 182, SP, Duetto, março de 2008, p. 42).

De fato, o portador do Transtorno Bipolar apresenta dificuldades de se dedicar ao trabalho, pois seu desempenho tem momentos de altos e baixos.

Acesso ao Sumário

O *bipolar* não tem controle sobre o que pensa ou fala durante os períodos de manifestação da doença, o que torna o portador vítima de preconceito e discriminação.

O *bipolar* vai da alegria esfuziante e constrangedora (diante das suas manifestações hiperbólicas) à tristeza profunda, quando, sem motivo aparente, a pessoa acorda vários dias seguidos desanimada, como se a tristeza fosse o pano de fundo de sua vida.

"Entretanto, não é só o humor que fica alterado no transtorno bipolar. Muitas outras funções cerebrais e extracerebrais sofrem mudanças, como as relacionadas aos ritmos biológicos, aos controles dos movimentos corporais (...), das funções da memória e de concentração mental, da impulsividade, dos desejos e das vontades" (Teng Chei Tung, ob. cit., p. 48).

"Recentemente, vêm sendo estudadas e descritas, com mais detalhes, as características que aparecem entre as crises, como temperamentos do tipo irritável, hiperativo, depressivo, impulsivo, e as consequências, no cotidiano, desse modo de ser instável, como dificuldades de relacionamento, de permanecer em um emprego ou manter amizades duradouras" (Teng Chei Tung, ob. cit., p. 48).

É certo, que o tratamento da doença garante boa evolução a longo prazo (Teng Chei Tung, ob. cit., p. 46). Mas a doença é crônica, com causas associadas a fatores ambientais, e o tratamento complexo, exigindo estratégias profiláticas (prevenção das crises) e o controle dos sistemas agudos, com acompanhamento psicológico (*idem, ibidem*), havendo se se consignar que, no presente caso, não há prognóstico positivo (fls. 864).

Alguém, ao receber uma notícia desagradável, fica amuado, descontente, mas o portador do transtorno bipolar afetivo, "fica de cama, com reações exacerbadas", trocando o dia pela noite, sem condições de se organizar, no que se revela um ritmo biológico caótico ou cíclico (Teng Chei Tung, ob. cit., p. 47). A tristeza experimentada por uma pessoa saudável, diante dos desapontamentos que fazem parte da rotina, é breve, ao passo que a tristeza do portador de transtorno bipolar é patológica, prolongada, impedindo-o de realizar suas atividades habituais (Teng Chei Tung, ob. cit., p. 48).

Acesso ao Sumário

O padecimento não se justifica, porque agrava o estado de saúde da professora, conspirando contra a qualidade do trabalho desenvolvido. Vítimas – aliás, indefesas – também são os alunos, o que sobreleva ressaltar diante dos traços psicóticos identificados pelos profissionais que acompanham a professora. É certo que o Departamento Médico manifestou-se desfavoravelmente ao pedido de licença, mas esta é uma questão que haverá de ser analisada à luz do contraditório. Por ora, importa considerar a fumaça do bom direito e o perigo na demora da prestação jurisdicional definitiva, haja vista que o desconto em folha

poderá interferir nas condições de sobrevivência digna da autora, que recebe módicos vencimentos, tudo a gerar uma espécie de círculo vicioso.

Assim, determino que o poder público se abstenha de proceder, doravante, ao desconto em folha, relativo às faltas verificadas no período em que a autora se afastou para tratar da saúde, até o exame da E. Câmara.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251556-67.2016.8.26.0000, da Comarca de Descalvado, em que são agravantes FRANCISCO APARECIDO LIDUENHA, RENAN FRANCISCO LIDUENHA e KID LIXO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS PLÁSTICOS LTDA. EPP, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.985)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 16 de maio de 2017.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação civil pública pela prática de improbidade administrativa – Indisponibilidade de bens decretada – Pedido de limitação do valor – A restrição a ser imposta aos bens dos Agravantes, até mesmo pela natureza da medida, deve englobar o montante necessário a resguardar futura reparação integral do dano ao erário – Medida de índole cautelar, de cunho conservativo e não punitivo – Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Francisco Aparecido Liduenha e outros, tirado contra decisão de fls. 41/42, prolatada pelo Juiz Rafael Pinheiro Guarisco, que, em ação civil pública, decretou a indisponibilidade de

bens dos ora Agravantes, com fundamento no artigo 12 da Lei nº 7.347/85.

Aduzem que não houve a limitação do valor do suposto dano experimentado pela Municipalidade de Descalvado.

Requerem o imediato desbloqueio dos bens, com exceção do veículo IMP/WILLYS OVERLAND, ano/modelo 1954/1954, placa EID 2954, suficiente para garantir eventual reparação para a Municipalidade.

A tutela de urgência não foi deferida (fls. 99/100).

É o relatório.

Extrai-se da inicial que postulam os Agravantes que haja limitação para a decretação da indisponibilidade no valor indicado na inicial da civil pública, e que o valor que exceder o montante seja desbloqueado.

Ora, a restrição a ser imposta aos bens dos corréus, até mesmo pela natureza da medida, deve englobar o montante necessário a resguardar futura reparação integral do dano ao erário, bem como multa civil.

Isso porque, o processo pode tramitar por vários anos, devendo ser computados, junto à reparação integral do dano e a multa civil, os juros e correção monetária.

Ademais, o patrimônio dos Agravantes permanece preservado, podendo dele usufruir livremente.

Não há elementos nos autos que autorizem o reconhecimento da suficiência do bem indicado pelo Agravante às fls. 13, para atender o bloqueio determinado.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Indisponibilidade dos bens. Alegação de excesso na ordem de constrição. Hipótese não configurada. Providência recepcionada pela legislação para assegurar o resultado útil do processo, considerando, para tanto, que a ação de improbidade administrativa pretende obter provimento jurisdicional condenatório para o ressarcimento ao erário de R$ 690.008,24, acrescido de multa civil equivalente ao dobro do valor do dano material. Aplicação do artigo 7º e parágrafo único da Lei n. 8.429/92. Agravante que não comprovou documentalmente, por meio de CRLV, como seria de rigor, a propriedade dos 73 caminhões, tampouco o bloqueio desses veículos. Ausência de verossimilhança da alegação de excesso de constrição. Avaliação pela Tabela Fipe que não considera as condições individuais de cada veículo e, por isso, não espelha o real valor de mercado. Ausência de prova cabal de que a constrição é apta a assegurar o integral ressarcimento do dano, inclusive, da multa civil.

Fundado receio atinente à frustração da ação civil pública. Cabimento da tutela de urgência. Manutenção do ato judicial. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de Instrumento nº 0083334-78.2013.8.26.0000, Relator José Maria Câmara Júnior, j. em 22/05/2013.

Nesses termos, considerando que a medida de indisponibilidade visa a assegurar ao erário público o pagamento de eventual condenação patrimonial, mostra-se correta a decisão agravada.

Por derradeiro, considera-se pré-questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. (EDROMS 18205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 08.05.2006 p. 24).

Em face do exposto, nega-se provimento ao Agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2086848- 97.2016.8.26.0000, da Comarca de Mairiporã, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados HEBRAHIM HALLAK (ESPÓLIO), WILSON FORTUNATO TRISTÃO e MUNICÍPIO DE MAIRIPORÃ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.255)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 25 de maio de 2017.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. LOTEAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RECURSO MINISTERIAL PRETENDENDO A AMPLIAÇÃO DA TUTELA

Acesso ao Sumário

DE URGÊNCIA. DESACOLHIMENTO. MEDIDAS DETERMINADAS PELO MM. JUÍZO "A QUO" APTAS A EVITAR A INTENSIFICAÇÃO DE EVENTUAIS DANOS AMBIENTAIS E O PREJUÍZO A CONSUMIDORES. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra r. decisão que, nos autos da ação civil pública proposta contra WILSON FORTUNATO TRISTÃO E OUTRO, deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar que:

"(a) sejam paralisados quaisquer atos inerentes à implantação física do loteamento e qualquer construção na área descrita na inicial, sob pena de incorrerem em multa que ora fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), por ato de descumprimento.

(b) paralisação de qualquer ato de alienação, publicidade e anúncio de alienação de lotes no loteamento em referência, sob pena de multa que ora fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), por ato transgressor.

Por sua vez, deverá a Municipalidade, nos termos requerido na inicial, colocar no local placas indicativas acerca do embargo ora efetivado, além daquelas já constantes (páginas 636), no prazo de 30 dias, a contar da notificação pessoal do Sr. Prefeito, ou quem o represente, sob pena de multa que ora fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), por dia de atraso".

Insiste na concessão das medidas descritas no item 1, "a", e "e" do pedido inicial, o que evitará danos aos consumidores e a intensificação dos danos ao meio ambiente. Pede a reforma parcial da r. decisão (fls. 01/13).

Recurso processado sem efeito suspensivo, e contrariado. Nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu provimento.

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o objetivo de obstar a realização de loteamento supostamente instalado em área de preservação permanente, no Município de Mairiporã/SP.

O pedido de tutela de urgência foi parcialmente acolhido; o agravante requer o acolhimento total, para que sejam determinadas, também, as seguintes medidas:

"1) Com relação ao espólio de Hebraim Hallak e o loteador Wilson Fortunato Tristão (artigo 47 da Lei n° 6.766/79)

Acesso ao Sumário

a) Em prazo imediato (a contar da intimação da liminar), sob pena de pagamento de multa diária em valor não inferior a um mil UFESPs, que se abstenham de receber ou autorizar ou permitir o recebimento, por terceiros, das prestações vencidas e vincendas dos adquirentes, bem como de promover a cobrança de qualquer quantia contratadas (prestações);

(...)

e) Em prazo de 30 (trinta) dias, nos meios previstos no artigo 49 da Lei n° 6.766/79, notificar os adquirentes para não edificarem nos lotes e nas suas porções ainda não ocupados, diante da necessidade de adaptação do projeto original de loteamento".

A concessão a tutela provisória de urgência depende da plausibilidade do direito invocado e, sobretudo, **do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo**.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves,

"aplica-se a esse requisito a máxima do tempo como inimigo, ou seja, o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva coloca em manifesto perigo a efetividade do resultado final do processo. Para afastar esse perigo, até porque justiça tardia e ineficaz é sinônimo de injustiça, antecipa-se a tutela em favor da parte que demonstrar a boa probabilidade do seu direito existir".

O e. Ministro do STF, Teori Zavascki, a seu turno, ensina que *"o risco de dano deve ser concreto, atual e grave, ou seja, deve ser iminente, provocar um sério prejuízo à parte e não decorrer de mero temor subjetivo, mas de dados concretamente demonstrados. Entende-se que os inconvenientes gerados pela demora processual, consequências naturais do procedimento desenvolvido em respeito ao contraditório e à ampla defesa, não seja suficientes para a concessão da tutela antecipada"* ("A antecipação", Ed. Saraiva, p. 422).

Na hipótese, pesem as considerações feitas pelo agravante, não vislumbro razão jurídica para ampliar as medidas determinadas pelo MM. Juízo de origem.

A decisão agravada veda toda e qualquer nova intervenção na área tendente à implantação do loteamento, o que afasta risco de intensificação dos supostos danos ambientais.

Por outro lado, o dever de colocação de placas indicativas esclarecendo o embargo da obra, além da proibição de novas alienações dos lotes resguarda possível prejuízo a consumidores.

A pretensão de notificação dos adquirentes para que se abstenham de edificar nos lotes, a princípio, é desnecessária, podendo ser determinada pelo Juízo se vierem aos autos aos menos indícios de prova de tal prática.

Outras considerações são desnecessárias para confirmar a r. decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2195608-77.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes AMILCAR JOSÉ CANÇADO LEMOS e ALICAM ADMINISTRADORA DE BENS LTDA., são agravados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.313)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 22 de maio de 2017.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – improbidade administrativa – evolução patrimonial duvidosa – determinação de perícia contábil dos bens adquiridos pelo requerente após assunção de cargo público – insurgência – descabimento – dilação probatória de todo período em que atuou no cargo público imprescindível para se verificar eventual obrigação de ressarcir dano causado ao erário – natureza imprescritível da ação de ressarcimento – preceptivo do artigo 37, § 5º da CRFB – interlocutória mantida – recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento manejado por **Amilcar José Cançado Lemos** e **Alicam Administradora de Bens Ltda.** em face do **Ministério Público do Estado de São Paulo**, nos autos da ação civil pública de responsabilidade administrativa em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

Vindicam os agravantes o desmantelo da r. interlocutória, a qual deferiu o

pedido de realização de prova pericial de avaliação e natureza contábil, a recair sobre todos os bens móveis e imóveis do correquerido **Amílcar José Cançado Lemos** e sua empresa **Alicam Administradora de Bens Ltda**., adquiridos desde sua assunção ao cargo público de auditor fiscal municipal, inclusive movimentações bancárias de toda a sua vida pregressa.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 962/966 pelo **desprovimento.**

Recurso tempestivo, processado sem efeito suspensivo (fls. 868) e contrariado às fls. 877/881.

Tal, em abreviado, o relatório.

A ação civil pública originária do presente recurso foi manejada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** em face de **Amilcar José Cançado Lemos** e **Alicam Administradora de Bens Ltda.** objetivando a condenação dos requeridos por ato de improbidade administrativa nos termos da **Lei Federal** nº **8.429/92**, decorrente de enriquecimento ilícito apurado no inquérito civil nº 413/2013.

Em suma, aduz o *Parquet* que **Amílcar**, desempenhando a função de auditor fiscal municipal e figurando como sócio majoritário da correquerida, possui evolução patrimonial de **R$ 3.171.120,08** (três milhões, cento e setenta e um mil, cento e vinte reais e oito centavos), incompatível com seu vencimento bruto mensal no importe de **R$ 24.381,91** (vinte e quatro mil, trezentos e oitenta e um reais e noventa e um centavos).

Sustenta que o patrimônio auferido representa fruto de propina cobrada para a redução de impostos sobre serviços a serem pagos por empresas que possuíam resíduo, quando o demandado chefiou o setor responsável para o cálculo do resíduo do ISS (fls. 905).

Diante dos fatos narrados, pugna pela condenação do requerido **Amílcar** por ato de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito previsto no **artigo 9º, inciso VII,** da **Lei nº 8.429/1992**, com a consequente perda dos bens adquiridos a partir do ano 2000; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos e oito a dez anos; pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de dez anos.

Quanto à correquerida **Alicam**, pleiteia a condenação solidária, com consequente perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio desde sua constituição e os encontrados durante instrução processual sem origem comprovada, além dos respectivos rendimentos e frutos, ao pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido e à proibição

Acesso ao Sumário

de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de dez anos.

O MM. Juiz *a quo*, após afastar as preliminares aventadas em defesa prévia, em decisão amplamente fundamentada, recebeu a inicial, determinando a produção de prova pericial, nos seguintes termos:

> **"Vistos. As preliminares não vingam, pois a inicial relata a contento os fatos e os fundamentos jurídicos, deduzindo pedido lógico e abstratamente previsto no ordenamento, tratando-se as demais questões de matéria de mérito. Também não se verifica prescrição, uma vez que a ação foi ajuizada em 2013, o servidor réu ocupou cargo comissionado até 2010 e foi exonerado do serviço público somente em 2015, tratando-se de situação permanente e ativa o alegado descompasso entre o patrimônio e a renda do servidor.**
>
> **Divergem as partes em relação à eventual incompatibilidade do patrimônio com a renda dos réus.**
>
> **Assim sendo é pertinente para o deslinde da causa apenas a produção de prova pericial avaliatória e contábil, restando indeferidas as demais provas, posto que suplantadas pela prova pericial e desnecessárias ao deslinde da demanda, não havendo também fundamentação convincente a respeito da sua necessidade. Inicialmente será realizada a prova pericial avaliatória com o escopo de se avaliar o valor de mercado, na época das aquisições, de todos os bens adquiridos pelos requeridos desde a assunção de cargo público pelo réu Amilcar. Também deverá ser avaliado o valor atual de todos os bens bloqueados dos réus a fim de se readequar a extensão do bloqueio.**
>
> **Defiro às partes o prazo de 10 dias para apresentação de quesitos e indica."**

Desafiam referida interlocutória os agravantes, pelo presente recurso.

Asseveram a ocorrência de prescrição, restando por ilegítimo questionar todos os bens adquiridos pelo requerido ao longe de uma vida inteira, violando frontalmente o princípio da segurança jurídica. Assim, sustenta que o prazo prescricional para as infrações cometidas por servidores municipais em São Paulo, apenáveis com demissão a bem do serviço público, opera-se em **05 (cinco) anos**, como **reza o inciso II** do **artigo 196 da Lei Municipal nº. 8.989/79**, devendo a perícia apenas abarcar o período correspondente aos **05 (cinco) anos** anteriores à interposição da ação, ou seja, desde **02.12.2008**. Em adição, considera inconstitucional a tese de imprescritibilidade do dano ao erário, eis que a seu ver não se aponta a existência de dano efetivo ou conduta em concreto.

Em que pese aos fundamentos recursais, o agravo não comporta

Acesso ao Sumário

provimento.

De proêmio, não se vislumbra qualquer irregularidade no *iter* procedimental adotado, porquanto, além do recorrente sequer sustentar qualquer tese acolhível, não se verifica malferição ao *princípio da segurança jurídica* ao se receber a inicial e determinar a realização de perícia que – a despeito do que afirmado – não abarcou a vida toda do demandado, mas tão somente o período em que ocupou referido cargo público. Tampouco se pode acolher a tese de prescrição, eis que eventual condenação, nos termos da **Lei de Improbidade Administrativa** pode vir a acarretar na imposição de ressarcimento de danos eventualmente apurados, bem como na perda de bens adquiridos ilegitimamente. Neste compasso, a **CRFB** é clara ao estabelecer que as ações de ressarcimento de danos causados ao erário são **imprescritíveis**:

> ***Art. 37, § 5º, da CRFB: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".***

E não se pode, no presente momento processual, concluir que das inúmeras condutas de aquisições e alienação de imóveis com preços vultosos realizadas pelo agravante (incríveis 72 transações imobiliárias a partir do ano 2000) não se possa resultar em futura obrigação de ***ressarcimento ao erário***, bem como na ***perda dos bens***. O entendimento acerca da imprescritibilidade de ação de ressarcimento ao erário já restou consolidado no âmbito deste **E. Tribunal de Justiça**:

> **AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – IMPRESCRITIBILIDADE – ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS COMPROVADO SOMENTE EM RELAÇÃO A UMA DAS IMPUTAÇÕES – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO, PARA AFASTAR O DECRETO DE PRESCRIÇÃO E JULGAR PROCEDENTE EM PARTE A DEMANDA**. (Apelação nº 0006161-75.2012.8.26.0270 Relator(a): Ricardo Feitosa; Comarca: Itapeva; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/10/2016; Data de registro: 17/10/2016)
>
> **APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO – Ação de ressarcimento que não se confunde com ação de improbidade administrativa – Sentença que reconheceu a prescrição – Impossibilidade – Imprescritibilidade do dano ao erário – Inteligência do art. 37, § 5º, da CF – Fracionamento da licitação que poderia acarretar em tese dano ao erário – Celebração de dois contratos, decorrentes de licitação na modalidade convite, para divulgação de matérias educativas, informativas e de orientação social – Ausência de comprovação de dolo intenso a justificar a**

presunção do dano – Não comprovação de valores contratados acima dos valores de mercado – Improcedência da ação por outro fundamento – Apelo parcialmente provido para afastar a prescrição, mantida no mérito a improcedência da ação. (Apelação nº 0003449-37.2010.8.26.0156 Relator(a): Antonio Celso Faria; Comarca: Cruzeiro; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 31/08/2016; Data de registro: 01/09/2016)

Assim, conclui-se que a perícia contábil é de extrema importância para se esclarecer os fatos pretensamente ímprobos aduzidos pelo *Parquet*, bem como para se resguardar o patrimônio e interesse públicos com eventual repressão de atos contrários à moral administrativa.

Como visto, no caso em apreço, as teses veiculadas não admitem acatamento de plano, demandando instrução probatória, razão pela qual escorreita a interlocutória ao determinar a prova pericial de todos os bens adquiridos pelo demandado Amilcar, **desde a assunção do cargo público de auditor fiscal municipal**, a qual fica mantida, inclusive por seus judiciosos fundamentos.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2034640-05.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante SEBASTIÃO LIMA GUERRA (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS e BANDEIRANTE ENERGIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.467)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – decisão que indeferiu pedido de ligação de energia elétrica na residência do agravante – possibilidade de ligação ante a relevância e essencialidade do serviço – decisão

reformada

Agravo interno prejudicado ante o julgamento do agravo de instrumento

Recurso provido

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu antecipação de tutela para imediata instalação de rede de energia elétrica na residência do autor.

O recurso foi processado ***com efeito ativo***, para o imediato fornecimento de energia a residência do autor.

Vieram as contrarrazões da EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A, que também interpôs agravo interno contra a decisão liminar.

Decorreu o prazo legal sem que as partes se manifestassem contrariamente à realização do julgamento virtual.

É o relatório.

2. O recurso merece provimento.

O ora agravante ajuizou ação de obrigação de fazer para que o Município de São José dos Campos e a EDP Bandeirante forneçam energia elétrica em sua residência. O pedido de tutela de urgência foi negado em primeira instância.

A Bandeirante Energia apresentou contestação informando que a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta nº 26/11 entre ela, o Município de São José dos Campos e o Ministério Público impede novas ligações de energia elétrica em áreas de parcelamento clandestino do solo.

Ainda que tenha sido assinado o Termo de Ajustamento de Conduta, o fornecimento de energia elétrica na residência do autor, em princípio é serviço ***relevante e essencial***. Não podendo ser excluído do cidadão que se encontra em moradia não regularizada.

Por certo que a questão é complexa e envolve outros fatores, mas devido à essencialidade do serviço de energia elétrica, é de se conceder neste momento a antecipação da tutela para determinar a imediata ligação da energia elétrica na casa do agravante.

Destarte, de rigor a reforma da decisão, nos termos da fundamentação acima.

Em razão do julgamento do agravo de instrumento fica prejudicada a análise do agravo interno, interposto em face da decisão liminar.

3. Pelos motivos expendidos, dá-se provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2031816-73.2017.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.599)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 23 de maio de 2017.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: AGRAVOS – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU de 2007 – Município de São José do Rio Preto – Exceção de pré-executividade – Extinção da execução – Cabimento, pois: 1) a executada é imune ao tributo por ser entidade religiosa; 2) o crédito venceu-se em época em que o imóvel era titularizado pela entidade imune, o que torna irrelevante o fato gerador ter ocorrido no inicio do ano e a natureza *propter rem* da obrigação; 3) há prova de pagamento do crédito pretendido pela execução – RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Agravo de Instrumento interposto pela executada ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS, contra r. decisão de fls. 77/ss, proferida em execução fiscal ajuizada pelo MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, pelo qual o recorrente pretende a extinção da execução, alegando, em suma, que a r. decisão recorrida deveria ter reconhecido a imunidade tributária em relação ao IPTU de 2007, conforme previsto no art. 150, VI, "b", CF, e art. 9º, IV, "b", CTN, e não só ao de 2008, já que se cuida de entidade religiosa; realça que tem a propriedade do imóvel tributado desde abril de 2007, de modo que se o fato gerador tributário ocorre no inicio de cada ano, a legitimidade passiva executiva deveria ser do proprietário anterior.

Acesso ao Sumário

2. A r. decisão agravada, proferida pela MMª Juíza Tatiana Pereira Viana Santos, ao acolher parcialmente exceção de pré-executividade, excluiu da execução somente o valor do IPTU do exercício de 2008, sob o fundamento de imunidade por parte da executada, que é entidade religiosa, o mesmo não podendo ocorrer com o exercício de 2007, cujo fato gerador ocorreu no inicio do ano, já que o imóvel foi adquirido em 12/04/2007 com pendência de obrigação *propter rem.*

3. Deferida a pretendida liminar (fls. 87/8).

4. Recurso tempestivo, com preparo (fls. 82/5), peças obrigatórias (fls. 32, 77/80, 81), respondido (fls. 92/6) e sem oposição ao julgamento virtual (fls. 104).

É o relatório.

5. Não há dúvida que a recorrente-executada – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS, é entidade sem fins lucrativos, de natureza religiosa, educacional, cultural, recreativa e de caridade, conforme artigo 1º do seu Estatuto (fl. 39), o que leva à convicção de que estão presentes os requisitos do art. 14, I a III, CTN – não distribuição de lucros, aplicação de seus recursos nos objetivos institucionais e regularidade na escrituração fiscal.

Dessa forma, faz jus à imunidade mencionada no art. 150, VI, "b", CF/88 c.c. art. 9º, IV, "b", CTN, donde se depreende que, *sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer culto*.

Isso porque, se o ente tributante não pode instituir o imposto sobre o templo religioso, com maior razão não pode exigi-lo do proprietário do templo, cuja prova foi feita por cópia de matricula encartada aos autos (fls. 65).

Além disso, segundo a CDA que aparelha a execução (fls. 12/3), a parcela mais remota vencida do exercício de 2007, data de 10/04/2007, de modo que as parcelas seguintes se venceram em época em que o imóvel tributado já era titularizado pela entidade imune, já que, segundo a r. decisão recorrida o imóvel foi adquirido pela recorrente em 12/04/2007 (fls. 77/80). Assim, é irrelevante ao caso a afirmação de que o fato gerador tributário ocorreu no início do ano de 2007, bem como, tratar-se de obrigação de natureza *propter rem.*

É oportuno registrar que, segundo cópia de Extrato de Contribuinte (fls. 75), todas as parcelas do IPTU de 2007 foram pagas entre 12/03/07 e 22/12/08, tanto que há nos autos certidão negativa de débito emitida pelo recorrido em 25/10/2016 (fls. 76).

Pelo meu voto, recurso provido para extinguir a execução fiscal. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução pelo exequente (art. 85, § 2º c.c. § 3º, I, CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013249- 91.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante JURANDIR FERNANDES, é agravado SECRETÁRIO DE TRANSPORTES E EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS – EMDEC.

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 11.598)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 8 de junho de 2017.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIRO. UBER. Aplicação de sanções e restrições ao exercício de atividade de transporte individual de passageiro por meio de plataforma eletrônica UBER, com base na Lei Municipal de Campinas nº 13.775/10. Precedente do C. Órgão Especial, em caso análogo, autos da ADI n° 2216901-06.2015.8.26.0000, em que firmou entendimento pela inconstitucionalidade da restrição ao exercício de atividade de natureza privada. Presentes os requisitos da verossimilhança das alegações e do perigo da demora a autorizarem a concessão da Liminar. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído de Mandado de Segurança (nº 1055499-42.2016.8.26.0114), interpostos contra a r. decisão de fls. 47/54 dos autos principais, proferida pelo **MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas**, que indeferiu o pedido de liminar para que a autoridade impetrada se abstenha de praticar quaisquer atos que restrinjam ou

Acesso ao Sumário

impossibilitem o exercício da atividade de transporte privado individual.

O particular interpôs recurso de agravo de instrumento sustentando, em síntese, que o serviço de transporte individual é de natureza privada e não pública, nos termos da Lei Federal nº 12.587/12 que instituiu as Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, e, portanto, não se inserindo o transporte individual privado de passageiros, com utilização da plataforma eletrônica UBER, como transporte público individual sujeito à organização e fiscalização pelo Poder Público Municipal.

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

Compulsando os autos, verifica-se que a questão controvertida cinge-se na ilegalidade da aplicação das sanções previstas na Lei Municipal n° 13.775/2010, notadamente as multas lavradas e apreensão de veículos, com base no entendimento de que o serviço de transporte individual de passageiro, por meio da plataforma eletrônica UBER, seria clandestino, sem a devida autorização do Município.

Por primeiro, é importante esclarecer que neste momento processual não há como analisar a questão de forma aprofundada, uma vez que se trata de juízo provisório, que não comporta exame exaustivo do mérito e ainda encontra-se pendente de análise na primeira instância.

Sendo assim, em análise de cognição sumária, restaram demonstrados os pressupostos da Lei nº 12.016/09, consistentes na relevância dos fundamentos da impetração e na possibilidade de lesão irreparável.

Isso porque a matéria acerca das restrições impostas por lei Municipal ao transporte individual de passageiros por meio da plataforma eletrônica UBER, foi objeto de análise em caso análogo nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2216901-06.2015.8.26.0000, ocasião em que o C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a natureza do transporte é privada, e, portanto, inconstitucional a Lei do Município de São Paulo, que impôs restrições ao exercício da atividade, em violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Por tais razões, impõe-se a reforma da r. decisão agravada, para determinar que o impetrado e seus órgãos subordinados se abstenham de praticar atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício da atividade profissional de transporte privado individual de passageiros, bem como de aplicar as sanções previstas na Lei n° 13.775/10.

Pelo exposto, **dá-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

Acesso ao Sumário

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 qualquer recurso, incidental ou não, relacionado ao processo nº 1048355-17.2016.8.26.0114), onde há prevenção desta relatoria, ficam as partes intimadas e cientificadas, a partir da publicação desta decisão, que devem manifestar expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, alertando que no silêncio o julgamento do recurso na forma virtual ou física ficará a critério do relator.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1019059-83.2015.8.26.0566/50000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante SILVIA REGINA NASCIMENTO LIMA, 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 27.558)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 16 de maio de 2017.

LUIS GANZERLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão Monocrática – Não cabimento de agravo regimental – Art. 1.021, do novo Cód. Proc. Civil – *O recurso adequado contra decisão monocrática é o agravo interno, na forma do art. 1.021, do novo Cód. Proc. Civil, e não o agravo regimental.*

AGRAVO INTERNO – Pretensão de reexame e reforma de decisão monocrática – Agravo interno desprovido.

VOTO

A decisão ora recorrida foi lavrada nos seguintes termos:

*"A recorrida, **Silvia Regina Nascimento Lima**, propôs ação de obrigação de fazer dirigida a **Universidade Estadual de São Paulo – Instituto de Química de São Carlos** e a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, com o intuito de obter o fornecimento gratuito do composto denominado Fosfoetanolamina sintética, necessário para o controle dos sintomas nefastos e da evolução do câncer denominado GIST (Tumor Gastro Intestinal) metastático do fígado e carcinoma peritoneal, que padece, pois, houve progressão da doença.*

Alega ter o Diretor do Instituto de Química da Universidade de São Paulo, por meio da Portaria nº IQSC 1.389/2014, determinado a suspensão e proibição da produção do referido medicamento, até a licença e registro expedido pelo órgão competente. Pleiteia a gratuidade judiciária e a antecipação da tutela para o fornecimento do medicamento no prazo de 5 dias, pena de multa diária (fls. 1/18).

Indeferida a tutela antecipada, a acionante interpôs agravo de instrumento, provido por decisão monocrática desta relatoria (AI nº 2042276-56.2016.8.26.0000, São Carlos, DM 25.638- AI, j. 08.03.2016, fls. 26 e 51/60).

*Sobreveio r. sentença de parcial procedência, reconhecida a ilegitimidade passiva da **Universidade de São Paulo – USP**, com a extinção da ação, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485, VI, do novo Cód. Proc. Civil e condenada a Fazenda do Estado à disponibilização da substância, em quantidade suficiente para garantir o tratamento e condenadas ao pagamento de honorários advocatícios de R$ 1.000,00. O C. Juízo de primeiro grau deixou de determinar o reexame necessário (fls. 465/472).*

*Inconformada, recorre a **Fazenda do Estado de São Paulo**, com preliminares de ilegitimidade passiva e cerceamento de defesa, ante a falta de produção de provas. Quanto ao mérito, alega ausência de estudos em seres humanos, de prescrição médica e de registro do fármaco na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e pondera as condições precárias do laboratório da Universidade para produção da substância na escala pretendida (fls. 474/494).*

Ofertadas as contrarrazões, foram os autos remetidos a este E. Tribunal (fls. 497/508).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

O STJ já decidiu, ainda com base no Cód. Proc. Civil anterior, no v. aresto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.119.814/SP, Segunda Turma, j. 01.12.2009, a respeito de decisão monocrática, com a seguinte ementa, na parte de interesse deste julgado.

"2. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando:

Acesso ao Sumário

a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);

b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);

c) prejudicado (questão meramente processual); e

d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

3. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC).”

O art. 557, da antiga lei adjetiva civil, foi substituído pelos arts. 1.011, caput (para apelações) e art. 1.019, caput (para agravos de instrumento), cc. art. 932 e incisos, do atual Cód. Proc. Civil.

Considera-se interposto o reexame necessário, pois ilíquida a sentença, a afastar a exceção prevista no inciso II, do § 3º, do art. 496, do novo Cód. Proc. Civil.

Rejeitam-se as preliminares.

A alegada ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado não procede, pois compete à Administração Pública fornecer meios para que os cidadãos possam cuidar da saúde, nos termos do art. 196, da Constituição Federal; reitere-se, ainda, a assunção do controle das pesquisas sobre a fosfoetanolamina pelo Governo Estadual, conforme amplamente divulgado pela mídia.

Resta afastada, ainda, a preliminar de cerceamento de defesa, pois perícia técnica seria incabível no caso, por estar-se diante de substância experimental, sobre a qual não poderia o expert atestar a efetiva eficácia.

Não obstante, comprovou a demandante seu estado de saúde e a patologia da qual padece, com apresentação de laudos médicos e exames, os quais autorizam, sem necessidades de providências outras, a busca pela fosfoetanolamina sintética (fls. 24/25).

Por outro lado, no que se refere à alegação de falta de registro do medicamento pleiteado na ANVISA, ressalte-se o teor do art. 24, da Lei nº 6.360/76, a qual dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos:

Art. 24. Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob o controle médico, podendo inclusive ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde.

Destarte, embora não haja laudo médico de encaminhamento para tratamento com a substância Fosfoetanolamina, e se trate de medicamento em fase experimental de uso, ante o relatado na petição inicial, deve prevalecer o interesse manifestado pela enferma, a qual busca retardar o avanço de doença, ou, ao menos, obter uma sobrevida

Acesso ao Sumário

digna, minoradas as dores que a acometem.

De outro ângulo, não se pode argumentar com ato de intromissão do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo, pois o primeiro está apenas fazendo cumprir a legislação que admite o exame judicial quando estiver em jogo lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal).

As demais preliminares confundem-se com o mérito e com ele serão julgadas.

Quanto ao mérito, necessária breve digressão. Há mais de vinte anos e sem maior divulgação, o Professor Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, pesquisador do Instituto de Química de São Carlos, da Universidade de São Paulo, fornecia a alguns interessados, que se apresentavam voluntariamente, acometidos de doenças cancerígenas em estado avançado, o suplemento denominado Fosfoetalonamina Sintética, o qual lhes trazia não só alguma esperança, mas, também, melhoras evidentes, com estabilidade da saúde. E, registre-se, nesse longo período, não se teve notícia de um só caso que o referido suplemento tivesse piorado o estado do paciente ou o levado à morte.

Porém – desconhecem-se os reais motivos – há cerca de dois anos, exatamente no dia 10.06.14, o Diretor do referido Instituto, Dr. Germano Remiliosi Filho, colocou-se contra o referido suplemento e baixou portaria, de forma a proibir a sua pequena e restrita distribuição, o que motivou aos que dela se beneficiavam a procurar a Justiça.

Em razão desse ato, a mídia divulgou o ocorrido e centenas de pessoas souberam da existência desse suplemento e ajuizaram diversas ações, na busca de melhorar seus males.

Resultado, novamente – como em inúmeras outras situações – o Poder Judiciário viu-se obrigado a administrar área do Estado, no caso a saúde, exatamente porque esta não é convenientemente cuidada pelas autoridades competentes. E incontáveis liminares foram concedidas em primeira e segunda instância, de molde a atender a situação premente daqueles que se socorriam à Justiça.

Dentro desse quadro, na Suspensão de Tutela Antecipada (n.º 2194962-67.2015.8.26.0000) inicialmente, o Sr. Presidente deste E. Tribunal deferiu, liminarmente, a medida, a qual foi, posteriormente, revogada no STF, por decisão monocrática proferida pelo ***MIN. EDSON FACHIN*** *na Medida Cautelar na Petição n.º 5.828/SP, assim redigida:*

"(...) É preciso, no entanto, que a decisão que suspende os efeitos da antecipação da tutela demonstre os pressupostos de seu cabimento, sob pena de afirmar uma afronta inexistente à Constituição, em nítida violação do direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional. Noutras palavras, se a decisão que suspende a eficácia do provimento judicial provisório não indicar, de modo expresso, os pressupostos de cabimento da suspensão, é possível que, por meio do recurso extraordinário, reconheça-se ofensa

Acesso ao Sumário

ao direito inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

(...) No que tange à plausibilidade, há que se registrar que o fundamento invocado pela decisão recorrida refere-se apenas à ausência de registro na ANVISA da substância requerida pela peticionante. A ausência de registro, no entanto, não implica, necessariamente, lesão à ordem pública, especialmente se considerado que o tema pende de análise por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 657.718- RG, Relator Ministro Marco Aurélio, Dje 12.03.2012).

Neste juízo cautelar que se faz da matéria, a presença de repercussão geral (tema 500) empresta plausibilidade jurídica à tese suscitada pela recorrente, a recomendar, por ora, a concessão da medida cautelar, para suspender decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada 2194962-67.2015.8.26.0000 (...)".

Após, o próprio Sr. Presidente desta C. Corte houve por bem em revogar a liminar que concedera e, por fim, o Órgão Especial deste Tribunal suspendeu as tutelas antecipadas com efeitos dirigidos tão somente às decisões de primeiro grau, por não possuir efeito "erga omnes", sem vincular, portanto, recursos em segunda instância (TJSP, AgReg na STA n. 2205847-43.2015.8.26.0000, Órgão Especial, São Carlos, j. 11.11.2015).

Nesta linha, vv. arestos deste E. Tribunal no ED nº 2222746-19.2015.8.26.0000/50000, rel. ***DES. CAMARGO PEREIRA****, j. 12.04.2016; ED nº 2005561-15.2016.8.26.0000/50000, rel.* ***DES. RENATO DELBIANCO****, j. 04.04.2016; e ED nº 2011775-22.2016.8.26.0000/50000, rel.* ***DES. MARCELO L THEODÓSIO****, j. 15.03.2016, este com a seguinte ementa:*

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Efeitos Infringentes – O acolhimento dos embargos declaratórios predispõe a ocorrência de um dos pressupostos apontados no art. 535 e seus incisos, do Código de Processo Civil – Inocorrência de omissão, contradição ou obscuridade – Inexistência de quaisquer dessas hipóteses – O julgador não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos trazidos pela parte, basta que tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a sua convicção – Efeito ativo concedido, para o fornecimento da substância "fosfoetanolamina sintética" – Possibilidade – V. Acórdão do C. Órgão Especial, com efeito direcionado tão somente às r. Decisões de 1º Grau (TJSP, AgReg na STA n. 2205847-43.2015.8.26.0000; Órgão julgador: Órgão Especial; Relator: Sérgio Rui; Comarca: São Carlos; Data do julgamento: 11/11/2015; Data de registro: 25/11/2015) – Embargos rejeitados.

Recentemente, o STF, por decisão do ***MIN. RICARDO LEWANDOWSKY****, na STA nº 828-SP, j. 04.04.2016, suspendeu as concessões de tutela que, agora, alcançam os Tribunais do País, embora autorizasse o*

Acesso ao Sumário

fornecimento da substância enquanto houver estoque, observados os pedidos mais antigos.

Todavia, no dia 13.04.2016, foi promulgada a Lei Federal nº 13.269, de 23.04.2016, a qual "autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna", deferiu a sua produção e a definiu como de relevância pública, com duas condicionantes: 1) laudo médico a comprovar o diagnóstico; 2) termo de consentimento firmado pelo paciente ou seu representante legal.

Porém, questionada referida lei junto ao STF, a respeito de sua constitucionalidade, foi deferida medida liminar para suspender sua eficácia (ADI nº 5501, rel. ***MIN. MARCO AURÉLIO****, de 19.05.2016).*

De toda forma, a Universidade de São Paulo, determinou a suspensão da produção do suplemento, o que leva à inexequibilidade de eventual medida, tudo a dificultar possíveis esperanças e, inclusive, eventuais melhoras dos males das pessoas interessadas.

Resultado, ante tais aspectos, em especial as decisões do STF, o caminho a ser seguido, infelizmente, é o da reforma do decidido em primeiro grau, para se julgar improcedente a demanda.

Nesses termos, restam invertidos os ônus sucumbenciais, os quais devem ser carreados ao demandante, observada a gratuidade judiciária - conforme art. 85, § 8º, do novo Código de Processo Civil, o qual prevê:

§ 8º - Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

O caso é, assim, de ***provimento*** *do* ***reexame necessário****, considerado determinado, e do recurso interposto pela* ***Fazenda do Estado de São Paulo*** *nos autos da ação movida por* ***Silvia Regina Nascimento Lima*** *(Proc. nº 1019059-83.2015.8.26.0566 – Ofício da Fazenda Pública de São Carlos, SP), para julgar improcedente a demanda quanto a demandada Fazenda do Estado, invertidos os ônus sucumbenciais, observada a gratuidade judiciária concedida à demandante, 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."

Nesta oportunidade, **Silvia Regina Nascimento Lima**, interpõe agravo regimental, preliminarmente, pede seja afastada a ilegitimidade passiva da

Acesso ao Sumário

Fazenda Pública do Estado de São Paulo; no mérito, pugna pela reconsideração da decisão e/ou julgamento colegiado (fls. 01/14).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão agravada.

Razoável o recebimento do recurso como agravo interno, pois inviável o regimental, nos termos do art. 1.021, do novo Cód. Proc. Civil.

Data venia, a argumentação contida na r. decisão ora recorrida, é a que melhor se ajusta à matéria debatida e as razões expostas pela agravante, neste recurso, não a debilitaram, de forma a alcançar a viabilidade de sua manutenção.

E levado ao órgão colegiado o recurso tirado da decisão monocrática, resta suprida eventual inobservância do disposto no art. 557, do Cód. Proc. Civil, ou, ainda, no art. 932, do novo diploma processual.

Nesse sentido, vv. arestos do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO CONFIRMADA POR ÓRGÃO COLEGIADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

-A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que quando há confirmação da decisão monocrática pelo órgão colegiado, não há violação ao art. 557 do CPC.

-O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. Agravo no agravo de instrumento não provido." (AgRg no Ag 1273829/MS, Terceira Turma, rel. **MIN. NANCY ANDRIGHI**, j. 12.04.2011, DJe 19.04.2011);

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 557, CAPUT, DO CPC. CONDIÇÕES ATENDIDAS. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA COM O JULGAMENTO PELO COLEGIADO DO AGRAVO INTERNO.

Consoante o art. 557 do CPC, o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Eventual nulidade da decisão monocrática, por ofensa ao aludido dispositivo, fica superada com a apreciação do tema pelo órgão colegiado, no julgamento do agravo. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 1387198/RS, Segunda Turma, rel. **MIN. CESAR ASFOR ROCHA**, j. 18.10.2011, DJe 25.10.2011);

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC INEXISTENTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

Acesso ao Sumário

1. A inovação trazida pelo art. 557 do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente ou contrário a Súmula ou entendimento já pacificados pela jurisprudência do Tribunal, ou de Cortes Superiores, rendendo homenagem à economia e celeridade processuais.

2. Ademais, a eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado (REsp 824.406/RS, relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.5.2006).

3. A tese levantada, de que lei estadual não admite o pedido administrativo de compensação tributária, reveste-se de inovação recursal, o que é vedado pela jurisprudência do STJ, seja em sede de agravo regimental, seja em embargos de declaração. Precedentes. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 43.917/PR - 2ª Turma, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 01.12.2011, DJe 07.12.2011).

O caso é, assim, de **não provimento** do recurso, ora recebido como agravo interno, interposto por **Silvia Regina Nascimento Lima**, contra a r. decisão monocrática de provimento do reexame necessário e do recurso interposto, nos autos da ação dirigida a **Universidade Estadual de São Paulo – Instituto de Química de São Carlos e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo** (Proc. nº 1019059-83.2015.8.26.0566 – Ofício da Fazenda Pública de São Carlos, SP).

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. **MIN. CÁRMEN LÚCIA**, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER**).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1048230-38.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRUNA VITÓRIA GOMES FERREIRA, é apelado INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – IPREM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.198)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 2 de maio de 2017.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: APELAÇÃO – PENSÃO POR MORTE – Filha de ex-servidora pública municipal, que completará 21 anos de idade e é estudante universitária – Pretensão de que sua pensão não seja suspensa até que complete 24 anos de idade ou até a conclusão do curso universitário – Improcedência da demanda pronunciada em primeiro grau – Decisório que não merece subsistir – Pensão concedida sob a égide da Lei n. 10.828/90 – Alteração na norma instituidora que é inaplicável, ante o princípio do *tempus regit actum* – Incidência da Súmula nº 340, do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Precedentes desta Colenda Corte de Justiça – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por BRUNA VITÓRIA GOMES FERREIRA contra o INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE SÃO PAULO – IPREM, objetivando continuar recebendo a pensão por morte deixada por sua mãe, ex-servidora pública municipal, falecida no ano de 1998, até completar 24 anos de idade ou até a conclusão do nível superior.

A r. sentença de fls. 36/37, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil. Pela sucumbência, condenou a vencida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados no percentual mínimo do valor da causa a ser apurada em execução, nos termos do art. 85, §3º do Código de Processo Civil, observando-se, quando a pretensão de execução, o artigo 98, §3º, do referido diploma legal.

Inconformada, recorre a vencida buscando a inversão do resultado. Narra que a sua genitora, instituidora do benefício, faleceu em 08/06/1998. Então, desde a data mencionada, em conformidade com o disposto na Lei n. 10.828/90, recebe, mensalmente, o benefício respectivo, que, atualmente, atinge o importe de R$ 1.785,07, correspondente a 50%. No entanto, foi informada pela requerida

Acesso ao Sumário

que, ao completar 21 anos terá o benefício extinto, de acordo com a Instrução Normativa 04/2002. Afirma, porém, que atualmente está cursando o 4º semestre do Curso de Administração, necessitando do valor recebido a título de pensão para custeio de seus estudos.

Ingressou com a presente ação objetivando ver reconhecido o direito de continuar recebendo a pensão até os 24 anos de idade ou até a conclusão do nível superior. Entretanto, o MM. Juízo a quo houve por bem julgar improcedente o pedido.

Nesse sentido, assevera que a r. sentença impugnada não merece prevalecer, pois, conforme já visto e comprovado, a pensão da recorrente foi concedida sob a égide da Lei Municipal n. 10.828/90, que, em seu art. 8º, V, inclui no rol dos beneficiários dos segurados, entre outros, "*filhos solteiros, com idade até 24 (vinte e quatro) anos, inclusive, se universitários*".

Aduz que negar à apelante esse direito significaria repelir, além daquilo que é garantido pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o entendimento manso e pacífico, inclusive sumulado contido na Súmula 340 do E. STJ. Traz julgados em abono de sua tese.

Para fins de prequestionamento, indica que foi negada vigência ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, além do enunciado contido na Súmula n. 340 do Superior Tribunal de Justiça e todo entendimento jurisprudencial mencionado. Pede o provimento do recurso, para que seja decretada a procedência do pedido, com a inversão do ônus da sucumbência (fls. 40/45).

Recurso recebido, devidamente processado e respondido (fls. 49/59).

Instadas, as partes deixaram transcorrer *in albis* o prazo para eventual oposição ao julgamento virtual (v. certidão de fl. 63).

É, em síntese, o relatório.

Extrai-se dos autos que a demandante, Bruna Vitória, é beneficiária de pensão por morte deixada por sua mãe, Sra. Maria José Silva Gomes, falecida em 08/06/1998, nos termos do artigo 8º, inciso III, da Lei Complementar n. 10.828/90.

No entanto, estando na iminência de completar 21 anos e cursando o 4º semestre do Curso de Administração, ingressou com a presente ação, objetivando ver reconhecido o direito de continuar recebendo o benefício até 24 anos ou até a conclusão do nível superior.

O nobre Juízo monocrático, no entanto, julgou improcedente o pedido, decisório que, *data máxima venia*, não merece subsistir.

Isso porque, o benefício da pensão por morte é regido pela legislação vigente por ocasião do óbito de seu instituidor, em obediência ao princípio *tempus regit actum*.

Acesso ao Sumário

Vale lembrar, por oportuno, os termos da Súmula nº 340, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que diz que

"a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado".

No caso dos autos, então, tem-se que a recorrente obteve o benefício da pensão por morte pela lei vigente à época do óbito do instituidor, no caso 08/06/1998 (fl. 15), ou seja, antes da alteração da Lei Municipal n. 10.828/90, promovida pela Lei Municipal n. 15.080/09, de modo que, à evidência, deve fazer jus à manutenção do benefício até os 24 anos de idade, vez que comprovadamente cursando nível universitário (fls. 16/18), nos termos do que autorizava o art. 8º, inciso V, *in verbis*:

"Art. 8º - São beneficiários do segurado:

V – Filhos Solteiros, com idade até 24 (vinte e quatro) anos, inclusive, se universitários."

Ademais, não se pode olvidar que a Lei n. 15.080/09 que alterou a Lei Municipal n. 10.828/90 assegurou o direito da autora, nos termos de seu artigo 26, assim redigido:

"Art. 26. As pensões concedidas com base no Decreto-lei n. 289, de 7 de junho de 1945, na Lei n. 7.447, de 16 de abril de 1970, na Lei n. 9.157, de 1º de dezembro de 1980, e na Lei n. 10.828, de 04 de janeiro de 1990, continuarão a ser pagas e regidas por esses diplomas legais, respectivamente, até a sua extinção."

De se observar, ainda, que o pagamento da pensão por morte subsiste após a edição da Lei n. 9.717/98, vez que o artigo 5º da referida lei somente instituiu uniformidade de benefícios, vedando estabelecimento de benefício diverso daquele previsto no Regime Geral da Previdência Social, nada tratando quanto ao rol de beneficiários.

Sendo assim, eventual suspensão do benefício da autora, desrespeitaria o direito adquirido, atribuindo efeitos repristinatórios à lei, o que é inconcebível.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento desta Colenda Câmara de Direito Público:

"SERVIDOR MUNICIPAL – IPREM – Pensão por morte – Dependente – Estudante universitário – Pretensão de filho ao recebimento de pensão por morte de genitor – Restabelecimento do benefício previdenciário até o dependente completar 24 anos de idade – Impossibilidade de aplicação da Orientação Normativa n. 02/2004 por afronta ao art. 2º, §1º da LICC – Inteligência da Lei Municipal n. 10.828/90 (art. 8º, V), posto que a legislação vigente no momento do óbito do segurado instituidor do benefício previdenciário – Decisão reformada – Recurso provido." (Apelação n. 990.10.006246-8, Rel. Des. Danilo Panizza, j. 19/10/2010).

Acesso ao Sumário

Na mesma linha, outros julgados desta Egrégia Corte de Justiça:

"Pensão por morte. Filha de ex-servidora municipal, que completará 21 anos de idade e estudante universitária. Pretensão de que sua pensão não seja suspensa, em virtude do artigo 5º da Lei Complementar n. 9.717/98. Admissibilidade. Recebimento que se limita até a autora completar 25 anos de idade, se estiver cursando nível superior. Inteligência do artigo 8º, inciso V, da Lei n. 10.828/90 e do artigo 26 da Lei n. 15.080/09. Súmula de n. 340 do C. STJ. Possibilidade de estabilização do vício. Segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima. Ação ora julgada procedente. Recurso provido." (Apelação n. 1014341-93.2016.8.26.0053, Rel. Des. Luís Fernando Camargo de Barros Vidal, Quarta Câmara de Direito Público, j. 29/08/2016).

"APELAÇÃO CÍVEL – PREVIDENCIÁRIO – Sobrinho sob guarda de servidora pública municipal falecida – Estudante universitário – Restabelecimento da pensão – Admissibilidade –

Obtenção do benefício anteriormente à alteração da Lei Municipal n. 10.828/90 promovida pela Lei Municipal n. 15.080/09 – Incidência da Súmula n. 340, do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Precedentes – Recurso provido." (Apelação n. 1038839- 93.2015.8.26.0053, Rel. Des. Cristina Cotrofe, Oitava Câmara de Direito Público, j. 1º/06/2016).

"APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. PENSÃO POR MORTE. RESTABELECIMENTO. IDADE UNIVERSITÁRIA. POSSIBILIDADE. Incidência das regras vigentes à época do óbito do instituidor do benefício. Aplicação do artigo 8º, V, da Lei Municipal n. 10.828/90, não alterada pela Lei Municipal n. 15.080/2009. Normas federais que apenas impedem a criação de benefício diverso daquele previsto no RGPS. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Sentença reformada para reconhecer o direito da autora a restabelecer o benefício da pensão por morte até que complete 24 anos. Recurso provido." (Apelação n. 1048900-47.2014.8.26.0053, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. 12/08/2015).

Portanto, pelos fundamentos ora expostos, outra solução não resta senão a reforma da r. sentença recorrida, para que seja julgado procedente o pedido da demandante.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados.

Acesso ao Sumário

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, dá-se provimento ao recurso, para o fim de julgar procedente a demanda, condenando o IPREM a manter o pagamento da pensão por morte recebida pela autora quando ela completar 21 anos, anotando-se que o pagamento deverá subsistir até a autora completar 24 (vinte e quatro) anos ou até conclusão do curso universitário. Face ao presente resultado, ficam invertidos os ônus de sucumbência e fixada a verba honorária final, já considerado o acréscimo decorrente desta fase recursal, em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, parágrafos 2º e 8º, do CPC/15.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004088-61.2015.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que são apelantes LEANDRO HENRIQUE SOARES (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e MARILEIDE SOARES DA SILVA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE TABOÃO DA SERRA.

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 32.002)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 2 de maio de 2017.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE

CIVIL.

Menor atingido em parquinho público por coleguinha utilizava balanço. Inexistência de nexo causal. Atitude ilícita não comprovada. Dever de vigilância da mãe. Inexistência de zelo e atenção necessários de maneira a evitar o acidente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

LEANDRO HENRIQUE SOARES (menor representado por sua mãe) apela nos autos da ação ordinária ajuizada contra PREFEITURA MUNICIPAL DE TABOÃO DA SERRA da r. sentença de fls. 76/78, cujo relatório integro ao presente voto, por meio da qual a DD. Magistrada houve por bem julgar improcedente o feito, observando que inexistiu nos autos nenhuma evidência da falta de sinalização do local, ou qualquer evidência que de o acidente decorreu por conta de falta de manutenção dos equipamentos. Houve condenação em honorários.

Inconformada, recorre buscando reforma da decisão proferida.

Sustenta sua tese de que o parque infantil no qual o menor se feriu encontra-se em estado lastimável, razão pela qual haveria a obrigação de indenização.

Estamos a tratar de recurso adequadamente processado e que se acha instruído com o suprimento das razões adversas.

É o relatório. Passo ao voto.

1. Tratam os autos de ação de indenização por danos materiais e morais, na qual relata a autora que levou seu filho ao "Parque das Hortênsias" onde o menor teria sofrido ferimento na cabeça por outra criança brincava em um balanço.

Alega situação precária do parque, o que acarretaria dever de indenização do município, propondo a quantia de R$ 250.000,00 para indenização por danos materiais e R$ 250.000, referente indenização de danos estéticos e morais.

Pois bem.

2. Como bem observou a D. Magistrada de primeiro grau, é necessária a comprovação de existiu dolo ou culpa do município a embasar a pretensão da autora, o que não ocorreu.

Não consegui a autora comprovar a existência da culpa da Administração para obter a indenização pretendida.

A responsabilização do Estado requer fique individualizado e bastante claro o descumprimento do dever legal – seja por conduta omissiva ou comissiva

Acesso ao Sumário

– vale dizer, que o dever de atuar, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não foi analisado "in acto".

Vejamos:

"Art. 37 – A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da 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".

Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Celso Antônio, leciona que: "*A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados*" (*in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros, p. 899).

3. Ademais, a própria autora reconhece em sua inicial que o ferimento ocorrido em seu filho decorreu de acidente no qual outra criança acabou por acertá-lo quando este passava em frente ao local dos balanços.

Ora, não há como atribuir conduta culposa à ré, porquanto a apelada não assumiu o dever específico da guarda da criança, **ademais não se pode admitir a transferência da responsabilização de vigilância da própria mãe afim de que recaia ao policiamento de segurança do parque.**

Em casos semelhantes restou bem decidido por esta Corte:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. Atitude ilícita não comprovada. Dever de vigilância da mãe a qual não agiu com o zelo e atenção necessários de maneira a evitar o acidente. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (Ap. 0033980-81.2012.8.26.0562 rel. Des. Rosangela Telles)

Responsabilidade civil do Estado. Queda de aluno durante o recreio resultando em traumatismo cranioencefálico leve. Culpa dos responsáveis pelos cuidados com as crianças não demonstrada, muito menos falta de socorro adequado. Ausência de sequelas do episódio. Ação de indenização improcedente. Sentença confirmada. (Ap. 9155206-78.2005.8.26.0000 Rel. Ricardo Feitosa).

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MATERIAL E MORAL. INOCORRÊNCIA. Acidente ocorrido dentro de Escola Estadual. Ação julgada parcialmente procedente na origem. Ausência de comprovação de omissão culposa ou falha no serviço que justificasse a responsabilização do Poder Público pelos danos experimentados. Crianças que brincavam de "cavalinho" no momento do acidente. Necessidade de se perquirir

Acesso ao Sumário

a respeito do que seria razoável exigir-se do Estado para impedir a queda de todas as crianças durante o período de aulas, recreios e intervalos escolares. Fato derivado de evento corriqueiro e trivial ao desenvolvimento da criança e a sua vida social. Sentença reformada. Recurso da Fazenda do Estado provido e prejudicado o dos autores". (Ap. n. 0004103-10.2012.8.26.0526 Des. Djalma Lofrano Filho).

Posto isso, voto no sentido do **desprovimento** do recurso.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual[1], ficando as partes intimadas desde já a apresentarem manifestação caso haja oposição a essa forma de julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007571-62.1994.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE, são apelados MARCELO MIRANDA CAGNIN, RENATA MARIA MIRANDA CAGNIN, LAERCIO CAGNIN e ELAINE MIRANDA CAGNIN.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.904)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 27 de abril de 2017.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Execução fiscal – Apreciação do recurso sob a égide do CPC/73 – IPTU dos exercícios de 1992 a 1997 e de 2001 a 2003 – Sentença que extinguiu os processos reconhecendo a prescrição em relação aos exercícios de 1992 a 1996 e de 2001 a 2003, determinando o prosseguimento em relação ao exercício de 1997 (execução n. 460006/2000) – Após prolação da sentença e interposição do apelo, o município desistiu do recurso em relação às execuções (exercícios de 1992 a 1997), com exceção do processo

Acesso ao Sumário

1 Nos termos do art. 1º da Resolução n.º 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.

nº 38.000/2005 (exercícios de 2001 a 2003), cujo pedido foi homologado em primeira instância.

Execução fiscal nº 38000/2005 – IPTU – Exercícios de 2001 a 2003 – Ação ajuizada contra polo passivo ilegítimo (nu-proprietários do imóvel tributado) – Usufruto vitalício – O usufrutuário é o sujeito passivo do IPTU, não havendo se falar em solidariedade passiva entre este e o nu-proprietário – Ilegitimidade de parte configurada – Pedido de alteração do polo passivo – Impossibilidade – Aplicação da Súmula 392 do STJ – Nulidade da CDA em decorrência do não preenchimento dos requisitos legais (art. 202 do CTN e art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei nº 6.830/1980) – Sentença de extinção mantida (artigo 267, VI, do CPC/1973) – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **Município da Estância Balneária de Praia Grande** contra a r. sentença de fls.49/53 que julgou extintas as execuções fiscais ajuizadas pelo apelante inicialmente contra **Marcelo Miranda Cagnin** e/ou, com posterior pedido de inclusão no polo passivo de **Renata Maria Cagnin, Laércio Cagnin** e **Elaine Miranda Cagnin**, cobrando IPTU em relação à execução principal nº 5.172/94 (exercícios de 1992 a 1994) e apensadas nºs 32.173/97 (exercício de 1995), 18.031/00 (exercício de 1996) e 38.000/05 (exercícios de 2001 a 2003), proclamando a prescrição dos créditos fiscais, nos termos do art. 40, §4º da Lei nº 6830/80 c.c. arts. 219, § 5º, e 269, inciso IV, ambos do CPC/73, determinando-se o desapensamento da ação executiva de nº 46006/00 (apenso), para regular prosseguimento.

Alega o apelante, nas razões às fls. 57/60, em resumo: **a)** inocorrência da prescrição, vez que a demora na tramitação do feito não teria se dado por culpa do exequente, mas pelos mecanismos do Judiciário, sendo aplicável, ao caso, a Súmula 106 do STJ; **b)** inobservância aos artigos 125 e 262, ambos do CPC/73, e art. 25 da Lei nº 6830/80 (LEF); **c)** a Lei Complementar n.º 118/05 trouxe modificações ao CTN, em especial, quando definitivamente prevê como causa interruptiva da prescrição o despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal. Invoca jurisprudência. Pede a reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Anoto que, após a interposição de seu inconformismo, o exequente desistiu do apelo em relação às execuções nºs 5.172/94 (principal) e 32.173/97, 18.031/00 e 46.006/00 (apensadas), em razão de reiterados julgados em desfavor da Fazenda Pública, relativos a matéria prescricional, pedindo o prosseguimento

somente em relação à ação apensada nº 38.000/05 (cf. fl. 62).

A desistência foi homologada pelo MM. Juiz "*a quo*" (fl. 66), sendo recebido o recurso somente no tocante à execução nº 38000 (apenso), sem apresentação de contrarrazões, pois não formada a relação jurídico-processual.

É o relatório.

O processo tramitou e foi sentenciado sob a égide do CPC/73, sendo interposto recurso de apelação que será julgado à luz de citado diploma legal (Enunciado Administrativo nº2 do STJ).

De início, cumpre observar que a análise do recurso restringir-se-á somente à execução nº 38.000/05, tendo em vista a desistência do apelo por parte do exequente das demais execuções.

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Município da Estância Balneária de Praia Grande inicialmente contra Marcelo Miranda Cagnin e/ou, com posterior pedido de inclusão no polo passivo de Renata Miranda Cagnin, Laércio Cagnin e s/m Elaine Miranda Cagnin visando à receber crédito fiscal do IPTU dos exercícios de 2001 a 2003, no valor total de R$3.641,01 (cf. CDA à fl. 2-apenso).

Com efeito, após distribuída a ação (agosto/2005), o município peticionou na execução de nº 5.172/94 (em 03.05.2006-principal – fl. 24), postulando o apensamento aos autos da execução do processo de nº 38.000/05, ora em análise, o que foi deferido, seguindo estes últimos naqueles autos (5172/94-principal), sendo determinada a citação (em 13.06.2006-cf. fl. 25), com as anotações de praxe (cf. certidão à fl. 25 – datada de 02.08.2006).

Levados os autos à conclusão (em 03.08.2006 - fl.26), determinou-se a manifestação do exequente sobre eventual regularização do polo passivo dos autos principais (nº 5172/94) e apenso (nº 38000/05) (cf. fl. 26-principal). O município respondeu à fl. 27 (em 04.10.2006- principal) postulando a inclusão no polo passivo das demandas de Renata Maria Miranda Cagnin, Laércio Cagnin e s/m Elaine Miranda Cagnin, tendo em vista a certidão do Cartório de Registro de Imóveis de Praia Grande (matrícula nº 15.808 - cf. fls. 19/20-principal).

Foi expedida carta citatória (cf. fls. 29 e 30), cuja citação restou positiva para Laércio Cagnin (08.02.2007) e Renata Maria Miranda Cagnin (01.03.2007), de acordo com os AR's juntados às fls. 33 e 34, e negativa para Marcelo Miranda Cagnin (cf. fl. 36-principal).

À fl. 38 foi certificado pela Serventia que o prazo decorreu sem qualquer manifestação (em 04.06.2007-principal), sendo aberta vista ao procurador municipal (em 20.07.2007-fl. 38), com resposta em 14.08.2007 (cf. fls. 39/42) sendo, na sequência, desapensandos dos autos principais (5.172/94), os da execução de nº 12.233/02 (em 24.06.2008 - fl.43).

Em 18.07.2008 determinou-se a intimação do exequente para apresentação

Acesso ao Sumário

do valor atualizado do débito (relativo aos autos principais e apensos), bem como para manifestação sobre ocorrência de eventual prescrição intercorrente sob a pena de, no silêncio, ser interpretado pela concordância (cf. fl. 44-principal), abrindo-se vista ao exequente (em 05.08.2008) que protocolizou resposta às fls. 45/47 (em 08.08.2008) postulando o prosseguimento das ações executivas juntando o solicitado cálculo atualizado da dívida (cf. fl. 47-principal).

O pedido não foi apreciado, sobrevindo a r. decisão extintiva das ações executivas, datada de 27.04.2009 (cf. fls. 49/53-principal), das ações executivas, exceto a de nº 46006/00 (fl. 53- principal), anotando-se, como dito, pedido de desistência do recurso pelo município de referidas ações, mantendo o apelo apenas em relação à ação executiva nº 38.000/05 (apensada).

A r. decisão deve ser mantida, mas por outro fundamento.

Isso porque da certidão do Ofício de Registro de Imóveis de Praia Grande (cf. fls. 19/20-principal) observa-se que, em 01.06.1987, Laércio Cagnin e s/m, Elaine Miranda Cagnin, proprietários do imóvel sobre o qual recai a cobrança, doaram a nua-propriedade de tal bem a Marcelo Miranda Cagnin e Renata Maria Miranda (filha menor absolutamente incapaz à época da doação). Consta de referida certidão de registro de imóveis (cf. fls. 19/21-principal), que os doadores reservaram para si, em caráter vitalício, o usufruto do imóvel tributado sendo estipulado, em caso da morte de um deles, o acréscimo de sua parte ao sobrevivente (averbação datada de 01.06.1987 – cf. fls. 20 e verso-principal).

Todavia, a presente execução fiscal foi ajuizada pelo Município de Praia Grande contra Marcelo Miranda Cagnin e/ou, ou seja, parte ilegítima para figurar no polo passiva das demandas, pois os proprietários do imóvel sobre o qual recai a exação doaram o bem, mas reservam para si, de forma vitalícia, o seu usufruto vitalício, sendo eles, portanto, parte ilegítima para responder pela dívida tributária ora cobrada (execução nº 38000/05-IPTU dos exercícios de 2001 a 2003).

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *'in verbis'*:

> ***"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. USUFRUTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO USUFRUTUÁRIO. PRECEDENTE DESTE SODALÍCIO. Segundo lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, "o direito de usufruto compreende o usar e fruir, ainda que não exerça, e a pretensão a que outrem, inclusive o dono, se o há, do bem, ou do patrimônio, se abstenha de intromissão tal que fira o uso e a fruição exclusivos. É direito, erga omnes, de exclusividade do usar e do fruir'. O renomado jurista perlustra, ainda, acerca do dever do usufrutuário de suportar certos encargos, que "os encargos públicos ordinários são os impostos e***

Acesso ao Sumário

taxas, que supõem uso e fruto da propriedade, como o imposto territorial e o predial". Na mesma linha de raciocínio, este Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria, assentou que, "em tese, o sujeito passivo do IPTU é o proprietário e não o possuidor, a qualquer título. (...). Ocorre que, em certas circunstâncias, a posse tem configuração jurídica de título próprio, de investidura do seu titular como se proprietário fosse. É o caso do usufrutuário que, como todos sabemos, tem a obrigação de proteger a coisa como se detivesse o domínio "(REsp 203.098/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 8.3.2000). Dessarte, nas hipóteses de usufruto de imóvel, não há falar em solidariedade passiva do proprietário e do usufrutuário no tocante ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana quando apenas o usufrutuário é quem detém o direito de usar e fruir exclusivamente do bem. Recurso especial improvido" (STJ-REsp n. 691714/SC, Rel. Min. Franciulli Neto, 2ªT, j. 22.03.2005, DJu de 27.06. 2005). – destacado –

Acrescente-se julgado desta E. Corte:

EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - Executado que doa o imóvel que consta na Certidão da Divida Ativa e objeto da execução a seus filhos com reserva de usufruto, deve permanecer no polo passivo da execução, pois, é ele que como usufrutuário detém a posse do imóvel - Recurso improvido" (Apelação n. 9113101-52.2006.8.26.0000, Rel. Des. Osvaldo Capraro, j. 27.04.2006) – grifei –

Quanto aos beneficiados pela doação do bem em questão, proprietários do imóvel tributado, Marcelo Miranda Cagnin e Renata Maria Miranda Cagnin, são despidos da posse direta do bem, nos termos do art. 1394 do Código Civil, que reza:

"O usufrutuário tem o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos".

E, nos termos do art. 1403 do mesmo código, "incubem ao usufrutuário:

I- (...)

II- "As prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída".

Alias, nesse sentido:

Nesse diapasão:

"EMBARGOS DO DEVEDOR - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - IMÓVEL OBJETO DE USUFRUTO VITALÍCIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO NU-PROPRIETÁRIO - ART. 1.403, II, DO CC/2002 C/C ART. 34 DO CTN - PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. - É incontroverso nos autos que o imóvel sobre o qual incidiu o crédito tributário exequendo é gravado

Acesso ao Sumário

com usufruto vitalício, o qual foi regularmente constituído mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis, sendo a embargante detentora apenas da nua-propriedade. - Seja pela disposição constante do Código Civil (art. 1.403, II), seja pela exegese do art. 34, do CTN, a conclusão a que se chega é que a obrigação pelo recolhimento do IPTU incidente sobre imóvel objeto de usufruto deve recair inteiramente sobre o usufrutuário, não podendo ser o nu-proprietário considerado contribuinte de referido tributo. - Recurso provido" (TJ-MG - AC: 10024110045663001 MG, Relator: Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 11/06/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/06/2013)

Portanto, a CDA de fl. 2 que embasou a execução apensada (nº 38.000/05) é nula, posto não ostentar certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário.

Nesse diapasão:

"EMBARGOS DO DEVEDOR - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - IMÓVEL OBJETO DE USUFRUTO VITALÍCIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO NU-PROPRIETÁRIO - ART. 1.403, II, DO CC/2002 C/C ART. 34 DO CTN - PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. - É incontroverso nos autos que o imóvel sobre o qual incidiu o crédito tributário exequendo é gravado com usufruto vitalício, o qual foi regularmente constituído mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis, sendo a embargante detentora apenas da nua-propriedade. - Seja pela disposição constante do Código Civil (art. 1.403, II), seja pela exegese do art. 34, do CTN, a conclusão a que se chega é que a obrigação pelo recolhimento do IPTU incidente sobre imóvel objeto de usufruto deve recair inteiramente sobre o usufrutuário, não podendo ser o nu-proprietário considerado contribuinte de referido tributo. - Recurso provido" (TJ-MG - AC: 10024110045663001 MG, Relator: Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 11/06/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/06/2013).

Acesso ao Sumário

Cabia à Fazenda Pública o correto exercício do direito de ação que pressupõe o preenchimento de determinadas condições, quais sejam: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir, e legitimidade das partes.

De rigor, anotar que a despeito da possibilidade de modificação para emenda ou substituição da certidão de dívida ativa pela Fazenda Pública, é vedada, todavia, a alteração do sujeito passivo da execução fiscal.

Evidenciado restou que a apelante não tomou providências necessárias, para o acertamento de seu crédito, para atribuir-lhe liquidez e certeza, conforme preceitua o art. 202 do CTN.

Nesse sentido leciona Humberto Theodoro Júnior:

"Para definir-se a legitimação passiva do executivo, portanto, não basta pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida. É indispensável identificar que, concretamente, se acha vinculado ao título, que nulla executio sine titulo. "...Enfim é o procedimento administrativo que precede à inscrição que enseja a oportunidade para definir quem vem a ser o devedor principal, subsidiário ou co-responsável" (Lei de Execução fiscal, 11ª edição, Saraiva,, pg.36).

Tal questão restou sumulada pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula 392: a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução"

Sobre o tema, vale trazer à baila julgado desta C. 18ª Câmara de Direito Público, da lavra do Des. Ricardo Chimenti, que peço vênia para transcrever excerto:

"Tributário. IPTU (exercícios de 2003 a 2007). Processo de execução fiscal extinto sem resolução do mérito, com fundamento na ilegitimidade passiva (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil), em seguida a pedido de inclusão no polo passivo dos donatários do imóvel tributado, sobre o qual os doadores reservaram usufruto vitalício. Pretensão à reforma. Cabimento parcial. O usufrutuário é sujeito passivo do IPTU, não se cogitando, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, de solidariedade passiva entre ele e o nu proprietário. Consideração, ademais, de que a Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça apenas admite a substituição da certidão da dívida ativa para corrigir erro material ou formal, vedando, porém, a modificação do sujeito passivo da execução. Hipótese de ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo quanto aos donatários (artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil). Possibilidade de prosseguimento da execução fiscal em relação ao doador/usufrutuário, salvo quanto ao exercício de 2003, cuja prescrição se reconhece, de ofício. Recurso provido em parte. '... A execução fiscal foi proposta em desfavor de Maria da Glória Cardoso, que é usufrutuária do imóvel tributado, segundo a cópia da matrícula que se vê a fls. 20, e cujo nome consta das certidões de dívida ativa (fls. 3/7), segue-se que o processo, em relação a ela, pode e deve prosseguir, com a ressalva que adiante se fará. Quanto aos donatários, proprietários do imóvel tributário, porém despidos da "*posse, uso, administração e percepção dos frutos*", por força do usufruto (artigo 1.394 do Novo Código Civil e artigo 718 do Código Civil de 1916), o transcrito julgado do Superior Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça expressamente afasta a possibilidade de serem responsabilizados pelo IPTU, porquanto "*apenas o usufrutuário é quem detém o direito de usar e fruir exclusivamente do bem*"..."... o redirecionamento da execução a outros sujeitos que não a executada original só seria viável, em tese, se tivesse ocorrido a transferência do domínio do imóvel (sem a instituição do usufruto, reitere-se) no curso do processamento da execução fiscal, caso em que, ademais, nem mesmo seria caso de substituição das certidões de dívida ativa..." (Apelação nº 05902942-54.2008.8.26.0631, j. 12.09.2013).

Assim, não havendo possibilidade de substituição do polo passivo, tem-se que, na hipótese vertente, a CDA (fl.2-apenso) não preenche os requisitos previstos no art. 202, do CTN e no art. 2º, §§ 5.º e 6.º, da Lei 6.830/80, posto dotada de vícios que maculam a execução fiscal e, de outra parte, ausente uma das condições da ação (legitimidade de parte passiva), o que impede o regular prosseguimento do processo (artigo 267, VI, do CPC/73).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença extintiva, nos termos do artigo 267, VI, do CPC/1973.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004268-20.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante BARJAS NEGRI, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.632)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 2 de maio de 2017.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA.

O protesto da certidão da dívida ativa não constitui requisito essencial e obrigatório para o ajuizamento

da execução fiscal. No entanto, o fato de se entender desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública, não quer dizer que o mesmo seja ilegal. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se ação declaratória de sustação de protesto proposta por Barjas Negri, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, alegando que o Fisco levou a protesto CDA decorrente de suposto crédito tributário. Aduz que o protesto de CDA que não se sustenta em qualquer norma legal, pois o protesto é meio de cobrança coercitivo, viola dispositivos constitucionais e afronta ao devido processo legislativo.

A r. sentença de fls. 77/79 julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes, fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Apelou o vencido, visando a inversão do resultado (fls. 81/101). O recurso foi recebido e respondido (fls. 115/120).

É o relatório.

Fundamento e voto.

No que se refere ao protesto de Certidão de Dívida Ativa, consoante reiteradamente vem decidindo este Relator, a Lei nº 9.492/97 não enumera taxativamente os títulos que podem ser objeto de protesto. Dispõe o art. 1º, que "protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigações originadas em títulos e outros documentos de dívida".

E seu **parágrafo único**, introduzido pela Lei 12.767/2012, dispõe: "***Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas*. (negritei)**

Essa norma ampliou o poder dos cartórios que, anteriormente, somente podiam protestar títulos de natureza cambial, permitindo-se agora protestar títulos e outros documentos de dívida, inserindo, inclusive, aqueles originados unilateralmente pela Fazenda Pública.

O protesto da Certidão da Dívida Ativa também encontra fundamento na Lei Complementar nº 101/2000, bem como no parecer da Corregedoria Geral da Justiça, emitido do Processo nº 1.522/99.

É sabido que o protesto da certidão da dívida ativa não constitui requisito

Acesso ao Sumário

essencial e obrigatório para o ajuizamento da execução fiscal.

No entanto, o fato de se entender desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública, não quer dizer que o mesmo seja ilegal.

Nesse sentido, jurisprudência do STJ, reconhecendo a legalidade e a constitucionalidade do protesto da CDA:

> ***"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.***
>
> ***1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA) título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.***
>
> ***2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas "entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas".***
>
> ***3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.***
>
> ***4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos da dívida". Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.***
>
> ***5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.***
>
> ***6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir- se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.***
>
> ***7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante***

Acesso ao Sumário

matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade.

8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismos para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.

9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.

10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.

11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser lavada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entregada DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto.

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contesto histórico e social. De acordo com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativada da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo."

15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de janeiro e de Goiás que,

Acesso ao Sumário

respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação naturalmente adaptada às peculiaridades existentes de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ" (REsp 1126515/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJ e 16/12/2013).

No mesmo sentido, os julgados desta Corte de Justiça:

"Agravo de instrumento – Ação cautelar – Protesto de Certidão de Dívida Ativa – Admissibilidade – Aplicação do art. 1º, § único da Lei nº 9.492/97, incluído pela Lei nº 12.767/12 – Certidões de Dívida Ativa que se incluem entre os títulos sujeitos a protesto – Caução em dinheiro – Admissibilidade – Inteligência do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional – Precedentes desta C. Corte – Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento nº 2103838-37.2014.8.26.0000 – 2ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. RENATO DELBIANCO – Julgado em 16 de setembro de 2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. Possibilidade. Inteligência do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, na redação que lhe dada pela Lei 12.767/2012. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Consistência jurídica da alegação. Não configurada. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 2170873-14.2014.8.26.0000, Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, Rel. Des. José Maria Câmara Júnior, J. 22/10/2014).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. Protesto. Possibilidade. Extensão do protesto a outros documentos de dívida. Inteligência das Leis 11.331/02 e 9.492/97, esta com as alterações promovidas pela Lei 12.767/12. Título executivo extrajudicial. Parecer Normativo nº 076/05 - E. Precedentes. Nulidade. Inocorrência. Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento nº 2077696-93.2014.8.26.0000, Comarca Cotia, 10ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público, Des. Rel. Marcelo Semer, J. em 26/05/2014).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança. Decisão que indeferiu liminar. Pretensão de impedir protesto de CDA. Descabimento. Admissibilidade da medida. Parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97, incluído pela Lei 12.767/12. Ausência de fumus boni iuris e periculum in mora. Recurso não provido." (Agravo de Instrumento nº 0033176-19.2013.8.26.0000. Comarca Ribeirão Preto, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Alberto Pezarini, J. em 21.03.2013).

Nestes termos, nego provimento ao presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000448-22.2015.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante CARLOS EDUARDO ANSELMO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.734)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Ação de reintegração em cargo público c.c. indenização por danos morais. Servidor público do Município de São Roque. Pena de demissão. Condutas imputadas ao autor que não se amoldam às previsões do Estatuto dos Servidores Públicos que determinam a pena de demissão. Penalidades sugeridas pela comissão processante que, no caso, devem prevalecer. Dano moral não configurado. Sentença de improcedência. Recurso do autor parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de reintegração em cargo público c.c. indenização por danos morais ajuizada por servidor público do Município de São Roque pretendendo a nulidade do processo administrativo disciplinar, da decisão de demissão, do ofício encaminhado ao Ministério Público, retirando-se qualquer acusação de seu assentamento, bem como sua reintegração ao cargo, condenando-se o réu ao pagamento de seus vencimentos desde a data de sua exoneração, além de indenização por danos morais.

A r. sentença julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de R$ 2.000,00.

Apela o autor pretendendo a reforma do julgado, sustentando que a portaria de instauração da sindicância é nula; que já havia sido punido com Termo de Orientação e Censura, não sendo possível nova penalidade pelo mesmo fato; deficiência na defesa realizada por defensor dativo; desproporção da pena aplicada; nulidade do processo por desrespeito ao prazo fixado pela lei. Requer a procedência da ação e, subsidiariamente, o afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Em contrarrazões postula o réu o não provimento do recurso.

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 418/420).

É o Relatório.

Pela Portaria nº 704/13 foram designados os membros para integrarem a comissão permanente de sindicância, visando apurar a doação dos alimentos da escola EMEIF Professora Rutte Rodrigues de Carvalho realizada pelo autor, então ocupante do cargo de inspetor de alunos.

A sindicância objetivou apenas a apuração dos fatos imputados ao autor, sem imposição de qualquer penalidade ao servidor, não se vislumbrando ilegalidade no procedimento, de caráter meramente investigativo, que não exige contraditório e ampla defesa para sua regularidade.

Acesso ao Sumário

Ao término da sindicância, instaurou-se o processo administrativo disciplinar contra o autor, pela Portaria nº 483/14. Ainda que não conste expressamente da portaria a descrição das faltas injustificadas do autor, que mencionou apenas a "*conduta de doar à Pastoral da Criança mantimentos pertencentes à unidade escolar EMEIF Profª Rutte Rodrigues de Carvalho*", durante todo o processo administrativo a prova e a defesa do autor consideraram também as faltas injustificadas. Eventual reconhecimento de uma possível nulidade está prejudicado, pois não houve prejuízo ao servidor, cuja defesa versou também sobre esses fatos. E não se verifica qualquer deficiência na defesa do autor no processo administrativo a impor sua nulidade.

As condutas do servidor que originaram a sindicância e o consequente processo administrativo são a doação dos alimentos que se encontravam na escola, destinados à merenda escolar, realizada pelo autor à Pastoral da Criança, que utilizava o prédio da escola uma vez por mês para realização dos seus encontros, responsável o autor pela abertura e fechamento da escola nessas oportunidades, além das faltas injustificadas do autor nos meses de janeiro e fevereiro/2014.

Ao final do processo administrativo, a Comissão processante opinou pela aplicação da pena de suspensão máxima de 30 dias ao autor em decorrência das faltas injustificadas, além da imposição da obrigação de indenização ao erário em valor correspondente aos alimentos doados à Pastoral da Criança. A Comissão processante emitiu seu parecer em 30/09/2014, recebido pelo Prefeito Municipal no mesmo dia, remetendo o processo ao Departamento Jurídico.

Recebido o processo pelo Departamento Jurídico do Município, solicitou-se ao Departamento de Recursos Humanos a certificação das faltas do servidor. Após essas informações, seguiu-se manifestação do servidor e novo Relatório da Comissão processante, no mesmo sentido do anterior, datado de 09/12/2014.

Novamente recebidos os autos pelo Departamento Jurídico, opinou-se pela aplicação da pena de demissão ao servidor em 28/01/2015, sobrevindo, então, a decisão do Prefeito Municipal pela demissão do autor em 09/02/2015.

O art. 128 do Estatuto dos Servidores Públicos de São Roque dispõe que no prazo de 10 dias do recebimento do processo a autoridade competente, no caso o Prefeito Municipal, proferirá julgamento. O prazo previsto pela lei foi respeitado, afastada, assim, a alegação do autor de nulidade do processo administrativo sob esse aspecto.

O princípio da independência dos poderes impede ao Poder Judiciário a apreciação do mérito administrativo, impedido de rever os critérios de oportunidade e conveniência administrativa na aplicação da sanção ao servidor, cabendo apenas o controle de constitucionalidade e legalidade do ato administrativo.

A decisão de demissão do servidor baseou-se na conduta de doar os alimentos à Pastoral da Criança, além das faltas injustificadas nos meses de janeiro e fevereiro/2014.

A pena de demissão baseou-se na previsão do art. 96, I e III, do Estatuto dos Servidores Públicos de São Roque, que prevê a pena de demissão ao servidor nos casos de crime contra a Administração e inassiduidade habitual ou desídia no desempenho do cargo.

A doação realizada pelo servidor, ainda que inadmissível, não configura crime contra a Administração a impor a pena de demissão. A menção à prática de peculato não é cabível no presente caso.

Acesso ao Sumário

O autor, após a doação, procurou as servidoras que trabalhavam na cozinha da escola, noticiando que havia doado os alimentos à Pastoral da Criança, prontificando-se, desde o início do episódio, a ressarcir o valor desses alimentos. Não há dolo na conduta do servidor, conforme demonstrado na sindicância e no processo administrativo disciplinar.

Conclui-se, assim, que a conduta consistente na doação dos alimentos não pode ser classificada como crime de peculato e, assim, não implica na imposição da pena de demissão. A conduta não se amolda a nenhuma das previsões do Estatuto dos Servidores Públicos de São Roque em que a pena de demissão é cabível.

Dessa forma, deve ser afastada a pena de demissão, restando a aplicação da pena de ressarcimento ao erário, nos termos do parecer da Comissão processante.

Ressalte-se que o Termo de Orientação e Censura não configura penalidade ao servidor. O Estatuto dos Servidores Públicos de São Roque, art. 93, prevê que são penalidades aos servidores a advertência, suspensão, demissão, destituição do cargo em comissão e multa, não descrita a censura como sanção. Afasta-se, portanto, o argumento do autor de que sofreu dupla punição pelo mesmo fato.

Em relação às faltas injustificadas, aplicou-se a pena de demissão sob o fundamento da configuração da inassiduidade habitual do servidor.

Consta do documento de fls. 239 que em 21/01/2014 iniciou para o autor licença de 4 dias. Foram anotadas faltas injustificadas nos dias 27, 28, 29 e 30 de janeiro/2014. No dia 31/01/2014 o servidor compareceu na unidade escolar, informando que retornaria ao trabalho e que havia tido problemas de saúde, requerendo uma falta abonada para o dia 07/02/2014. Nos dias 03, 04, 05, 06, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27 e 28 de fevereiro/2014 foram anotadas faltas injustificadas, sendo que no dia 28/02/2014 o servidor compareceu pessoalmente à unidade, informando que estava com depressão e problemas pessoais, perguntando acerca de sua situação funcional, sendo informado da abertura da sindicância e de que deveria retornar ao trabalho.

Acesso ao Sumário

O art. 100 do Estatuto dos Servidores Públicos de São Roque define inassiduidade habitual como a falta ao serviço, sem causa justificada, por 15 dias, interpoladamente, durante o período de 12 meses.

As faltas apontadas acima foram sequenciais e não interpoladas, não podendo ser classificadas como inassiduidade habitual.

E também não configuram abandono de cargo, definido pelo Estatuto dos Servidores Públicos de São Roque como a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de 30 dias consecutivos (art. 99).

Portanto, incabível a pena de demissão na hipótese, devendo prevalecer o Relatório da Comissão processante, no sentido de aplicar ao autor a pena de

suspensão por 30 dias.

Deve, pois, ser reintegrado o autor ao seu cargo público, cabendo ao Município o pagamento dos vencimentos a ele devidos durante o período compreendido entre a exoneração e a reintegração.

Descabe, por outro lado, a pretendida indenização por danos morais. As condutas que geraram a penalidade foram, de fato, praticadas pelo servidor. Não se duvida do dissabor vivenciado pelo servidor com a aplicação da pena, mas não se pode concluir que a demissão gerou sofrimento ao autor de forma exagerada a justificar a indenização pretendida, mesmo porque era devida a aplicação de penalidades pelas condutas descritas.

Não se acolhe, por fim, o pedido do autor de exclusão de seu assentamento da menção à sindicância e consequente processo administrativo, ausente justificativa legal para seu acolhimento.

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, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, reformando a r. sentença, julgando parcialmente procedente a ação, anulando a decisão administrativa de demissão do servidor, determinando sua reintegração ao cargo, prevalecendo as penalidades de ressarcimento ao erário do valor correspondente aos produtos indevidamente doados, a ser apurado em liquidação de sentença, e suspensão por 30 dias, como sugerido pela Comissão processante.

Condeno o réu ao pagamento dos vencimentos devidos ao servidor desde a data da exoneração até a recondução ao cargo, com incidência de correção monetária, a contar dos respectivos vencimentos das parcelas, pelos critérios da Lei 11.960/09, e juros de mora a partir da citação pelos índices de juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/09), observando-se o que for decidido pelo STF quanto à Repercussão Geral (Tema nº 810) no RE 870.947, autorizada a compensação desse montante com a indenização devida pelo autor correspondente ao valor dos produtos indevidamente doados.

Diante do sucumbimento recíproco, condeno o réu ao reembolso de metade das custas e despesas processuais eventualmente suportados pelo autor, arcando cada parte com o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC, vedada a compensação, conforme § 14, observada a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao autor (fls. 194).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002129-37.2013.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante/apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA, é apelado/apelante PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos e deram provimento ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão**. (Voto nº 22.386)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 27 de abril de 2017.

BEATRIZ BRAGA, Presidente e Relatora

Ementa: Execução fiscal para cobrança de ISSQN decorrente de serviço consistente na instalação e enterramento de dutos marítimos subterrâneos. Devolutividade ampla da matéria debatida, eis que manejados recursos por ambas as partes e haver reexame necessário da sentença.

Serviço complexo que envolveu várias atividades-meio, entre as quais o afretamento de embarcações. Controvérsia acerca da inclusão ou não do afretamento na base de cálculo do imposto.

Entendimento de que referida grandeza (base de cálculo) deve ser o valor total do serviço, sem o desconto de qualquer atividade-meio instrumental ao desiderato final. Premissa que autoriza determinar a reinclusão, em sede de reexame necessário, do afretamento de embarcações na base de cálculo da exação.

No tocante à competência tributária, discute-se qual Município pode figurar como sujeito ativo da cobrança: se o de Caraguatatuba, onde realizado o serviço tomado, ou se o de Macaé/RJ, onde localizada a sede da tomadora. Na situação dos autos, o serviço foi realizado sob a égide da LC 116/03 e enquadrado no item 7.02 da Lista Anexa (serviços relativos à construção civil), de modo que o local de recolhimento

Acesso ao Sumário

do imposto deve ser o do Município onde o serviço foi realizado, qual seja, o de Caraguatatuba.

Responsabilidade do tomador dos serviços e não do prestador, ante previsão em legislação municipal que atendeu a exigência do art. 6º da LC 116/03.

Controvérsia atinente à multa, pois o Município aplicou o percentual de 100% sob referida rubrica, enquanto a tomadora (Petrobrás) pede, caso mantida sua condenação, seja aplicado o percentual de 50%. Situação que encontra resposta na própria legislação municipal, eis que há previsão do percentual de 100% para a multa quando a falta de recolhimento do tributo seja atribuída ao prestador do serviço e 50% quando atribuída ao tomador. *In caso*, vê-se que o Município tipificou erroneamente a multa, pois impôs o percentual de 100% ao tomador. Reenquadramento de rigor, reduzindo o percentual de 100% para 50%.

Decisão que importa nova distribuição dos encargos sucumbenciais (custas, despesas e honorários).

Como se viu, o Município exequente sucumbiu em parte mínima em sua pretensão (apenas na redução do percentual da multa), situação que, ponderando-se o alto valor monetário do processo (mais de oitenta e um milhões de reais em março de 2013), importa sejam as custas e despesas processuais repartidas na proporção de 75% para a executada (Petrobrás) e 25% para o exequente.

No tocante a verba honorária, considerando-se o vultoso valor da ação, bem como a extrema complexidade da matéria debatida e o diligente trabalho dos procuradores municipais, de rigor a fixação do valor de um milhão de reais para tal condenação, em favor destes.

Nega-se provimento aos recursos e, em sede de reexame necessário, determina-se a reinclusão da atividade de afretamento de navios na base de cálculo da cobrança. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais ficam repartidas entre as partes, na proporção de 75% a cargo da executada e 25% a cargo do exequente. Em relação

Acesso ao Sumário

aos honorários, fixa-se o montante de R$ 1.000.000,00 para o patrono do exequente, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelações interpostas contra sentença de parcial procedência na ação de embargos à execução fiscal ajuizada por **Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás** em face do **Município de Caraguatatuba** (fls. 598/613). Em função da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas a repartir as custas e despesas processuais, arcando cada uma com os honorários de seu respectivo patrono. (sentença aclarada a fls.617/622v).

É dos autos que a embargante (Petrobrás) ajuizou ação de embargos à execução fiscal que lhe fora movida pelo Município de Caraguatatuba.

Consta que este lavrou contra a primeira Auto de Infração (AI 09/2010) pela suposta não retenção e posterior falta do recolhimento de ISSQN referente a serviço que lhe fora prestado pela empresa Acergy MS Limited, sediada na Inglaterra. O valor da cobrança é de R$ 81.203.372,42 (oitenta e um milhões, duzentos e três mil, trezentos e setenta e dois reais e quarenta e dois centavos), atualizada para março de 2013.

O contrato que ensejou a autuação tinha como objeto a construção e instalação do gasoduto submarino de *Mexilhão*, interligando a Plataforma de Mexilhão à Praia das Palmeiras, no Município de Caraguatatuba. Para proporcionar referido desiderato, o contrato também previa o afretamento de embarcações para a realização do lançamento e enterramento do gasoduto entre as profundidades de 20 a 170 metros, posicionados em solo marinho. Nesse contexto, para a execução e lançamento dos dutos submarinos e respectivos enterramentos, foi empregada uma embarcação da empresa *Acergy.*

Nesse contexto, o Município entendeu que a empresa Acergy teria realizado os serviços relacionados no item 7.02 da Lei Anexa à LC 116/03.

Consta, ainda, que fora lavrada outra infração no mesmo Auto de Infração já citado, qual seja, o AI 09/2010, por suposto não recolhimento de ISSQN sobre serviços realizados em águas marítimas. Referida cobrança já é objeto de execução fiscal (nº 0010086-26.2012.8.26.0126).

Nesse contexto, manejou a executada embargos à execução. A causa de pedir ventilada pode ser sintetizada nas seguintes premissas:

i) inconstitucionalidade na incidência de ISSQN sobre bens móveis - afretamento, mobilização e desmobilização -, pois configurada *locação*, devendo ser aplicada a redação da Súmula Vinculante nº 31;

ii) inexistência de serviços prestados no território de Caraguatatuba, eis que o afretamento ocorreu em alto mar e não existe qualquer convênio autorizador ou Lei Complementar expedida pela União que autorize

Acesso ao Sumário

tributação por extraterritorialidade;

iii) ausência de competência tributária do Município para tributar o objeto contratual (afretamento, mobilização e desmobilização);

iv) impossibilidade de se compreender qualquer embarcação ou canteiro de apoio na praia como *estabelecimento prestador*, pois no caso da Petrobrás o estabelecimento é fixado em Macaé/RJ, cidade que teria competência para tributar, em tese;

v) nulidade do auto de infração, eis que as *invoices* emitidas pela empresa Acergy, que é inglesa, foram cotadas em dólar e euro, não havendo evidências de que o câmbio tenha se valido de dados oficiais;

vi) violação, pela Lei Complementar Municipal 17/2005, ao sistema constitucional de competências tributárias;

vii) erro no enquadramento dos supostos serviços prestados, não havendo como enquadrá-los no item 7.02 da Lista, mas sim no item 7.21, fato que acarreta a ausência de responsabilidade do tomador (Petrobrás);

viii) subsidiariamente, caso se decida pela competência tributária do Município, não se vislumbra qualquer tipo de responsabilidade da tomadora, seja por substituição ou solidariedade, mas mera atuação como agente de retenção;

ix) nulidade do auto de infração por erro na capitulação da multa;

x) falta de proporcionalidade da multa, que possui caráter confiscatório.

Sobreveio sentença de parcial procedência. Foram providos os seguintes pedidos: 1) exclusão da base de cálculo do ISSQN a atividade de afretamento de embarcação, 2) pedido subsidiário para aplicação da multa punitiva prevista no art.63, II, da LCM 17/05, no patamar de 50% do valor do imposto devido, corrigido monetariamente.

Inconformada, apela a executada, Petrobrás. Repete basicamente os mesmos termos da inicial, notadamente: 1) incompetência do Município para cobrar ISSQN sobre serviços realizados em águas marinhas; 2) não caracterização da existência de unidade econômica da contratada no Município; 3) os serviços foram prestados em águas marítimas, que não se confundem com orla marítima, devendo ser aplicada a regra do art.3º, §3º da LC 116/03, destinando o tributo para o local do estabelecimento prestador – Macaé/RJ; 3) os serviços enquadram-se no item 7.21 da LC 116/03; 4) impossibilidade do Município cobrar tributo em área que não lhe pertence.

Subsidiariamente, se reconhecida a existência de unidade econômica, que os tributos se restrinjam às atividades ali realizadas; requer a exclusão do afretamento, mobilização e desmobilização da embarcação da base de cálculo do ISSQN, por se tratar de evidentes obrigações de dar; ausência do dever

Acesso ao Sumário

de retenção, diante da sobreposição da LCM 17/05 à LC 116/03; ausência de responsabilidade e solidariedade (fls.632/649).

Também apela o Município (fls.715/734). Alega que a multa aplicada esta em consonância com a legislação municipal, que impõe ao embargante o dever de reter e recolher o ISSQN pelos serviços tomados; correta a aplicação da multa no percentual de 100% sobre o valor do imposto devido, visto que a redução para 50% estaria burlando o dispositivo legal, além de deixar de coibir ato infracional; a multa não é confiscatória ou desproporcional; o STJ – no RMS 29.302/GO – já decidiu que multa punitiva no percentual de 100% não é confiscatória; redução da verba de sucumbência para 10% das custas, despesas processuais e honorários.

Contrarrazões a fls. 744/768 e 775/777v.

É o relatório.

Como se percebe após a leitura do relatório, trata-se de demanda de alta complexidade.

Cinge-se a controvérsia à incidência ou não de ISSQN sobre as atividades descritas na inicial, bem como a responsabilidade da embargante pela retenção e recolhimento do tributo e eventuais nulidades no auto de infração.

No documento juntado a fls.36 consta que o objeto contratado entre a Petrobrás e a empresa inglesa Acergy, foi:

> *"(...) o afretamento de embarcações, detalhamento do projeto, fornecimento de materiais, lançamento, instalação, enterramento e serviços complementares do duto de exportação da Plataforma de Mexilhão (PMXL-1) para a unidade de tratamento de gás de Caraguatatuba (UTGCA), relativo ao desenvolvimento da produção do Campo de Mexilhão, na Bacia de Santos, offshore São Paulo, através da Implementação de Empreendimentos para Dutos Submarinos (IEDS) (...)".*

Já o auto de infração (fls.110) descreve a conduta faltosa nos seguintes termos:

> *"(...) os serviços foram realizados no período de janeiro de 2008 a janeiro de 2010 para execução pela contratada, sob o regime de empreitada por preços unitários,* ***o afretamento de embarcações****, detalhamento do projeto,* ***fornecimento de materiais****, lançamento,* ***instalação, enterramento e serviços complementares do duto*** *de exportação da plataforma de mexilhão (PMXL-1) para a unidade de tratamento de Caraguatatuba (UTGCA), relativo ao desenvolvimento da produção do Campo de Mexilhão, na Bacia de Santos, Offshore São Paulo, através da implementação de empreendimento para dutos submarinos (IEDS) (...)"*

Acesso ao Sumário

Como se vê do excerto, pode-se separar em dois grupos as supostas autuações; Num primeiro, que abrange "afretamento de embarcações" e num

segundo, que envolve a "instalação, enterramento e serviços complementares do duto".

Ocorre que o Município enquadrou *todo* o serviço no item 7.02 da Lista Anexa à LC 116/03, reproduzida em sua legislação local, que diz:

> *7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).*

Já a executada, Petrobrás, entende que a tributação se daria pelo item 7.21, mas tendo como sujeito ativo Município de Macaé/RJ. Vejamos o citado item:

> *7.21 – Pesquisa, perfuração, cimentação, mergulho, perfilagem, concretação, testemunhagem, pescaria, estimulação e outros serviços relacionados com a exploração e explotação de petróleo, gás natural e de outros recursos minerais.*

Sabe-se que "afretamento" é tipo de contrato no qual o proprietário de um navio – mediante pagamento de preço previamente estipulado – se compromete a cedê-lo ou utilizá-lo, total ou parcialmente, para o transporte de mercadores ou outros objetos e equipamentos de outrem.

Sobre a incidência de ISSQN sobre a atividade de afretamento, já decidiu o STJ – em jurisprudência sedimentada – que não incide referido imposto sobre tal tipo de contrato, por caracterizar mera locação de embarcação (AgRg no REsp 1413650/RJ; AgRg no REsp 1512344/RJ; REsp 1054144/RJ).

Há aplicação, ainda, da Súmula Vinculante nº 31 sobre o contrato de afretamento, que nada mais é do que uma espécie de locação (*É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis*.)

No entanto, ante a já citada complexidade do objeto contratual, a situação deve ser detidamente analisada, visando evitar conclusões precipitadas. É que, no caso concreto, o afretamento não pode ser isoladamente considerado, posto que integrante de um objeto contratual maior que envolveu demais atividades. Assim, percebe-se que o afretamento se deu como *instrumento* e não como objeto final do contrato.

Nessa seara, o afretamento – repita-se, *in casu* – foi atividade-meio para a consecução do objeto contratual. Desse modo, caracterizou-se como etapa inerente à construção do gasoduto subaquático (transporte de materiais para construir as instalações), devendo ser considerado e englobado no conjunto final do serviço contratado. No contexto, já decidiu o STJ – na sistemática dos

Acesso ao Sumário

recursos repetitivos – que:

> *(...)*
>
> *Mesmo que estabeleça o contrato diversas etapas da obra de construção, muitas das quais realizadas fora da obra e em município diverso, onde esteja a sede da prestadora, considera-se a obra como uma universalidade, sem divisão das etapas de execução para efeito de recolhimento do ISS.*
>
> *(...)*
>
> (REsp 1117121/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009)

Dessa forma, impossível desmembrar-se o serviço de afretamento do total do serviço.

Ademais, em se tratando do objeto contratual, correto o enquadramento municipal do serviço no item 7.02, já citado. É que todo o trabalho contratado e realizado se subsume às hipóteses contidas em tal rubrica. Como se infere dos elementos contidos nos autos, construiu-se gasoduto interligando a Plataforma de Mexilhão à unidade de tratamento de gás localizada em Caraguatatuba. Sabe-se que parte dos serviços foram realizados em solo, como a fabricação de partes do gasoduto em canteiros *on-shore*, enquanto outra parte foi realizada em águas marítimas (montagem, instalação, aterramento dos dutos e etc).

Sobre a tributação de serviços realizados na orla marítima, dispõe o § 3º do art. 3º da LC 116/03 que:

> *§ 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.*
>
> *Obs:*
>
> *item 20.1 = Serviços portuários, ferroportuários, utilização de porto, movimentação de passageiros, reboque de embarcações, rebocador escoteiro, atracação, desatracação, serviços de praticagem, capatazia, armazenagem de qualquer natureza, serviços acessórios, movimentação de mercadorias, serviços de apoio marítimo, de movimentação ao largo, serviços de armadores, estiva, conferência, logística e congêneres.*

Acesso ao Sumário

Por sua vez, a mesma LC define estabelecimento prestador como 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. (art.4º).

Nessa toada, 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)

Assim, como aqui já foi consignado que o enquadramento das atividades tributadas se deu pelo item 7.02 da Lista da LC 116/03, cabe agora definir o Município competente para cobrar ISSQN sob referida rubrica.

As regras definidoras da competência estão previstas na Lei Complementar nº 116/03, e o artigo 3º desse diploma possui a seguinte redação:

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:***

(...)

III – ***da execução da obra****, no caso dos serviços descritos no subitem* ***7.02*** *e 7.19 da lista anexa;*

(...)

Portanto, patente a competência tributária do Município de Caraguatatuba para exigir o tributo aqui contestado, cuja ausência de retenção e recolhimento gerou a lavratura dos autos de infração. Desse modo, irrelevante o fato de haver ou não unidade econômica da empresa contratada no local da prestação dos serviços.

Fixadas tais premissas, resta apenas verificar se a Petrobrás possui dever de reter e recolher o ISSQN incidente sobre a operação contratada com a empresa inglesa Acergy.

Dispõe a já exaustivamente citada LC 116/03 que:

Acesso ao Sumário

*Art. 6º Os **Municípios** e o Distrito Federal, **mediante lei**, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.*

§ 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

*§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, **são responsáveis**: (Vide Lei Complementar nº 123, de 2006).*

(...)

*II – **a pessoa jurídica**, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, **7.02**, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.*

(...)

Percebe-se, portanto, que há possibilidade de se impingir à Petrobrás a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto sobre serviços indicado no item 7.02. Para tanto, necessária apenas a existência de lei municipal que atribua tal responsabilidade de modo expresso.

No caso, em atendimento a tal disposição, o legislador municipal editou a LC Municipal 17/2005, que dispôs sobre o ISSQN. Eis o ponto que interessa ao deslinde do processo:

***Artigo 11.** É responsável pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.*

Parágrafo único - Para efeitos do caput deste artigo, considera-se responsável o tomador ou intermediário de serviços que atuará perante o Fisco Municipal como agente de retenção, em conformidade com o disposto no Título II desta lei complementar.

(...)

***Artigo 32.** São responsáveis os tomadores ou intermediários de serviços, estabelecidos no Município de Caraguatatuba, ainda que alcançados por imunidade ou isenção tributárias, na qualidade de agentes de retenção, pelo pagamento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza retido, dos serviços por eles tomados ou intermediados, especificados no Anexo I desta lei complementar.*

*§ 1º A **responsabilidade prevista no caput alcançará, a partir da vigência desta lei**:*

Acesso ao Sumário

(...)

*II - A **pessoa jurídica**, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.04, **7.02**, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7,15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.09 do Anexo I desta lei complementar;*

(...)

***§ 3º** O disposto no inciso II do "caput" também se aplica aos órgãos da administração pública direta da União, dos Estados e do Município de Caraguatatuba, bem como suas autarquias, fundações, empresas públicas, **sociedades de economia mista**, concessionárias e permissionárias de serviços públicos e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados ou pelo Município de Caraguatatuba.*

Dos excertos acima colacionados, conclui-se pela possibilidade de atribuir à Petrobrás a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ISSQN nas condições dos autos, pois atendidas todas as exigências para viabilizar a tributação. Outrossim, não há qualquer tipo de sobreposição da lei complementar municipal à LC 116/03, mas mera edição de preceitos em obediência ao regramento nacional.

Dessa maneira, deve ser negado provimento ao recurso da executada-embargante (Petrobrás).

Passa, agora, à apreciação do recurso do Município-exequente.

Sobre a multa aplicada, consta do auto de infração que esta fora aplicada com base nos artigos 50, I, "c", 63, III e 67, todos da LCM 17/05. Eis os referidos dispositivos:

***Artigo 50.** Sem prejuízo das medidas administrativas e judiciais cabíveis, a falta de pagamento ou retenção do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, nos prazos estabelecidos, implicará cobrança dos seguintes acréscimos:*

I - Recolhimento fora do prazo regulamentar, efetuado antes do início da ação fiscal:

(...)

c) multa moratória calculada a taxa de 0.666 % (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento) do valor do imposto devido sobre o total da operação aos que deixarem de recolher, no prazo regulamentar, o imposto retido do prestador do serviço, até o limite de 40% (quarenta por cento), sem prejuízo das demais penalidades estabelecidas nesta lei complementar.

(...)

***Artigo 63.** O contribuinte e/ou agente de retenção estão sujeitos à multa, depois de iniciada a ação fiscal, no caso de não recolhimento ou recolhimento a menor do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza*

Acesso ao Sumário

no prazo determinado pela legislação, nos seguintes percentuais:

I - 50% (cinqüenta por cento) do valor do imposto devido, corrigido monetariamente, não pago ou pago a menor pelo contribuinte;

*II - **50% (cinqüenta por cento) do valor do imposto devido, corrigido monetariamente, aos que obrigados à retenção do tributo, deixarem de efetuá-la;***

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto devido, corrigido monetariamente, aos que deixarem de recolher, no prazo regular, o imposto retido do prestador de serviços;

IV - 100% (cem por cento) do valor do Imposto devido e não pago, ou pago a menor, nos prazos previstos em lei ou regulamento, pelo prestado de serviço que:

a) simular que os serviços prestados por estabelecimento localizado no Município de Caraguatatuba, inscrito ou não em cadastro fiscal de tributos mobiliários, tenham sido realizados por estabelecimento de outro município;

b) obrigado à inscrição em cadastro fiscal de tributos mobiliários, prestar serviços sem a devida inscrição.

(...)

***Artigo 67**. Sobre o valor atualizado da infração incidem juros de mora a razão de 1% (um por cento) ao mês.*

Como se vê, há, de fato, incorreção no enquadramento da multa. Foi exposto ao longo desse julgado que a Petrobrás possui responsabilidade pela retenção do tributo. Como não reteve e, consequentemente, não recolheu o imposto sobre serviços, incorreta a capitulação da multa no inciso III do art.63 (que fixa a multa em 100% sobre o valor do imposto *quando retido do **prestador***).

Assim, deve ser fixada a multa pela regra do inciso II (multa em 50% sobre o valor do imposto aos que obrigados à retenção do tributo (**tomador**), deixarem de efetuá-la). É que a Petrobrás, como já se acentuou, foi tomadora do serviço e possui responsabilidade pela retenção do imposto.

Fixado o novo patamar da multa, ficam prejudicas as demais alegações do município, pois todas relacionadas à defesa da multa sobre 100% do valor do imposto.

No mais, o exequente ainda pede seja reduzida sua condenação ao pagamento de sucumbência.

Ocorre que a sentença, após ser alterada pelo acolhimento de embargos de declaração, fixou sucumbência recíproca entre as partes. No entanto, tal decisão havia excluído da base de cálculo do serviço a atividade de afretamento, parte que aqui fora reformada (em sede de reexame necessário), para determinar sua reinclusão.

Percebe-se, assim, que o ora decido importará nova distribuição dos ônus

Acesso ao Sumário

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.

Isto posto, passa-se à analise da verba honorária, conforme disposições do CPC/73:

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, de regra, o juiz ao fixar a verba honorária deve obedecer a limites quantitativos (art. 20, § 3°, CPC) e qualitativos (art. 20, § 3°, "a", "b" e "c", CPC). Admite-se, contudo, que eventualmente se superem os limites quantitativos do art. 20, § 3°, CPC, obedecendo-se tão somente aos qualitativos (art. 20, § 4°, CPC).

Logo, considerando a sucumbência recíproca aqui consignada, a alta complexidade da demanda, o valor da causa (R$ 81.203.372,43 – oitenta e um milhões, duzentos e três mil, trezentos e setenta e dois reais e quarenta e três centavos – em março de 2013), o trabalho do patrono do município, bem como que na época em que prolatada a sentença ainda vigia o CPC/73 (que autorizava a compensação dos honorários), fica tal verba fixada em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para os patronos do Município.

Em relação à responsabilidade pelo pagamento das custas e despesas processuais, deverá a Petrobrás arcar com 75% do seu valor, enquanto o restante (25%) caberá ao exequente, considerando-se a menor sucumbência deste.

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (*EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006*).

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos e, em sede de reexame necessário, determina-se a reinclusão da atividade de afretamento de navios na base de cálculo da cobrança. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais ficam repartidas entre as partes, na proporção de 75% a cargo da executada e 25% a cargo do exequente. Em relação aos honorários, fixa-se o montante de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para o patrono do exequente, nos termos do acórdão.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1126802-95.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESEG – ESCOLA SUPERIOR DE ENGENHARIA E GESTÃO, são apelados CATARINA CRISTINA BERNARDES DE FREITAS e CAROLINE ALVES PEIXOTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U. , de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.965)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: ANULATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO. Curso superior. Acusação de que teria havido "cola" em prova. Suspensão das atividades acadêmicas. Circunstâncias e elementos dos autos que permitem a conclusão de que houve constrangimento de uma das autoras para que formulasse pedido de desligamento. Vício de consentimento. Vídeo produzido por câmera instalada na classe que não indica a conduta irregular. Situação que desborda do mero aborrecimento. Valor corretamente arbitrado na origem. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

VOTO

Acesso ao Sumário

I- Trata-se de ação sob rito ordinário ajuizada por **CATARINA CRISTINA BERNARDES DE FREITAS** em face da **ESEG – ESCOLA SUPERIOR DE ENGENHARIA E GESTÃO** visando à anulação de ato jurídico. Segundo relato da inicial, a autora é aluna matriculada no curso de engenharia de produção, concluindo o segundo semestre ao tempo do ajuizamento. Em 12.11.15 haveria prova da matéria "Informática e Programação", sendo que é comum a reunião de alunos para estudos, inclusive trocando informações por meio de mensagens eletrônicas de "whatsapp". No dia 19.11, o professor entregou a prova corrigida da autora com a anotação "falar com o aluno". Esta se dirigiu àquele juntamente com outra colega que tinha recebido sua prova com a mesma anotação, momento em que o professor afirmou que as respostas de ambas estavam idênticas, elas

teriam "colado" e que a expulsão só não seria imediata porque não houve "flagrante".

Foi argumentado que as respostas eram realmente semelhantes porque as variáveis da questão deveriam ser iguais, já que a matéria se tratava de ciência exata. Passados 7 dias, a autora foi abordada por uma funcionária da casa que solicitou que a acompanhasse até a secretaria. Após algum tempo, foi atendida pela funcionária de nome Eliane, que lhe entregou o Procedimento Disciplinar n.º 4653562015 (que apesar de datado de 23.11 foi entregue apenas em 26.11) com descrição de evidência de cola na realização de avaliação P4 de Informática e Programação verificada pelo professor Rodrigo de Souza Silva. O documento informa que foi instaurado procedimento administrativo perante o Conselho de Ética, concedendo-lhe prazo para defesa no prazo de 24 horas, com a decisão proferida até 48 horas depois. Tal procedimento, também, determinou, tendo em vista gravidade do fato, preventivamente, a suspensão da autora das atividades acadêmicas, até conclusão final do procedimento.

Em 27.11 a autora preparou sua defesa e entregou na faculdade. No dia 30.11 recebeu uma ligação da funcionária Eliane informando que no dia 01.12 deveria comparecer na escola. No dia e hora designados, compareceu na reunião, onde foi instada a efetivar um pedido de desligamento espontâneo da escola, por motivos pessoais, sob pena de que, não o fazendo, seria, da mesma forma, desligada da faculdade fazendo constar de seu histórico escolar que o motivo de tal desligamento seria "cola" em prova. Assustada e coagida com esta ameaça, por evidente que a Autora pediu seu desligamento da escola, pedido este feito à mão, ali na frente dos coordenadores.

Em 02.12 foi protocolizada notificação dirigida ao Conselho Superior, para que apresentasse manifestação por escrito acerca da defesa protocolizada em 27.11. Sobreveio contranotificação informando que, como havia sido efetivado o pedido de desligamento da ex-aluna Catarina Cristina Bernardes de Freitas, o fato encontra-se resolvido, independentemente da decisão do Conselho.

A autora afirma que nunca teve qualquer problema em sua vida de estudante, desde a educação infantil até o primeiro e segundo semestres do curso superior, e seu histórico indica a desnecessidade de "cola". E mesmo que houvesse a constatação da irregularidade, a dupla punição (suspensão e posterior desligamento) contraria o regimento da instituição e seria totalmente desproporcional. Afirma que o pedido de desligamento ocorreu sob ameaça e forte coação, pedido este que não seria feito por alguém em situação normal. Reitera que a alegação de "cola" em virtude de serem constatadas respostas idênticas não pode ser admitida em se tratando de matéria onde os resultados, se certos, são idênticos. A situação teria causado abalo moral. Pede a concessão de liminar para poder fazer as provas restantes do semestre, além da anulação do pedido de desligamento, sem prejuízo da condenação de indenização por danos

Acesso ao Sumário

morais.

A liminar foi deferida (fl. 104). Houve aditamento da inicial para que passasse a constar no pólo ativo **CAROLINE ALVES PEIXOTO**, colega de classe de Catarina envolvida na acusação, o que foi deferido (fl. 134).

Foi juntado aos autos o "CD" com a gravação da sala de aula no dia da prova onde teria ocorrido a "cola" (fl. 249).

A r. sentença de fls. 258/264 julgou procedentes os pedidos, declarando a nulidade do pedido de desligamento e condenando a ré a pagar R$ 10.000,00 às autoras (R$ 5.000,00 para cada uma) a título de danos morais, além de arcar com as custas, despesas e honorários de 10% do valor da condenação.

Inconformada, apela a "Etapa Educacional Ltda." (Mantenedora da ESEG) afirmando que partiu da apelada Catarina o pedido de desligamento da instituição, motivo pelo qual o resultado do procedimento administrativo restava esvaziado, prejudicado. Quanto à outra apelada, que não manifestou antecipadamente o desejo de rescisão contratual com a escola, a tramitação do procedimento alcançou o seu final, e houve a comunicação formal sobre a sanção definida pelo Conselho de Ética.

Asseverou que quanto à sanção propriamente dita, a gravação realizada por câmara de segurança localizada dentro do ambiente em que ocorreu a prova, demonstra claramente a colaboração mútua entre as apeladas. O fato também está comprovado pela juntada das provas produzidas por ambas e pela declaração do professor reduzida a termo, caberia apenas à apelante definir a sanção aplicável, e não existiria razão fática jurídica para a suspensão do ato. As apeladas firmaram Termo de Compromisso com a Integridade Acadêmica, do qual se extrai o comprometimento do aluno com uma conduta ética dentro da instituição e sempre tiveram inequívoca ciência de que a utilização de "cola" seria considerada infração ao regimento e ao termo de compromisso, podendo resultar em penalidade que inclui o desligamento do envolvido. As alunas colaram, isto é evidente na verificação das avaliações preenchidas por elas e na gravação, pois no dia da prova sentaram lado a lado e se comunicaram durante a realização das avaliações. Cabe à instituição aplicar as sanções previstas no regimento interno, o que foi feito com relação a uma das estudantes, dado que a outra preferiu antecipar-se e pedir desligamento. A proposição de regras acadêmicas, a definição e aplicação de sanções, como o afastamento do aluno, é prerrogativa da instituição de ensino, que tem autonomia didática administrativa, esculpida no artigo 207 da CF/88. Ainda, a liminar teve caráter satisfativo, e como não se pleiteou autorização para rematrícula, esgotou-se o objeto da demanda. Também alega que a manutenção das alunas no campus tornou-se algo constrangedor e desabonador para a instituição, pois houve quebra de suas normas sem que nada ocorresse com aquelas. Também destaca que não houve qualquer abalo moral,

Acesso ao Sumário

mesmo porque nenhuma prova foi produzida neste sentido, ônus este que cabia às apeladas. Pedem a inversão do *decisum* ou, alternativamente, a redução do valor arbitrado para a indenização (fls. 270/287).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 292/299), os autos foram encaminhados a esta E. Corte e inicialmente distribuídos à E. 38ª Câmara de Direito Privado e posteriormente à 36ª Câmara, que não conheceu do apelo e determinou a redistribuição (fls. 325/330). Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 339).

É o relatório.

II- O recurso deve ser conhecido[1], mas desprovido.

Preliminarmente, há de se estabelecer a abrangência do pedido formulado. Na inicial os pedidos foram de (1) liminar para que a autora Catarina realizasse a prova designada para o dia 12.12 e proceda a entrega do trabalho agendada para 14.12, a fim de que possa concluir o curso, bem como que a correção de tais prova e trabalho sejam realizados por professor imparcial aos fatos, e, ainda, se esta for a intenção da autora, de matricular-se na instituição para que possa ali cursar o 3º semestre, (2) declaração de nulidade do ato jurídico por ela praticado, consistente no pedido de desligamento do curso e (3) condenação ao pagamento de valor pecuniário a ser arbitrado por V. Exa., a título de reparação pelos danos morais causados (fl. 15).

Posteriormente houve aditamento da vestibular para incluir Caroline no polo ativo da demanda, requerendo ainda que os efeitos da liminar concedida fossem integralmente estendidos a ela (fl. 115), o que foi deferido (fl. 134). Nota-se que não houve qualquer acréscimo ao pedido (condenação em obrigação de não fazer ou assemelhado, tampouco anulação do desligamento de Caroline), de forma que, em atenção ao art. 492 do CPC, a procedência ou não da demanda circunscreve-se apenas à anulação do ato praticado por Catarina (pedido de desligamento por ela formulado) e ao pagamento de indenização por danos morais a ambas.

O pedido de desligamento, consideradas as circunstâncias do caso, de fato não pode prevalecer.

Pouco crível que um pedido "voluntário" seja feito em folha timbrada da própria instituição (fl. 40) no mesmo dia em que sua advogada encaminhou notificação à escola (fl. 38) para que analisasse a defesa apresentada três dias antes, na qual havia refutado com veemência a acusação de "cola" (fls. 26/27). Como bem destacado na origem, "(...) Considerar isso seria admitir que a autora tenha incorrido em *venire contra factum proprium*, uma vez que o pedido de

Acesso ao Sumário

1 Conflito de Competência - Ato administrativo - Punição disciplinar aplicada a estudante em instituição de ensino superior - Questão relativa a "ensino em geral" - Matéria afeta à Seção de Direito Público - Precedentes do Colendo Órgão Especial - Conflito julgado procedente, declarando-se a competência da C. 2ª Câmara de Direito Público. (Conflito de competência/Estabelecimentos de Ensino nº 0077515-63.2013.8.26.0000, rel. Des. Castilho Barbosa, j. 14.08.13).

desligamento contraria, veementemente, todas as condutas anteriormente adotadas por ela. A autora foi coagida a efetuar o pedido de desligamento sob pena de ser expulsa da faculdade, e ter o seu histórico escolar manchado pela prática de "cola em prova", verificando-se, desse modo, vício na declaração de vontade (...)".

Em relação à conduta imputada às apeladas, de terem "colado" na prova, não se vislumbram elementos que permitam concluir de forma minimamente segura pela transgressão às normas da instituição.

A apelante apresentou a gravação das imagens do dia da prova, destacando que as autoras estariam sentadas na quarta fileira e que "(...) em vários momentos se nota a colaboração mútua, merecendo destaque o período em que o relógio aponta entre 09h:24m e 09h:29m (...)" (fl. 250). O vídeo tem mais de 02h:09m de duração, onde se vê uma classe com cerca de 25 alunos sentados lado a lado, bem próximos, cada qual em um computador com tela de tamanho médio. O professor está presente e caminha entre os alunos durante o tempo.

Não se nota nas duas moças sentadas na quarta fileira (que seriam Caroline e Catarina) nenhuma conduta ostensiva indicadora de "cola", à exceção de quatro momentos no intervalo mencionado pela apelante: às 09:24:01, a moça da esquerda toca o braço da outra; depois, às 09:28:19, novo toque idêntico; às 09:29:43, a mesma pessoa bate levemente na mesa, o que em tese poderia ser considerado como uma forma de alertar para alguma coisa; e às 09:29:51 esta pessoa aponta para a tela do computador da moça ao lado, indicando algo.

Nestas oportunidades, não se nota na moça que é chamada alguma atitude acintosa de desviar o olhar para a prova ao lado ou para o outro computador. Também não há qualquer troca de anotações, muito menos das próprias folhas de resposta. Por vezes o professor passa pelas duas alunas, mas nada faz. A gravação não contém áudio.

As provas de ambas foram juntadas com a contestação, sendo certo que as notas atribuídas à questão nº 1 são diferentes: 1.0 para Caroline (fl. 194) e 2.0 para Catarina (fl. 197). A estrutura das respostas (parte escrita) também não é idêntica (fls. 195 e 198/199).

Acesso ao Sumário

Daí que não se pode concluir que de fato tenha ocorrido a chamada "cola", não se podendo olvidar que a matéria "Informática e Programação" permite que respostas sejam absolutamente iguais.

Tais circunstâncias somadas indicam que a situação a que as apeladas foram submetidas (acusação de "cola", proibição de realizar provas, suspensão das atividades acadêmicas e posterior desligamento) extrapolou o limite do mero aborrecimento. Ainda mais no caso de Catarina, que foi constrangida a solicitar o desligamento "voluntário". Justifica-se a condenação, sendo certo que o montante arbitrado na origem (R$ 10.000,00 a ser dividido entre ambas) não

configura enriquecimento ilícito e atende ao caráter pedagógico da condenação. Assim, a r. sentença há de ser mantida tal como lançada.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Isto posto, **conhece-se e nega-se provimento** ao apelo. Em atenção ao art. 85, §11 do CPC, os honorários são majorados para R$ 1.500,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000117-84.2013.8.26.0189, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN/SP, é apelado CLOVIS DOS SANTOS FARIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.863)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CARLOS VIOLANTE e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Mandado de segurança – Bloqueio de veículo – Número de motor do veículo do impetrante também encontrado em outro veículo – Laudo de vistoria que indica vestígios de marcas de lixa – Necessidade de outras provas, inviável nesta sede – Ausente demonstração de direito líquido e certo violado – Recursos providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por CLOVIS DOS SANTOS FARIA contra ato do DELEGADO DE POLÍCIA DA 17ª CIRETRAN DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, alegando, em síntese, que é proprietário, há mais de seis anos, do veículo Mercedes Bens L1111, ano e modelo de fabricação 1968, cor azul, categoria aluguel, placas BWM 8983/SP, chassi 34400712022949, número de motor 344919019712625. Referiu que houve óbice por ocasião do licenciamento do veículo em razão de bloqueio requerido por determinação da 17ª Ciretran de São José do Rio Preto. Conforme despacho do impetrado houve troca de motor de outro veículo Mercedes Bens, ano 1965, placas BXE-2355, chassi 34400710002765, com a numeração do motor 34491909712625, idêntica a numeração do motor do autor. Requereu a concessão de liminar para o fim de determinar o imediato desbloqueio do veículo. Ao final, pugnou pela segurança definitiva, com a autorização do licenciamento do veículo.

Inicialmente distribuída a uma das Varas Cíveis da Comarca de Fernandópolis, foi proferida sentença de concessão da segurança. O recurso de apelação do impetrado e oficial foram providos para reconhecer a incompetência do juízo, determinando-se a remessa dos autos a uma das varas da fazenda pública de São José do Rio Preto.

Redistribuídos os autos, a segurança foi concedida (fls. 173/174).

Apela o Detran (fls. 176/182), postulando a reforma do julgado.

O recurso foi regularmente processado e não contrariado (fls. 191).

Tendo o representante do Ministério Público declinado de manifestar-se nos autos (fls. 169/170), os autos deixaram de ser remetidos à d. Procuradoria de Justiça.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 195).

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por CLOVIS DOS SANTOS FARIA contra ato do DELEGADO DE POLÍCIA DA 17ª CIRETRAN DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, alegando, em síntese, que é proprietário, há mais de seis anos, do veículo Mercedes Bens L1111, ano e modelo de fabricação 1968, cor azul, categoria aluguel, placas BWM 8983/SP, chassi 34400712022949, número de motor 34491909712625. Referiu que houve óbice por ocasião do licenciamento do veículo em razão de bloqueio requerido por determinação da 17ª Ciretran de São José do Rio Preto. Conforme despacho do impetrado houve troca de motor de outro veículo Mercedes Bens, ano 1965, placas BXE-2355, chassi 34400710002765, com a numeração do motor 344919019712625, idêntica à numeração do motor do autor. Requereu a concessão de liminar para o fim de determinar o imediato desbloqueio do veículo. Ao final, pugnou pela segurança definitiva, com a autorização do licenciamento do veículo.

Acesso ao Sumário

A segurança foi concedida.

Os recursos merecem provimento.

O mandado de segurança é remédio constitucional vocacionado a resguardar direitos contra as violações de arbítrio. Admite-se a ação mandamental para proteger direito líquido e certo, quando a ilegalidade ou abuso de poder já se consumou ou quando haja ameaça ou justo receio.

O direito líquido e certo se consubstancia na comprovação de plano dos fatos objeto da segurança pretendida.

Na ação mandamental, não há espaço para dilação probatória, devendo a prova dos fatos, documental, ser pré-constituída e apta a evidenciar a ofensa ao direito invocado pelo impetrante.

Segundo a acatada lição de Hely Lopes Meirelles:

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. (cf. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Injunção, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 38).

O impetrante é proprietário do veículo de placas BWM-8983, que possui a mesma numeração de motor do veículo de placas BXE-2355. Constatada a duplicidade, a autoridade de trânsito de São José do Rio Preto bloqueou o veículo do impetrante (fls. 11).

No laudo de vistoria do veículo do impetrante, realizado em 14.09.2013, consta a presença de *vestígios de marcas de lixa/abrasão* (fls. 28) e *chassi com serviço de solda próximo ao início dos números. Apresentando sinais de lixa nos primeiros caracteres do chassi. Porém mantendo os padrões* (fls. 31 – datado de 03.12.2013).

No laudo de vistoria do veículo de placa BXE-2355, consta "*em conformidade. Sugere-se cadastramento de nº de motor 344919019712625 no CRV/CRLV*" (fls. 23).

A autoridade impetrada solicitou à Ciretran de Fernandópolis uma nova vistoria *para constatação do agregado instalado no veículo pertencente à frota de Fernandópolis, para análise, e, sendo comprovada a duplicidade, s.m.j., instrução para a necessária adoção de providências em procedimentos de Polícia Judiciária, com a finalidade precípua de elucidação dos fatos* (fls. 18).

Portanto, não está esclarecido a duplicidade em questão, tampouco que não há qualquer irregularidade no veículo do impetrante. A questão demandaria produção de provas, inviável nesta sede. O bloqueio é necessário até a regularização e elucidação dos fatos.

Por tudo isso, verifica-se que não foi suficientemente demonstrada a

Acesso ao Sumário

violação a direito líquido e certo do impetrante.

Por esses fundamentos, pelo meu voto, dou provimento aos recursos voluntário e oficial.

Para fins de prequestionamento, tem-se por inexistente qualquer violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional pertinente à matéria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000676-83.2015.8.26.0369, da Comarca de Monte Aprazível, em que são apelantes RINALDO ESCANFERIA e ROMUALDO ESCANFERIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram preliminar, deram parcial provimento ao recurso, com indicação para jurisprudência. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Marcos Cesar Minuci de Sousa", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.020)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Nepotismo – Prefeito do Município de Poloni – Favorecimento pessoal de irmão, servidor municipal – Sentença de procedência – Pretensão de reforma – Possibilidade, em parte – Nulidade da r. sentença não configurada – Servidor ocupante do único emprego público de lançador almoxarife, que foi mantido irregularmente em atribuições típicas de cargo em comissão – Pagamento habitual de horas extraordinárias, com dispensa do controle de ponto – Proposta de Leis para elevar a referência salarial da função do servidor ao maior salário base pago na Administração Municipal – Dolo evidenciado – Evolução salarial do servidor, contudo, que decorreu de Leis Municipais – Reconhecimento

Acesso ao Sumário

das condutas ímprobas que, por si só, não autoriza recondução do valor de referência do salário, para fins de ressarcimento – Inexistência de vício material de inconstitucionalidade das Leis Municipais – Precedentes – Rejeição de matéria preliminar – Apelação a que se dá parcial provimento.

VOTO

Trata-se de **ação civil pública** ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra **Rinaldo Escanferla** e **Romualdo Escanferla**, para apuração de ato de improbidade administrativa, consistente no favorecimento, por parte do primeiro, na qualidade de Prefeito Municipal, ao segundo, seu irmão e também servidor municipal.

O Ministério Público afirma que, durante o mandato de 2009 a 2013, Rinaldo autorizou seu irmão, que é ocupante de emprego público (lançador almoxarife), a exercer funções típicas de cargo em comissão, bem como possibilitou a ele o percebimento de horas extras, diurnas e noturnas, e de repouso trabalhado, com a dispensa do efetivo registro dos horários de ponto. Alega também que Rinaldo viabilizou o reenquadramento funcional de Romualdo, por intermédio da Lei Municipal nº 1.048/10, com a majoração da referência salarial, de 12 para 40, e que este passou a receber o maior salário pago na Administração Municipal, que era pago apenas aos cargos cujo provimento exige-se curso superior completo, o que não é o caso de lançador almoxarife, que exige o nível médio de formação.

Requer a imediata suspensão do pagamento das horas extras ao requerido Romualdo, o seu afastamento do cargo em comissão de "coordenador de serviços urbanos", bem como a recondução à função de origem, de lançador almoxarife, e ao respectivo salário na faixa de referência 12, afastada a aplicação da Lei Municipal nº 1.048/10, reputada inconstitucional, com a condenação de ambos os requeridos nas sanções previstas no art. 12, I, da Lei nº 8.429/92.

Conforme sentença de fls. 541/544, o pedido foi julgado procedente, para confirmar a liminar anteriormente deferida e se determinar a recondução do requerido Romualdo à função de serviços gerais, com imediato retorno de seus vencimentos na faixa salarial de referência 12 (lançador de almoxarife), abstendo-se de exercer funções típicas de cargo em comissão, bem como para decretar a indisponibilidade e bloqueio dos bens de ambos os requeridos, no limite do valor de R$338.982,36 (trezentos e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e trinta e seis centavos).

Os requeridos foram ainda condenados, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano causado pelo pagamento a maior do salário de Romualdo, considerada a diferença salarial existente entre a data em que houve alteração

Acesso ao Sumário

da referência 12 para 40 e, e nº 1.144/14, respectivamente; bem como a perda de qualquer função pública que estiverem exercendo e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos, a contar do trânsito em julgado; o pagamento de multa civil equivalente a duas vezes o valor da remuneração percebida pelo Prefeito Municipal, no caso de Rinaldo, e do maior salário pago pelo Município, no caso de Romualdo; e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Inconformados, apelam os requeridos e pugnam pela reforma do julgamento. Preliminarmente, requerem a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça e sustentam que houve nulidade na r. sentença. Alegam que o julgamento ocorreu em descompasso com a prova testemunhal e os documentos constantes dos autos, especialmente em relação à comprovação do serviço extraordinário prestado por Romualdo e também quanto ao fato de que este já ocupava irregularmente a função comissionada de coordenador, antes de Rinaldo assumir como Prefeito Municipal. Aduzem que o julgamento também se revela nulo, pois foi determinada a regressão de referência salarial expressamente prevista em Lei e o remanejamento do requerido Romualdo a função distinta de seu cargo de origem, bem como não houve delimitação da responsabilidade de cada um ou a demonstração do dolo dos agentes. No mérito, afirmam que a mera irregularidade administrativa da conduta de Rinaldo, de apenas manter seu irmão Romualdo na função de coordenadoria, não configura improbidade administrativa. Insistem que não se vislumbra vício na Lei determinada por essa norma, em obediência aos limites orçamentários e também ao que ficou estabelecido em Termo de Ajustamento de Conduta, firmado com o Ministério Público, para que fosse corrigida a remuneração dos servidores e a incorporação de horas extraordinárias habitualmente prestadas (fls. 566/590).

O recurso foi respondido, com a preliminar de deserção, por ausência de preparo recursal (fls. 596/611).

A d. Procuradoria de Justiça opinou no sentido de ser negado provimento ao recurso (fls. 615/622).

Foi determinada a juntada de documentos por parte dos requeridos, para análise de seu pedido de gratuidade de justiça (fl. 624), o que foi atendido (fls. 631/688), e o benefício foi deferido, após a manifestação de concordância do Ministério Público (fl. 694).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação e lhe dou parcial provimento.

Não há que se cogitar de nulidade da r. sentença.

Por uma simples leitura, verifica-se que nela o digno Juiz sentenciante apresentou suas razões de decidir, sobre as questões amplamente debatidas pelas partes no processo, à luz dos elementos de prova colhidos, nos termos exigidos pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Ultrapassada essa questão, passa-se à análise das demais questões, que se referem ao mérito do recurso.

Com efeito, para que ocorra a responsabilização por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.492/92, não basta a mera ilegalidade da conduta do agente. É necessário demonstrar que o agente procedeu inequivocamente com desonestidade ou má-fé, em relação aos princípios que regem a Administração Pública.

Sobre o tema, nos ensina José Afonso da Silva que: "***A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer***" (Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. Pp. 571-572).

A esse respeito, a jurisprudência firmou posicionamento de que "***a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade***" (STJ, Recurso Especial n. 480.387/SP, 1ª Turma, rel. Min. LUIZ FUX, j. 16.03.2004).

Na hipótese, ficou suficientemente demonstrada a intenção do requerido Rinaldo em viabilizar o favorecimento pessoal de seu irmão Romualdo, em razão do parentesco, e deste último em aceitar o tratamento privilegiado que lhe foi oferecido.

Primeiramente, não há como se admitir a alegação do requerido Rinaldo, no sentido de que as irregularidades de seu mandato a envolver seu próprio irmão decorreram de atos de gestões anteriores, pois incumbiria a ele, na qualidade de gestor da coisa pública, fazer cessar tais irregularidades e não ser conivente com elas.

Realmente, consta dos autos que Romualdo é empregado público contratado pelo Município de Poloni, em 01 de julho de 1981, para a função de auxiliar de fiscalização e lançadoria e, posteriormente, foi designado para desempenhar a função de lançador almoxarife.

Acesso ao Sumário

Ao longo dos anos, sem prejuízo dessa nova função, Romualdo foi irregularmente designado inúmeras vezes pelos Prefeitos Municipais, de forma unilateral e sem qualquer ato de formalização, para desempenhar outras funções como a de motorista, de conferencista de balancete diário da venda de combustíveis dos postos de gasolina do Município de Poloni e de serviços gerais.

À época em que Rinaldo assumiu o mandato de Prefeito Municipal, no ano de 2009, Romualdo encontrava-se irregularmente a desempenhar as atribuições de coordenadoria de serviços gerais e recebia remuneração fixa por serviço extraordinário, supostamente prestado de manhã e nos finais de semana.

Desse modo, o requerido Rinaldo, sabedor dessa situação, deveria ter prontamente reconduzido seu irmão à função de origem, de lançador almoxarife, mas assim não procedeu, e se manteve conivente com tal ilegalidade, que possibilitou o exercício irregular da função comissionada por parte de Romualdo.

Mas não é só isso.

Rinaldo também se utilizou dessa manobra e designou Romualdo para a coordenação dos serviços urbanos e de transporte do Município, e também o dispensou do controle de ponto, para a anotação do serviço extraordinário, de forma unilateral.

Ora, essa situação não só possibilitou Romualdo a prestar serviço fora de sua jornada, em razão da atribuição de coordenadoria, como também de receber o pagamento de horas extras habituais, sem qualquer comprovação da quantidade do serviço extraordinário efetivamente prestado.

É evidente que esse comportamento de Rinaldo não pode ser tratado como mera ilegalidade administrativa ou falha de gestão de sua parte. Verifica-se que, na realidade, ela agiu com manifesta intenção de criar uma situação não permitida pela Lei com a finalidade específica de beneficiar seu irmão.

Não fosse o bastante, é incontroverso que Rinaldo elaborou proposta de Lei no sentido de elevar a referência salarial de lançador almoxarife, única no Município de Poloni e ocupada por seu irmão, para o maior grau de referência da Administração Municipal.

Todo esse contexto é suficiente para comprovar as manobras engendradas pelo requerido Rinaldo no intuito de favorecer seu irmão Romualdo.

Por sua vez, Romualdo, após anos de exercício no serviço público, tinha inequívoca ciência de que tal postura adotada por Rinaldo não encontrava amparo legal e que a sua situação funcional privilegiada era atípica na Municipalidade.

É fato que, durante os anos de serviço à Municipalidade, ele foi reiteradamente designado a funções estranhas de lançador almoxarife e que, nesses períodos, prestou serviço extraordinário. Ou seja, ele sabia que os benefícios advindos na gestão de seu irmão, como, por exemplo, a dispensa ao

controle de ponto, se tratava de um privilégio.

A prática do nepotismo revela-se conduta incompatível com a gestão da coisa pública, que afronta diretamente os princípios da administração pública, em especial, o da moralidade administrativa.

E a r. decisão foi acertada nesse ponto, ou seja:

"(...)

Apesar de não se apurar uma nomeação formal, como já mencionado alhures, o documento de fls. 148/150 revela existência de, no plano fático, ter havido uma ilegítima concessão de cargo comissionado. Aliás, o próprio corréu Rinaldo, em seu depoimento pessoal, informou que seu irmão, corréu Romualdo, faz quase todo o serviço da Prefeitura, atualmente ocupando a posição de coordenador de serviços urbanos. Anotou, ainda, que os cargos de confiança da Prefeitura são preenchidos por coordenadores, assumindo, assim, a designação informal do irmão para um cargo em comissão.

O fato de o corréu Romualdo ser empregado público da Prefeitura de Poloni desde julho de 1981 não dá o direito ao Prefeito Municipal, que é o seu irmão, de mantê-lo, nomeá-lo ou inclui-lo na condição de ocupante de cargo em comissão, tampouco guindar o salário à maior remuneração paga pelo Município. A vedação ao nepotismo tem por escopo exatamente proibir a nomeação de presentes para cargo de confiança, expediente que implica inescusável favorecimento pessoal.

***Assim, a ocupação da posição de coordenador dos serviços urbanos e de transporte do município exercida pelo corréu Romualdo, para o qual foi designado, lembre-se, sem qualquer ato formal de instrumentalização (fl. 222), associada a uma elevação expressiva e substancial de salário (é o maior pago pelo Município), impõe a procedência da demanda, em ordem a se reconhecer a improbidade administrativa por vulneração aos princípios da moralidade e impessoalidade"* (fl. 543).**

Nesse contexto, foram bem aplicadas as penalidades de perda da função pública a ambos os requeridos, bem como a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos, a contar do trânsito em julgado, o pagamento de multa civil equivalente a duas vezes o valor da remuneração percebida pelo Prefeito Municipal, no caso de Rinaldo, e do maior salário pago pelo Município, no caso de Romualdo, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Todavia, não tem cabimento o ressarcimento ao erário, conforme pede o Ministério Público.

Vale registrar que a evolução salarial de Romualdo, beneficiado pela elevação de referência da função de lançador almoxarife, de 12 para 40, e,

Acesso ao Sumário

posteriormente, de 40 para 46, atingindo a maior referência salarial paga na Administração Municipal, não decorreu unilateralmente da atuação maliciosa de Rinaldo.

Na verdade, ainda que as propostas de reestruturação do funcionalismo tenham partido de Rinaldo, então Prefeito Municipal, com evidente propósito de favorecer Romualdo, o fato é que os projetos de Lei foram discutidos e aprovados pela Câmara Municipal.

Portanto, tal acréscimo salarial não pode ser declarado indevido unicamente em razão das condutas ímprobas dos requeridos, pois a alteração decorreu por força de Lei.

E não se cogita de inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 1.048/10 e nº 1.144/14, nos termos propostos pelo recorrido.

Nem mesmo o fato de outros cargos, alguns cujo provimento requer formação superior, como dentista, procurador e engenheiro, possuírem remuneração igual ou abaixo da função lançador almoxarife, para a qual não se exige a referida formação, é bastante para se reconhecer a apontada violação à isonomia e a intervenção do Poder Judiciário.

Isto porque se tratam de cargos diversos, regidos por normas distintas, que, portanto, não se encontram em condições de igualdade.

O que fere o princípio da isonomia é a concessão de benefícios diversos entre cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, da mesma categoria de servidores.

Aliás, não se pode perder de vista que a proposta de Lei, que continha a elevação da referência salarial de Romualdo, também previa a elevação da referência de outros cargos da Administração Municipal, sob a justificativa de reestruturação das carreiras dos servidores.

E para a composição desse novo padrão de vencimentos, a proposta levou em consideração o que ficou estabelecido em Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público, em relação ao pagamento irregular de verbas habituais que efetivamente não compunham os vencimentos dos servidores, como por exemplo, o pagamento do serviço extraordinário prestado.

Acesso ao Sumário

Ao se comparar os valores recebidos por Romualdo, antes e depois da reestruturação, verifica-se que, de fato, houve alteração do salário padrão, mas a remuneração manteve-se praticamente a mesma (fls. 170/171).

E se de um lado o requerido Romualdo passou a ter a maior referência salarial na Administração Municipal, após o advento da Lei nº 1.144/14, no valor de R$3.398,17 (três mil, trezentos e noventa e oito reais e dezessete centavos), de outro não há como sustentar que esse salário é vultoso ou manifestamente desproporcional. Poder-se-ia, nesse contexto, sustentar que os salários dos

procuradores, dentistas e engenheiros é que não os remuneram adequadamente.

Mas, conforme já ressaltado, a diferença remuneratória existente entre um cargo e outro, regidos por diferentes normas e cujas atribuições são distintas, não é indicativo de violação ao princípio da isonomia, a autorizar a intervenção do Poder Judiciário.

No caso, eventual desigualdade ou aparente injustiça existente na remuneração, considerando-se a função de lançador almoxarife e os outros cargos, em decorrência da reestruturação das carreiras, somente poderá ser corrigida, se o caso, por intermédio de nova deliberação do Poder Legislativo local.

Sobre o tema, aliás, nos ensina Hely Lopes Meirelles que "***Em qualquer das hipóteses – aumento impróprio e reestruturação – podem ocorrer injustiças, pela inobservância do princípio da isonomia, tal como explicado acima. Nesse caso, porém somente a lei poderá corrigi-las, pois qualquer interferência do Judiciário nesta matéria constituiria usurpação de atribuições do Legislativo, consoante vêm decidindo reiteradamente nossos Tribunais e, finalmente, sumulou o STF***" (Direito Administrativo Brasileiro; 36ª Edição, Editora Malheiros, p. 14).

Em suma, o recurso dos requeridos merece acolhimento apenas para se afastar a condenação de ambos no ressarcimento da diferença salarial paga a Romualdo, em razão da alteração do valor de referência atribuído à função por ele desempenhada, por força das Leis Municipais nº 1.048/10 e nº 1.144/14, nos termos supratranscritos.

Em consequência, devem ser feitas as devidas retificações no valor da ordem de indisponibilidade, que fica mantida para assegurar o pagamento da multa aplicada.

Ante o exposto, pelo meu voto e para os fins acima, ***dou parcial provimento à apelação.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000214-25.2016.8.26.0515, da Comarca de Rosana, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ROSANA, é apelado APARECIDA BATISTA DIAS BARRETO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

nº AC-19.482/17)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 15 de maio de 2017.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA. Rosana. Contas do exercício de 2012. Parecer prévio favorável do Tribunal de Contas do Estado. Rejeição das contas pela Câmara Municipal. Decreto legislativo nº 02/2015. – Os art. 31, § 2º da Constituição Federal, art. 33-B, I da Lei Orgânica do Município e art. 313, III do Regimento Interno da Câmara Municipal admitem a rejeição do parecer prévio do Tribunal de Contas por decisão de 2/3 dos membros da Câmara dos Vereadores. O Município, no entanto, não comprovou o cumprimento das formalidades mínimas exigidas pelo regimento interno da Câmara para a rejeição das contas (prazos; elaboração de pareceres pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação e pela Comissão de Finanças, Orçamento e Contabilidade; eventual instauração de comissão especial e seus desdobramentos). A rejeição das contas não é um simples ato de vontade do vereador, mas uma decisão que decorre de pareceres e fundamentos a serem debatidos na Câmara. O alegado vício de motivação não restou infirmado pelo ente público. Pareceres elaborados pelo TCESP foram julgados distintamente pela Câmara de Vereadores, a depender do agente político ocupante do cargo de prefeito municipal; é postura que causa estranheza e sugere eventual arbitrariedade dos vereadores. – Procedência. Recurso do município desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 238/244 julgou procedente a ação para declarar a nulidade do Decreto Legislativo nº 2/2015 da Câmara Municipal de Rosana que rejeitou as contas do município do ano de 2012; em razão da sucumbência, condenou a ré no pagamento dos honorários advocatícios fixados em R$

2.000,00.

Apela o município (fls. 254/261); diz que o DL nº 2/2015 afastou o parecer do Tribunal de Contas e julgou irregulares as contas prestadas pela então prefeita no ano de 2012; não há prova de que a autora tenha sido perseguida; o Poder Legislativo possui independência e seus membros discricionariedade para votar da forma que melhor entenderem; o Poder Judiciário somente pode intervir nos atos dos demais poderes quando houver ilegalidade; o art. 31, § 2º da CF prevê que o parecer prévio emitido pelo órgão competente sobre as contas prestadas anualmente pelo prefeito deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal; o parecer do TCE foi afastado pelo quórum qualificado exigido constitucionalmente; durante o trâmite do processo a autora manteve-se ativa e pode defender-se; não havendo vício procedimental, não há o que anular. A verba honorária fixada pela sentença é excessiva e comporta redução, devendo ser fixada nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º do CPC. Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e isento de preparo. Contrarrazões a fls. 267/275. Instado, o município junta documentos (fls. 278, 283/313).

É o relatório.

2. A autora APARECIDA BATISTA DIAS BARRETO DE OLIVEIRA foi eleita prefeita do município de Rosana para o mandato de 2009/2012; obteve do Tribunal de Contas do Estado parecer favorável à aprovação das contas do exercício de 2012, com ressalvas, recomendações e determinações (fls. 76/95; 105); mas o parecer e as contas foram rejeitados pela Câmara Municipal, por nove votos contra dois, a ensejar a edição do Decreto Legislativo nº 002/2015 de 22-6-2015 (fls. 96/100). Alegando irregularidades no julgamento das contas e perseguição política, pretende a anulação do decreto legislativo.

3. O art. 31 da Constituição Federal, ao tratar da fiscalização do município, prevê que:

> **Art. 31.** A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. **§ 1º** O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. **§ 2º** O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. **§ 3º** As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. **§ 4º** É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Acesso ao Sumário

No âmbito do município de Rosana, a previsão do art. 31, § 1º da CF é reproduzida no art. 33 da Lei Orgânica do Município ("o controle externo, a cargo da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete apreciar as contas prestadas anualmente pelo Prefeito"); e o § 2º é reproduzido nos art. 33-B, I da LOM ("o parecer prévio [do Tribunal de Contas] só deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos membros da Câmara") e art. 313, III do Regimento Interno da Câmara Municipal ("o parecer do Tribunal de Contas somente poderá ser rejeitado por decisão de dois terços dos membros da Câmara"). O julgamento das contas do município de Rosana é disciplinado nos art. 296 a 313 do Regimento Interno da Câmara Municipal.

4. A Constituição Federal (art. 31, § 2º), a Lei Orgânica do Município (art. 33-B, I) e o Regimento Interno da Câmara Municipal (art. 313, III) admitem a rejeição do parecer prévio do Tribunal de Contas por decisão de 2/3 dos membros da Câmara dos Vereadores; e sob esse aspecto não se entrevê vício na decisão do plenário da Câmara Municipal de Rosana. No entanto, a rejeição não é um ato de simples vontade; exige que o parecer favorável da Corte de Contas seja analisado e debatido pelas comissões permanentes ou especiais da Câmara e debatido em plenário, em processo legislativo consentâneo com a gravidade da decisão. O réu não se interessou por trazer aos autos cópia do processo em que analisadas as contas de 2012, deixando de comprovar o cumprimento das formalidades mínimas exigidas pelo regimento interno da casa legislativa local para a rejeição das contas (prazos; elaboração de pareceres pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação e pela Comissão de Finanças, Orçamento e Contabilidade; eventual instauração de comissão especial e seus desdobramentos); observo que os documentos juntados a fls. 284/313 não se prestam ao cumprimento da determinação de fls. 278 e sugerem que o processo legislativo sequer existe. Cumpria ao réu demonstrar a inexistência de vício no procedimento legislativo (CPC, art. 373, II), mas desse ônus ele não se desincumbiu.

Os elementos dos autos são suficientes para que se decrete a nulidade do decreto legislativo. O vício de motivação não restou infirmado pelo município; e ainda que os vereadores não estejam obrigados a justificar, fundamentar ou explanar a rejeição das contas, sequer houve comprovação da existência de pareceres elaborados pelas Comissões internas capazes de suportá-la. Acresce, como observado pela sentença, que pareceres elaborados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foram julgados distintamente pela Câmara de Vereadores, a depender do agente político ocupante do cargo de prefeito municipal; é postura que causa estranheza e, no mínimo, sugere eventual e inadmissível arbitrariedade dos vereadores.

Acesso ao Sumário

O voto é **pelo desprovimento do recurso do município**. Faculto às partes envolvidas, em igual prazo, manifestação acerca de eventual oposição ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018686-84.2011.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE, ALBERTO PEREIRA MOURÃO, SERGIO RICARDO BONITO e TERMAQ TERRAPLENAGEM CONSTRUÇÃO CIVIL E ESCAVAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.656)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 9 de maio de 2017.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Licitação – Menor preço – Irregularidades constatadas pelo TCE que teriam restringido a concorrência – Participação de apenas duas empresas – Pedido do Ministério Público para anulação da licitação e do contrato celebrado – Sentença improcedente – Apelação do Ministério Público – A Lei de Improbidade Administrativa objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e a violação a princípios da Administração Pública – A modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário – A aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 não é aceitável para a punição do administrador que apenas foi inábil (conduta culposa) e não gerou prejuízo ao erário – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra o **Município de Praia Grande, Alberto Pereira**

Mourão, Sérgio Ricardo Bonito e Termaq Terraplanagem Construção Civil e Escavações Ltda. Diz a inicial que o Secretário de Serviços Urbanos, Sérgio Ricardo Bonito, autorizou despesa e firmou contrato com a empesa Termpaq, com anuência do prefeito Alberto Pereira Mourão, depois que a referida empresa venceu licitação para manutenção dos serviços urbanos, no valor de trinta e nove milhões, oitocentos e quarenta e cinco mil, trezentos e oitenta e quatro reais e onze centavos. No entanto, segundo o Tribunal de Contas do Estado, o edital da licitação possuía cláusulas que restringiam a competitividade necessária para que se estabelece o menor preço, sendo que, de vinte interessados que aderiram ao edital, apenas dois puderam participar do certame público. Assim, não há dúvida de que os requeridos afrontaram os princípios que norteiam a Administração Pública, beneficiando a empresa requerida, que se enriqueceu indevidamente às custas do erário. Em razão dos fatos descritos, requereu o Ministério Público, a decretação da indisponibilidade dos bens dos envolvidos e, ao final, declaração de nulidade do referido contrato firmado entre o Município e a empresa requerida, com a consequente nulidade dos pagamentos a ela efetuados, com ressarcimento integral do valor do contrato aos cofres públicos, devidamente atualizados, bem como a aplicação das demais penalidades previstas na lei de Improbidade Administrativa.

Liminar indeferida.

Notificados, os requeridos apresentaram defesa preliminar, de acordo com a lei.

A empresa Termaq sustentou a inépcia da inicial por não conter a descrição de sua conduta na ação reputada ímproba pelo Ministério Público. No mérito, disse ter ocorrido a prescrição do direito à discussão sobre eventual ressarcimento de prejuízo ao erário e que seria licitante de boa-fé, não podendo sofrer penalidades por eventual erro administrativo no tocante à elaboração do edital, até porque prestou os serviços contratados, que foram medidos, fiscalizados e devidamente pagos, não havendo como haver o desfazimento do contrato de prestação de serviços depois de executado. Disse, ainda, que não houve qualquer prejuízo ao erário e que não contribuiu para a prática de ato ímprobo (fls. 1938).

Acesso ao Sumário

Alberto Pereira Mourão alegou que não há nos autos qualquer prova de que tenha havido prejuízo aos cofres públicos, ou mesmo que tenha havido improbidade administrativa, afirmando que os vícios apontados pelo Tribunal de Contas foram no âmbito formal apenas, nada mencionando no tocante à eventual vício contratual, não tendo havido dolo ou má-fé por parte do requerido (fls.2010).

O Município também se defendeu, sustentando a legalidade da licitação. Afirmou que a exigência do "visto do Crea-SP", nas certidões que não sejam por

ele emitidas é feita em todas as Tomadas de Preços e Concorrências Públicas de Obras e Serviços de Engenharia há pelo menos oito anos, tendo o Tribunal de Contas aprovado sempre essa prática. Ainda, logo que referida Corte emitiu recomendação, sugerindo as modificações, tomou providências nesse sentido. Alegou que a exigência faz parte da Resolução nº 265/79 do Crea/Confea, sob pena de o órgão licitante sofrer questionamentos e da empesa vencedora da licitação sofrer eventuais punições. Ainda, nenhuma das empesas participantes foi inabilitada por descumprir tal exigência. Disse que, da mesma forma, o Tribunal de Contas, em casos similares, decidiu pela regularidade da exigência da comprovação de experiência técnica operacional das empresas licitantes em números de atestados para cada item do edital. Alegou que não houve irregularidade na licitação (fls. 2161).

Sérgio Ricardo Bonito, por sua vez, afirmou que a petição inicial seria inepta, por não descrever qual seria a conduta ímproba por ele praticada. No mérito, afirmou que o erário foi beneficiado com uma economia de aproximadamente 10% do valor inicialmente licitado. Quanto à sua participação no procedimento licitatório, afirmou que ela se deu no âmbito meramente formal, pois ele teve início por determinação do ex-prefeito, e que lhe foi encaminhado pelo Secretário Geral do Gabinete. Disse que apenas solicitou ao setor técnico a realização dos estudos determinados pelo Chefe do Executivo, bem como a apresentação das especificações pertinentes. Afirmou que nunca houve qualquer questionamento ou impugnação sobre esses elementos técnicos, que a elaboração e confecção do edital de concorrência ficou a cargo da Secretaria Municipal de Obras Públicas, órgão subordinado e não vinculado ao requerido Sérgio, e que a Comissão Permanente de Licitações era vinculada à Secretaria de Obras Públicas. Disse que foram observadas no edital de concorrência as normas previstas na Lei de Licitações, de modo a garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Finalmente, disse que o Tribunal de Contas, em situações parecidas, tomou decisões diferentes.

A ação foi julgada improcedente (fls. 2620) pelo juiz *Enoque Cartaxo de Souza*.

Insatisfeito, apela Ministério Público, alegando que as regras contidas no edital de licitação são limitativas de competitividade, de acordo com as investigações conduzidas e constatação do próprio órgão fiscalizador especializado na análise de contratos da Administração Pública, o que acabou restringindo a concorrência, tanto que só participaram do certame dois candidatos, tendo havido dirigismo da Municipalidade, com vistas a privilegiar a empresa requerida, que venceu várias outras licitações, pelo mesmo motivo.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 2661, 2674, 2686 e 2721.

Parecer do douto Procurador de Justiça, a fls. 2732.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia em saber se houve improbidade administrativa na licitação de nº 15/05 da Prefeitura Municipal da Estância Balneária da Praia Grande.

Sustenta o recorrente que o procedimento licitatório nasceu viciado, pois já no edital de licitação, foram identificadas várias cláusulas e exigência que restringiram a competitividade necessária para o estabelecimento do menor preço para a contratação, sendo indicativo de que houve dolo na conduta dos agentes e que a inexistência proposital de disputa provocou lesão ao patrimônio público.

Não é, entretanto, o que se verifica da análise do conjunto probatório dos autos.

Acertou o magistrado *a quo* em julgar a demanda improcedente.

A existência de certame licitatório com o comparecimento de apenas duas empresas não é causa de anulação do procedimento. Para tanto, são necessárias provas da ocorrência de condições do edital que beneficiaram a empresa participante e afastariam as demais ou da ocorrência de outro prejuízo à Administração Pública.

O que se pretende com o procedimento licitatório, do tipo menor preço, é a elaboração da concorrência para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e para os administrados, ou seja, escolher dentre as empresas presentes no mercado, interessadas no certame, aquela com melhor preço, desde que preenchidos os requisitos exigidos no edital.

Na licitação objeto da discussão não houve nenhum questionamento quanto à qualidade técnica do serviço prestado, repousando as críticas somente no preço, entendendo o Ministério Público que as regras traçadas limitaram a participação de outras empresas que poderiam apresentar preços mais vantajosos para a realização dos serviços.

Sustenta que o TCU verificou que as cláusulas inseridas no edital e que foram indicadas pelo autor, não só na inicial, mas também nas razões de recurso, impediram que se chegasse ao melhor preço.

Acesso ao Sumário

No entanto, não há nos autos prova contundente de que os valores pagos pela obra estariam superfaturados, ou que poderiam ser obtidos valores mais baratos.

Ao contrário, ao que se verificou, o preço pago pelos serviços ficou abaixo daquele estimado na licitação, não se podendo, portanto, alegar que houve prejuízo para a Administração Pública.

Ainda, como bem observou o julgador, em momento algum, o Ministério Público trouxe aos autos, como lhe cabia, provas de que as outras dezoito empresas interessadas desistiram de participar da concorrência em razão da

existência das limitações indicadas.

No mais, é incontroverso que ocorreram inúmeras das irregularidades formais apontadas pelo TCE. No entanto, inexistem provas no sentido de que elas tenham representado fraude à licitação ou possam ter gerado prejuízo ao erário Municipal ou ainda que tenha havido dolo ou má-fé dos apelados no trato da coisa pública, condições que, uma vez presentes, implicariam em atos de improbidade administrativa.

Não ocorrendo prova de ter havido prejuízo ao erário, não há que se falar na responsabilidade culposa dos recorrentes, pois a Lei de Improbidade Administrativa não tem como escopo punir os administradores inábeis. Nesse sentido já julgou o Superior Tribunal de Justiça, como entendeu o julgador:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
>
> 1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).
>
> 2. O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa). Precedentes: AIA 30/AM, CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 27.9.2011, REsp. 1.103.633/MG, 1T, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 2.8.2010.
>
> 3. No presente caso, a conduta imputada aos recorridos consiste na suposta contratação irregular de servidores públicos, sem a realização de concurso público, evidencia em princípio, a prática de ilegalidade, contudo, neste caso, a contratação foi realizada em atenção aos termos da Lei Municipal 1.610/98, que gozava de presunção de constitucionalidade.
>
> 4. Na linha da orientação ora estabelecida, as instâncias de origem julgaram improcedente o pedido do Ministério Público, afirmando ausentes o dolo ou a má-fé na conduta imputada ao réu de contratação irregular de servidores para o Município, sem o devido concurso público.
>
> 5. Não tendo sido associado à conduta do réu o elemento subjetivo doloso,

Acesso ao Sumário

qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa, embora seja claro que se cogita, sem dúvida, de patente ilegalidade.

6. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERIAS desprovido.

(REsp 1248529/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 18/09/2013)."

Cabia ao Ministério Público, no caso dos autos, comprovar os fatos alegados na inicial, sejam eles: que houve dirigismo por parte dos requeridos, que criaram um edital com a intenção de favorecer a empresa vencedora, que as cláusulas restritivas impediram os outros 18 interessados de participar da licitação, que houve prejuízo ao erário, e que a empresa agiu de má-fé.

Embora as provas produzidas nos autos tragam início de prova dos fatos descritos na inicial (de que existem outros casos envolvendo a mesma empresa, com a mesma forma de proceder), não são suficientes para a condenação dos requeridos, que podem ter agido de forma inábil, mas não comprovadamente desonesta.

Por isso, nas demais investigações em curso em relação à mesma empresa e à Municipalidade, deve o Ministério Público se esmerar em provar os fatos ofensivos aos princípios que regem a Administração Pública, demonstrando que outras empresas foram praticamente impedidas de praticar da licitação, em razão das restrições colocadas nos editais, e que houve o dirigismo aqui apontado, pois, sem a comprovação do dolo, do prejuízo ao erário, o pedido não pode ser acolhido.

Mantém-se, pois, a decisão de primeiro grau em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006661-61.2015.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante COMERCIAL CIRÚRGICA RIOCLARENSE LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRACICABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.848)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), EDSON FERREIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 16 de maio de 2017.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA ADMINISTRATIVA – Sanção administrativa – Licitação – Atraso na entrega do medicamento contratado – Falta no estoque do laboratório – Motivo não capaz de suspender os efeitos da penalidade – Inocorrência de *fato imprevisível* ou *previsível de consequência incalculável* – Multa contratual não destoante do princípio da proporcionalidade – Sentença de improcedência mantida. Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Relatório

Ação ajuizada por Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda. contra o Município de Piracicaba, objetivando declaração de inexigibilidade da multa aplicada nos autos do Processo Administrativo 126.508/2013, por descumprimento de contrato firmado através do Pregão Eletrônico 122/13.

A sentença, de relatório adotado, rejeitou o pedido.[1]

Recorre a autora por reforma da sentença; recurso recebido e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

Contrariamente ao que defende a apelada em resposta ao recurso de apelação, não há carência de ação da parte apelante, que simplesmente exerce o direito de discutir decisão administrativa que reputa ilegal. Impróprio dizer que a administração age com *discricionariedade* e que a atividade jurisdicional ofenderia o princípio da *separação dos poderes*; a atuação administrativa nada tem de discricionária ou coisa que o valha, é ato vinculado e que deve ser plenamente motivado, respeitado o devido processo legal.

A autora, vencedora de alguns itens do procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico nº 122/2013, firmou contrato administrativo (fls. 357/363) com o Município de Piracicaba para fornecimento de medicamentos anti-hipertensivos durante o exercício de 2014; dentre eles, o *Metildopa 500*

1 Sentença, fls. 690/694.

2 Recurso de apelação, fls. 697/729; contrarrazões, fls. 741/752.

mg, com ordem de fornecimento para março até o dia 31, assim como, julho e outubro, devendo ser entregue entre os dias 15 a 21 desses dois meses (fl. 413).

Segundo a autora, após recebimento da ordem de fornecimento, contatou o laboratório cotado ao fim de adquirir o medicamento; foi informada, em janeiro de 2014, que o produto estava escasso no estoque do fabricante (fl. 38). Sobre isso o Município foi comunicado em abril de 2014 (fls. 39/ 42), então, o atraso ocorreu na primeira entrega, em relação ao mês de março.

Tal fato se repetiu em outubro de 2014, o laboratório Tks Farmacêutica Ltda. informou que o faturamento da *Metildopa 500 mg* se daria no mês de novembro, portanto, com atraso, visto que a ordem de fornecimento indicava os dias entre 15 e 21 de outubro.

A autora foi notificada pelo Município sobre a entrega do medicamento *Metildopa 500 mg* de acordo com a validade de pelo menos 80% e marca ofertada na licitação, impreterivelmente, até 11/11/2014 (fl. 45).

No entanto, a entrega ocorreu no dia 11/12/2014. Dessa forma, foi instaurado processo administrativo para apuração de infração contratual, que impôs a penalidade de R$ 42.991,22, referente a 29 dias de atraso (de 11/11/2014 a 11/12/2014), no valor de 0,4% por dia do montante total do contrato, R$ 370.614,00 (fl. 60).

Acertado o julgamento antecipado da lide, que dispensava dilação probatória, notadamente testemunhal, que nada de útil traria ao convencimento judicial.

No mérito, defende a apelante que o atraso se deu por motivo de força maior; o Município não se opôs, concordou tacitamente com essa informação; requer aplicação da teoria da imprevisão, não agiu com culpa ou falta grave; defende a abusividade da multa, que ultrapassa a parcela da mercadoria entregue.

O recurso não merece provimento.

Em relação à concordância tácita do Município sobre o atraso na entrega da mercadoria, essa *concordância* se refere ao fornecimento do mês de março, fato aferível pelas datas dos documentos juntados pela autora, como a informação do laboratório, de janeiro de 2014, e a sua própria justificativa dirigida ao Município em abril de 2014. No entanto, a sanção administrativa refere-se ao atraso do medicamento de outubro, portanto, não colhe a alegação de concordância tácita do Município.

Acesso ao Sumário

No âmbito administrativo, a *teoria da imprevisão* está contida no art. 65, inc. II, alínea *d*, da Lei 8.666/63, *verbis*:

> "Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)
>
> "II por acordo das partes: (...)
>
> "d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente

entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para ajusta remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual".

As alterações contratuais permitidas no citado dispositivo legal devem ter por suporte fatos *imprevisíveis* ou *previsíveis de consequências incalculáveis*, e isso não aconteceu na hipótese dos autos, pois aqui não se pode dizer ter havido *desequilíbrio econômico-financeiro* propriamente dito.

Verifica-se que o atraso na entrega não se deu por caso fortuito ou motivo de força maior, mas pelo fato de o laboratório no qual a autora buscou adquirir o medicamento não poder fornecê-lo; a própria apelante admite que há outros laboratórios no mercado, mas a Administração deveria ter requerido a cotação do produto em outro laboratório caso fosse sua vontade.

Ora, tal motivo, questão interna de gerenciamento entre a apelante e seu fornecedor, não é oponível à Administração, longe de constituir desequilíbrio econômico-financeiro, não é capaz de afastar os efeitos das sanções administrativas previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02.

Não se entrevê fato imprevisível, caso fortuito ou de força maior a justificar descumprimento do contrato; omissão imputável à própria parte contratada, que deve suportar as sanções administrativas aplicadas, porque tinha condições de prever os percalços que agora reputa como insuperáveis.

Dispõe o item 11.1.2 do contrato firmado entre as partes:

"11.1.2. Atraso na entrega dos medicamentos superior a 05 (cinco) dias, contados do prazo estabelecido, multa de 0,4% (zero vírgula quatro por cento) por dia, calculada sobre o valor do contrato".

O Município ainda considerou a prorrogação concedida na notificação para fixação do termo inicial do atraso (11/11/2014), e não o dia previsto na ordem de fornecimento, que se deu no mês de outubro.

Por fim, sobre o processo administrativo questionado, não se vislumbra quaisquer nulidades, houve contraditório e ampla defesa; os argumentos lançados pela parte foram analisados; cumpriu-se o *due process of law*, sem mais nem menos.

Pelo inadimplemento contratual a administração impôs à empresa licitante multa de R$ 42.991,22, impugnada na petição inicial e no recurso por alegada desproporcionalidade; a multa representa o dobro do valor do produto, R$ 19.246,95, que ensejou sua aplicação.

Embora aparentemente *pesada*, e multas devem ter a finalidade de punir

Acesso ao Sumário

quem não cumpre suas obrigações contratuais, a licitante dela teve pleno conhecimento quando firmou o contrato. Logo, deve ser mantida a multa imposta, que contém previsão expressa no edital (item 11.1.2, retro transcrito) e também no art. 87 da Lei 8.666/93. E não se entrevê desproporcionalidade de multa diária inferior a meio por cento do valor do contrato.

Ante o exposto, mantém-se a sentença tal como lançada. É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023684-90.2013.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes RUBENS FURLAN, PREFEITURA MUNICIPAL DE BARUERI, GILBERTO MACEDO GIL ARANTES, RAFAEL BAZILIO COUCEIRO (E OUTROS(AS)) e TEOFILO ARTUR TINEN RONDON.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso interposto pelos Procuradores do Município, dando provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo e parcial provimento ao do Município, para afastar o decreto de extinção da ação, com determinação para seu prosseguimento em primeiro grau. V.U. Sustentaram oralmente os Doutores Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica e Rafael Chiaradia.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.538)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 22 de maio de 2017.

REINALDO MILUZZI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO – Apelação – Terceiros prejudicados – Legitimidade recursal – Não ocorrência – Pretensão recursal que não demonstra a existência de interdependência entre o interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial – Inteligência dos artigos 499, § 1º, do CPC/73 e 996, par. ún., do atual – Recurso não conhecido

PROCESSO – Legitimação passiva – Município de Barueri, réu em ação civil pública por atos de improbidade administrativa – Impossibilidade – Autor da ação que pretende sua condenação em obrigação de fazer e de não fazer – Pedido cumulativo do apelante para prosseguimento da ação – Admissibilidade – Recurso parcialmente provido

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa – Criação de cargos em comissão ao arrepio do art. 37, II e V, da CF – Extinção da ação com fulcro no artigo 267, IV, do CPC/73 – Decisão que se pautou em acordo (TAC) celebrado entre o Ministério Público e o então Prefeito Municipal – Inadmissibilidade – Art. 17, § 1º, da LF 8.429/92 – Autor, ademais, que fez pedidos cumulativos que devem ser enfrentados – Impossibilidade, no caso, de decisão de mérito nesta fase (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92) e nesta sede – Decreto de extinção afastado – Recurso do autor provido

VOTO

RELATÓRIO

A r. sentença, lançada a fls. 3582/3585, julgou extinta, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa, que o Ministério Público do Estado de São Paulo moveu contra Rubens Furlan, Gilberto Gil Macedo Arantes e o Município de Barueri, com fulcro no art. 11, I, da Lei 8.429/92, em combinação com o art. 37, II e V, da Constituição Federal.

Recorreram Rafael Bazilio Couceiro e Teofilo Artur Tinen Rondon, dizendo-se terceiros prejudicados, com o fim de ver reformada a r. sentença, com determinação de prosseguimento da ação e deferimento da migração do Município para o polo ativo da ação; o Município de Barueri buscando a reforma da sentença, sua migração para o polo ativo da ação e a baixa dos autos para prosseguimento do feito; o Ministério Público com pedido de modificação da r. sentença e devolução dos autos para prosseguimento da ação.

Recursos respondidos.

O parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça foi: **a)** pelo não conhecimento do recurso de Rafael Bazilio Couceiro e Teofilo Artur Tinen Rondon; **b)** pelo provimento do recurso do Ministério Público e parcial provimento do apelo do Município, para o fim de afastar o decreto de extinção;

Acesso ao Sumário

c) pelo não acolhimento do recurso do Município no capítulo em que pede a migração para o polo ativo da ação.

FUNDAMENTOS

Pretende o Ministério Público do Estado de São Paulo: **a)** a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal 269/11, no que se refere à forma de provimento dos cargos em comissão, com previsão genérica de atribuições por meio da denominação DAD; **b)** a imposição de obrigação ao Município de Barueri, para manutenção de quantidade de servidores ocupantes de cargos em comissão no patamar máximo de 8% do total de cargos públicos da Administração Pública, mantendo-se, pelo menos, 50% dos cargos em comissão ocupados por servidores efetivos, previamente aprovados em concurso público, sob pena de multa diária de 5.000,00; **c)** a possibilidade de realização de nomeações de servidores para cargos em comissão somente quando se enquadrarem no disposto no artigo 37, V, da Constituição Federal, sob pena de pagamento da multa diária de R$5.000,00 por dia de descumprimento; **d)** a condenação dos réus Gilberto Macedo Arantes e Rubens Furlan pela prática de ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 11, "caput", e inciso I, da LF 8.429/92, aplicando-lhes as sanções previstas no artigo 12, III, da Lei 8.429/92.

A r. sentença rejeitou a preliminar de inépcia da petição inicial e extinguiu a ação sob o fundamento de que, tendo sido celebrado TAC entre o Ministério Público e o requerido Rubens Furlan, para regularização do quadro funcional do Município, cumprido na fase de execução, que foi extinta, fato que, segundo a r. sentença, deu suporte à extinção da ação. Segundo anotou a MMª Juíza, o prosseguimento da ação de improbidade desmotivaria os réus à celebração de TACs, com desestímulo à solução pacífica das lides, o que não pode ser aceito.

Inicio por abordar o recurso de Rafael Bazilio Couceiro e Teofilo Artur Tienen Rondon, que são Procuradores Jurídicos do Município, e defendem a tese de necessidade de inclusão da Procuradoria Jurídica no plano de reestruturação do funcionalismo Municipal. Daí seu interesse em intervir nesta ação.

Acesso ao Sumário

Todavia, sem razão, porquanto outro é o objeto buscado pelo autor, como visto acima.

Vale dizer, o referido plano não é discutido nesta ação. Uma das pretensões deduzidas é no sentido de que a Administração reduza seu quadro geral de servidores admitidos em comissão e que não mais efetue nomeações que não se enquadrem na permissão constitucional.

Por conseguinte, os apelantes não se enquadram às exigências previstas no § 1º do artigo 499 do Código de Processo Civil então vigente, ou do artigo 996, parágrafo único, do atual.

Não conheço, pois, do recurso por eles interposto.

Nem é possível a migração do Município para o polo ativo da ação. O autor pretende sua condenação em obrigação de fazer e de não fazer e, portanto, não é possível que integre ambos os polos da ação.

No que toca ao recurso do autor, tenho que merece guarida, com o devido respeito à posição da MMª Juíza adotada na r. sentença recorrida.

Com efeito, consoante ditames do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/92, nas ações de improbidade administrativa é vedada a transação, acordo ou conciliação.

E sobretudo na hipótese em que o acordo que motivou a decisão recorrida não tem a extensão admitida, porquanto nele foi excepcionada a presente ação.

Não bastasse isso, o autor formulou vários pedidos como anotado acima e, portanto, há outras análises que devem ser desenvolvidas para a solução da lide pelo mérito.

E porque pertinentes, adoto como razões deste voto parte do judicioso parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, da lavra da culta Procuradora de Justiça, Drª Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira, que enfrentou a matéria ora em discussão e refutou as teses defensivas:

"Por outro lado, a respeitável sentença não pode subsistir porquanto afronta diretamente o disposto no artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92, que proíbe que em ações de improbidade administrativa ocorra transação, acordo ou conciliação.

Esta proibição incide quer a transação, acordo ou conciliação ocorra nos próprios autos, quer ocorra em autos diversos.

Em síntese, antes da propositura da ação de improbidade administrativa havia sido celebrado um compromisso de ajustamento de conduta para que o Município adequasse o seu quadro de pessoal aos ditames constitucionais.

Entendendo ocorrer mora do Município, o Ministério Público ajuizou ação de execução, que foi embargada e, ao final, a execução foi extinta à vista da existência de estudo para a regularização da situação.

No entanto, a existência deste estudo e a sua aceitação para a regularização almejada não prejudica qualquer dos pedidos formulados nesta ação.

Vê-se dos autos da ação de execução (em apenso ao 1º volume dos autos da ação civil pública) que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação de execução por quantia certa, consistente na multa diária decorrente da mora do Município no cumprimento de compromisso de ajustamento de conduta. Àquela altura, o valor em execução era de R$5.240.000,00 (cinco milhões, duzentos e quarenta mil reais).

Vê-se, também, que a execução foi embargada (em apenso ao 1º volume

Acesso ao Sumário

dos autos da ação civil pública) e, em 27 de novembro de 2014 foi celebrada transação (fls. 341-A). No que interessa no momento, este é o teor do ajuste:

> *1 – que o embargado, Ministério Público reconhece o cumprimento* ***ainda que tardio****, pela Prefeitura atual, que não foi quem assinou o termo de ajustamento de conduta, através do plano da Fundação Getúlio Vargas, acostado aos autos, restando pendente a apresentação, ainda que de forma sucinta pela FGV para o plano de demissão a curto e médio prazo, ficando acordado que esta complementação será apresentada até o próximo dei 30 de junho de 2015, sob pena de nova incidência de multa...*
>
> *(...)*
>
> *3 – que* ***o presente acordo envolve estritamente o cumprimento da obrigação em relação ao TAC que adveio do inquérito civil 54/2007, envolvendo apenas a questão da apresentação do plano de reestruturação dos funcionários comissionados na prefeitura, não envolvendo a ação civil pública n. 0023684-90.2013, pendente de julgamento. (grifo meu)***

Este ajuste foi homologado (fls. 342). Apresentado o plano elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, houve nova audiência, em 20 de agosto de 2015 (fls. 369) no qual o Exequente afirmou que se dava por satisfeito quanto ao cumprimento do acordo anterior, com a extinção da execução da multa.

Evidente que, ainda que se admitisse transação em matéria de improbidade administrativa – o que não ocorre, por expressa vedação legal – o ajuste realizado pelas partes na ação de execução (embargos) não teria força mínima para extinção desta ação, uma vez que ali foi excepcionado expressamente o presente feito.

O acordo – que dizia respeito à multa por mora na execução de obrigação assumida em compromisso de ajustamento de conduta – foi homologado pela MM. Juíza. A ela caberia, caso entendesse não ser cabível excepcionar a ação de improbidade, a não homologação do ajuste. No entanto, homologou-o e, ato contínuo, extinguiu a ação de improbidade administrativa.

A extinção deve, ainda que por esta razão, ser afastada. O ajuste, homologado judicialmente, deve ser cumprido como ali celebrado, sem inovações que surpreendam as partes envolvidas. Anote-se, ainda, que a execução e os embargos respectivos tiveram como objeto, apenas, o valor da multa estipulado no compromisso de ajustamento.

Acesso ao Sumário

Logo, não se pode aceitar a afirmação da MM. Juíza no sentido de que "aceitar os argumentos, extinguir a execução, mas continuar a ação de improbidade seria desmotivar os requeridos à celebração de TACs, desestimulando a solução pacífica das lides, o que não pode ser aceito" (fls. 3.584).

Repita-se que este entendimento deveria ter servido para não homologar

o acordo então estabelecido entre as partes, visto que ali estava expressamente excepcionada a ação de improbidade administrativa.

No entanto, houve a homologação, não sendo possível utilizar o argumento para embasar a extinção da ação de improbidade.

Em outra via de considerações, a concretização do ajuste, mesmo considerando que estava excepcionada esta ação, mostra que as partes, ali, estavam suficientemente estimuladas para o ajuste.

Ainda que o ordenamento jurídico privilegie a solução pacífica das lides, isto não significa que toda e qualquer ação deva, ou possa, ser solucionada pacificamente. Em determinados casos, em homenagem a um bem maior, a lei proíbe a transação. Isto ocorre nas ações de improbidade administrativa, nos termos da disposição legal já citada.

Diante do exposto, a extinção da ação por falta de interesse deve ser afastada, recebendo-se a petição inicial porquanto presentes os requisitos legais para tanto.

A Lei Complementar Municipal n. 269/11 criou diversos cargos em comissão, segundo o autor, a sua relação demonstra que o ato normativo objetivou frustrar os efeitos de decisão do órgão Especial do Tribunal de Justiça, que havia declarado a inconstitucionalidade do Anexo I da Lei Complementar 60/97, e a decisão liminar proferida em ação direta de inconstitucionalidade dos cargos em comissão criados pela Lei Complementar Municipal n. 235/2009. Com este expediente, o Município manteve em seus quadros em comissão as mesmas 2.191 pessoas antes nomeadas, além de ter acrescentado 444 novos servidores.

O autor relata que, pra regularização do quadro, celebrou compromisso de ajustamento de conduta, mas decorrido um ano de sua celebração, constatou-se o não cumprimento de suas cláusulas (advindo, daí, a já citada execução por quantia certa relativa à multa ajustada). Não se há que falar que a homologação do compromisso pelo Conselho Superior do Ministério Público ocorreu quase no término do mandato do corréu Rubens Furlan, inviabilizando o cumprimento do avençado. O compromisso foi suficientemente claro com respeito ao prazo de seu cumprimento (fls. 10 dos autos da execução, apensado ao primeiro volume deste feito): "VI – O presente compromisso de ajustamento preliminar de ajustamento entra em vigor e produz efeito imediatamente, logo após a aposição das assinaturas, mas dependerá da homologação do Conselho Superior do Ministério Público para se convolar em título executivo extrajudicial". O compromisso foi assinado em 12 de julho de 2012, correndo daí o prazo de cem dias estipulado e não cumprido.

Estes fatos são atribuídos ao corréu Rubens Furlan, que exerceu o mandato de Prefeito Municipal no período de janeiro de 2005 a dezembro de

Acesso ao Sumário

2012, sendo sucedido pelo outro corréu, que iniciou o seu mandato em janeiro de 2013.

Gilberto Macedo Gil Arantes, mesmo ciente do compromisso de ajustamento de conduta ao assumir o comando do Município (fls. 3.253: "O defendente assumiu o cargo do Prefeito de Barueri, pela terceira vez, em 01.01.2013 (os outros dois mandatos foram em 1997/2000 e 2001/2004). Tomou, então conhecimento da existência do inquérito civil que ensejou o ajuizamento da ação...") não o cumpriu e, ademais disso, aumentou o número de cargos em comissão. Estas nomeações foram confirmadas por este corréu, que afirmou serem elas necessárias em razão da criação de três novas Secretarias Municipais – da Mulher, da Habitação e do Transporte e Mobilidade Urbana (fls. 3.256).

No entanto, em princípio, estas competências eram, necessariamente, realizadas por outros órgãos, sendo, no mínimo, discutível a necessidade do aumento de servidores em comissão.

Os fatos constituem, em tese, improbidade administrativa, devendo ser recebida a petição inicial para discussão dos fatos imputados aos corréus." (fls. 4078/4083, com os destaques do original).

E, pelo que se expôs, não há como, nesta sede, analisar o mérito da causa como pretende Gilberto Macedo Gil Arantes em seus memoriais juntados aos autos (fls. 4095/4098).

É que não há elementos para convencimento da inexistência dos atos de improbidade atribuídos a ele e a Rubens Furlan.

Vale dizer, para o decreto de improcedência da ação, nesta fase do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, é necessário que, no plano fático ou legal, seja ela manifestamente infundada, o que não é o caso, como desenvolvido acima.

Em suma, não há como conhecer do recurso dos Procuradores Jurídicos do Município, nem como acolher a pretensão do Município de passar a figurar no polo passivo da ação. E porque inexistem elementos que autorizem a extinção da ação, seu prosseguimento é de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço do recurso interposto pelos Procuradores Jurídicos do Município, dou provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo e parcial provimento ao do Município**, para afastar o decreto de extinção da ação, com determinação para seu prosseguimento em primeiro grau.

Baixem-se os autos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005009-39.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDMUNDO BORGES DE MEDEIROS, é apelado DIRETOR DA DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL – DICAJ DA SECRETARIA DAS FINANÇAS PMSP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.771)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 24 de maio de 2017.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI –Ordem denegada – 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 reformada – Recurso provido.

VOTO

Apelação em mandado de segurança[1] **contra sentença de fls. 138/140 que denegou a ordem ao recolhimento do ITBI com base no valor venal utilizado para cálculo do IPTU, sob o fundamente de que a cobrança nos moldes adotados pelos impetrados é lícita, assim como não há certeza quanto à data do negócio, a demonstrar que efetivado antes das alterações legislativas combatidas (Leis Municipais 14.125/2005 e 14.256/2006).**

O apelante alega, em sínteses, que o imposto deve ser recolhido com base no valor venal de referência do IPTU de 2.015, pouco importando quando o imóvel foi compromissado à venda, que as alterações realizadas pelos impetrantes para recolhimento do ITBI com base em outro valor são manifestamente inconstitucionais, violam o princípio da estrita legalidade

Acesso ao Sumário

1 Valor da Causa em fevereiro de 2.015: R$ 15.221,64.

tributária e extrapolam os limites regulamentares, daí propugnando pela reforma integral da decisão (fls. 145/172).

Recurso recebido, processado e respondido.

Relatado.

O recurso merece provimento, pois, 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. 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 – 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.

Acesso ao Sumário

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, **dá-se provimento ao recurso**, invertendo-se o ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1045166-03.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ISAAC LIMEIRA PAXINI MACHADO, é apelado DIRETOR DA COORDENADORIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE BADY BASSITT.

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 22.848)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 25 de maio de 2017.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – Médico aprovado em concurso público para o cargo de plantonista noturno, exercendo suas funções nos plantões das quintas-feiras – Pretende obter a segurança visando sua inclusão na escala dos plantões das terças-feiras, em detrimento de terceirizados contratados – Impetrante que possui uma limitação de carga horária (12 horas), cuja cumulação viola o principio da legalidade – Ausência de direito liquido e certo a amparar a concessão da ordem – Direito líquido e certo é o que está apto a ser

Acesso ao Sumário

exercitado no momento da impetração do *mandamus*, ou seja, é o que traz em si todos os requisitos e condições para seu imediato exercício, sem que haja necessidade de produção de provas – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Isaac Limeira Paxini Machado, servidor público municipal, em face do ato do Diretor da Coordenadoria Municipal de Saúde de Bady Bassitt, alegando que exerce a função de médico plantonista noturno, aprovado em concurso público, com escala de plantões às quintas-feiras e que pleiteou junto à Coordenadoria de Saúde da Prefeitura de Bady Bassitt a sua inclusão nos plantões das terças-feiras, em detrimento dos terceirizados contratados, mas não obteve resposta. Pleiteia a concessão da segurança para se declarar ilegal e abusivo ato praticado pela autoridade coatora que preteriu o direito do impetrante em ser nomeado médico plantonista noturno das terças-feiras.

A liminar foi indeferida (fls. 76/78).

A r. sentença de fls. 118/119, cujo relatório adoto, denegou a segurança pleiteada, por ausência de direito líquido e certo.

Irresignado, apela o impetrante, repisando os argumentos expendidos na exordial (fls. 128/140).

Recurso recebido, isento de preparo e com contrarrazões (fls. 146/149).

Acerca do despacho de fls. 151/152, a apelada não se opõe ao julgamento virtual (fls.154/155), e o apelante não se manifestou (fl. 156).

É o relatório.

Não obstante o esforço recursal, merece ser mantida a r. sentença guerreada. Senão, vejamos.

Do caso em comento, infere-se que o impetrante foi aprovado no concurso público para médico plantonista noturno, realizando seu plantão às quintas-feiras. Pretende que a autoridade impetrada o inclua na escala dos plantões médicos noturnos das terças-feiras, em detrimento dos médicos terceirizados, invocando sua preferência em relação aos demais, pois fora empossado por concurso público.

Dos documentos acostados aos autos, em especial o de fl. 99, denota-se que quando da contratação por meio da Portaria 7172, sua carga horária é de 12 horas semanais.

Dessa forma, não é possível aumentar a carga horária de trabalho para vinte quatro horas semanais ante a conveniência do impetrante.

Acesso ao Sumário

Ora, o conjunto dessas circunstâncias indica que o ato administrativo questionado não merece alteração, vez que não se configura hipótese em que se mostra contaminado de ilegalidade, ou em que os critérios de discricionariedade administrativa possam ser contrastados por preceitos ou princípios constitucionais ou infraconstitucionais.

Ademais, quando assumiu o cargo mediante concurso público, aceitou as regras do concurso, inclusive quanto à carga horária que assumiria, não podendo, pela sua conveniência, alterar suas regras de contratação.

Outrossim, desnecessário adentrar na esfera acerca da terceirização do serviço de saúde no Município de Bady Bassitt, questão esta que desborda dos limites da presente impetração.

Como bem ressaltou o D. magistrado sentenciante à fl. 119:

"Isso porque, ao contrário do que afirmou a autoridade coatora, a parte impetrante não deseja a troca do dia de seu plantão noturno, mas sim o alargamento de sua jornada de trabalho e, consequentemente, de seus vencimentos, de forma unilateral.

Ora, ao concordar em assumir o cargo público de plantonista, a parte autora teve conhecimento da carga horária que deveria realizar a qual, só poderá ser modificada por meio de lei ou em situações nela previstas, não sendo o caso, não cabe a parte impetrante escolher sua carga horária ou mesmo o seu dia de trabalho, pois qualquer alteração nesse sentido dependerá de previsão em lei ou, ou menos, de demonstração de interesse público relevante".

Logo, inexiste qualquer ilegalidade a atacar.

A propósito, este é o entendimento dos Tribunais Superiores, conforme anotado por THEOTONIO NEGRÃO, "in" "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 38ª ed., Saraiva, nota nº 26 ao artigo 1º da Lei Federal nº 1.533/51, pág. 1.748):

> "Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72), e independentemente de exame técnico (RTFR 160/329). É necessário que o pedido seja apoiado 'em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas' (RSTJ 154/150; STJ-RT 676/187)".
>
> "A circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a característica de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos (RT

Acesso ao Sumário

808/442, citando Celso Agrícola Barbi)".

"O direito que dependa de dilação probatória está excluído do âmbito do 'writ' (RSTJ 110/142)".

Direito líquido e certo, portanto, é o que está apto a ser exercitado no momento da impetração do *mandamus*, ou seja, é o que traz em si todos os requisitos e condições para seu imediato exercício, sem que haja necessidade de produção de provas complementares.

Este não é o caso destes autos, pois pretende o impetrante fazer uma ingerência na organização das escalas de responsabilidade da autoridade impetrada, o que é totalmente descabido, em razão da discricionariedade da administração pública que é responsável pelas diretrizes do serviço público e organização de escalas de plantões.

Destarte, inexistindo qualquer ato que comprove a violação de direito líquido e certo do impetrante, por parte da autoridade apontada na inicial, a denegação da segurança é de rigor.

Ante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1057974-57.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ISAAC BOTOSSI FONSECA (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, por V.U., em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 24.495)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 25 de maio de 2017.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "APELAÇÃO – Concurso público – Desclassificação do candidato na fase de investigação social, por apresentar foto em desacordo com a especificação do edital – Inadmissibilidade – Ato administrativo que determinou a reprovação do candidato praticado em desrespeito ao princípio

da proporcionalidade, exorbitando os limites da discricionariedade – Direito à permanência no concurso – Sentença que concedeu a segurança mantida – Recurso desprovido."

VOTO

ISAAC BOTOSSI FONSECA impetrou o presente **MANDADO DE SEGURANÇA** insurgindo-se contra ato praticado pelo **SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Alega, em síntese, ter sido reprovado em concurso público por critério ilegal da autoridade impetrada; afirma que foi reprovado na fase de investigação social por ter apresentado foto 5x7 sem a marcação mecânica da data; alega que a exigência de marcação mecânica não era exigida em edital, podendo ter apresentado a marcação feita à caneta como o impetrante apresentou; argumenta que a exigência de critério alheio ao estipulado em edital se trata de ofensa ao princípio da legalidade. Pede que seja excluído do rol dos inaptos, podendo prosseguir no certame.

A r. sentença de fls. 560/565 concedeu a segurança para o fim de anular o ato que desclassificou o impetrante e determinar que prossiga nas demais etapas do concurso público.

Apela a Fazenda (fls. 569/573). Pugna pela reforma da r. sentença para que a ordem seja denegada.

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso (fls. 576/582).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Consta dos autos que o apelado se inscreveu em concurso público para o cargo de Agente de Segurança Penitenciária de Classe I do Estado de São Paulo e, depois de ter sido aprovado em diversas etapas, foi reprovado na fase de investigação social (fl. 115), em decorrência de não ter entregado foto 5x7 de acordo com a especificação (fl. 111).

O Edital CCP nº 065/2016 estabelece o seguinte em seu item 10.8.6 (fl. 54):

> *10.8.6. uma (1) foto, no tamanho 5x7 cm, datada, de, no máximo, 6 (seis) meses, a contar da data publicação do Edital de Convocação para a realização desta comprovação de idoneidade e conduta*

Insta consignar que o apelado apresentou a sua respectiva foto (fl. 484), contudo, a Administração a recusou, pois estava com data grafada a mão e não de forma mecânica.

Todavia, as causas de reprovação devem ser analisadas à luz do princípio

Acesso ao Sumário

da razoabilidade, previsto no art. 111, da Constituição do Estado de São Paulo.

Nesse sentido, Maria Silvia Zanella Di Pietro bem nos ensina que a falta de razoabilidade "*corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação, de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa*".[1]

Nesta linha, ao que se depreende da prova documental, verifica-se que o motivo que levou a reprovação do candidato não se mostra razoável, pois a Administração poderia tê-lo intimado para corrigir a foto controvertida, tendo em vista que se trata de uma falha pífia.

Em casos análogos:

"APELAÇÃO CÍVEL – Administrativo – Mandado de Segurança – Concurso público – Desclassificação do candidato na fase de investigação social, por apresentar foto em desacordo com a especificação do edital. – Inadmissibilidade – Observação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade – Sentença que concedeu a segurança pleiteada – Sentença mantida – Recurso não provido" (Apelação nº 1030360-47.2014.8.26.0506 – Rel. Des. Aldemar Silva – 9ª Câmara Extraordinária de Direito Público – j. em 17.10.2016).

"CONCURSO PÚBLICO – Cargo de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária – Reprovação por não cumprimento de exigência constante da apresentação de foto datada de no máximo 06 (seis) meses a contar da data da realização da comprovação e investigação social – Possibilidade de que a irregularidade fosse sanada sem que tivesse sido tomada medida extrema – Inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e da finalidade do concurso que é a seleção dos melhores candidatos ao serviço público – Reexame necessário e recurso voluntário da FESP não provido." (Apelação/Reexame Necessário nº 1051861-58.2014.8.26.0053 – Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez – 8ª Câmara Extraordinária de Direito Público – j. em 27.09.2016).

Desta forma, desarrazoada a fundamentação contida na decisão administrativa que excluiu o candidato do certame, na fase de investigação social, tendo a Administração exorbitada os limites da discricionariedade, razão pela qual deve permanecer no certame.

Acesso ao Sumário

E, ultrapassados os limites da discricionariedade, possível é a apreciação do ato pelo Poder Judiciário. Ainda segundo ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "*a rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço*

1 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988, Editora Atlas: São Paulo, 1991. P. 146/151.

livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade"[2].

Destarte, a r. sentença merece ser mantida, tal qual lançada.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011771-68.2012.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado NESTOR RODRIGUES ALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.759)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 1º de junho de 2017.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO.

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Pagamento de valores em execução de sentença que julgou procedente pedido indenizatório. Homologação de cálculos, pagamento e extinção da execução. Rediscussão sobre juros incidentes sem observância da lei n. 11.960/2009. Título Judicial. Moratória constitucional. Precatório pago. Impugnação instaurada pela devedora após a extinção da execução pelo pagamento. Inadmissibilidade. Ofensa à coisa julgada e preclusão em razão da homologação dos cálculos e pagamento sem ressalvas. Impossibilidade de discussão sobre os valores que não deveriam compor a dívida consolidada. Matéria atingida pela preclusão em face da homologação judicial da dívida consolidada e dos pagamentos realizados. Prevalência

2 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 3ª ed., Editora Atlas, p. 165.

da segurança jurídica. Improcedência do pedido mediato.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Pretensão temerária. Condenação ao pagamento de multa no valor de 5 salários mínimos. Inteligência dos artigos 80, incisos I, V, e VI c.c. artigo 81, § 2º, ambos do CPC.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Aplicabilidade das novas regras. Precedente do STJ. Sentença proferida já na vigência do novo CPC. Valor arbitrado nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 85 do Novo CPC. Valor mantido em 10% do valor da causa.

HONORÁRIOS RECURSAIS. Majoração dos honorários. Cabimento. Aplicabilidade do artigo 85, §§ 3º e 11, do Novo CPC. Majoração em 10% do valor da causa.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, inconformada com a respeitável sentença de fls. 48/51, que julgou improcedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, (i) a não observância da Lei Federal n. 11.960/09 para o cálculo dos juros de mora; (ii) a inconstitucionalidade dos atos impugnados ante o decidido no RE n. 590.751/SP, eis que nos cálculos homologados foram incluídos juros compensatórios e moratórios em continuação; (iii) a inobservância da Súmula Vinculante 17 do C. STF.

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 81/87), e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

A Fazenda manejou ação de repetição de indébito alegando que pagou indevidamente valor ao réu. Afirma que o que réu teria ajuizado ação indenizatória contra a Fazenda, sagrando-se vencedor e, após o pagamento do débito, constatou que pagou valor a maior ao réu, pois os cálculos elaborados na fase de execução não observou a Lei n. 11.960/2009. Após o pagamento, o juízo julgou extinta a execução, nos termos do artigo 794 do CPC/73.

O juízo "*a quo*" julgou improcedente o pedido mediato.

A Fazenda, após a extinção da execução pelo pagamento realizado nos autos n. 126.01.1987.000012-5, referente à dívida homologada judicialmente, pretende retomar a discussão sobre valores inseridos na dívida consolidada e

que são indevidos em razão da inobservância da lei n. 11.960/2009.

Diante da extensão da controvérsia, que gravita em torno da incidência dos juros de mora previstos na lei n. 11.960/2009, interessa saber se houve preclusão.

Sem embargo do favorecimento da Fazenda, que esteve beneficiado pela moratória constitucional determinada pela Emenda Constitucional n. 30/2000, o que se resolve é a possibilidade de rediscussão dos critérios legais para identificar o alegado excesso.

Inadmissível a rediscussão proposta pela Fazenda em razão da coisa julgada formada pela sentença que extinguiu a execução.

Além disso, a discussão instaurada pela Fazenda não pode ser levada adiante nestes autos, se considerada a preclusão máxima, até porque a matéria não envolve a hipótese de erro material. Na verdade, a Fazenda fez o pagamento por intermédio de 10 parcelas, incluindo os juros de mora, sem qualquer ressalva. Em outras palavras, eventual discussão sobre a dívida consolidada deveria ocorrer antes da homologação dos cálculos e da realização do pagamento das parcelas. Não pode agora, após a quitação de todas as parcelas e extinção da própria execução, revisitar a questão atinente ao valor que se consolidou há pelo menos dez anos atrás.

O que a apelante quer é rediscutir critérios dos juros legais e valores não incluídos nos cálculos, o que envolve matéria atingida pela preclusão ante a efetivação dos pagamentos. Em outras palavras, o débito já foi reconhecido judicialmente, concedendo-se a Fazenda a possibilidade de seu parcelamento, tão somente. Se havia inconformismo em relação a valores não incluídos, caberia à apelante recorrer da decisão que homologou os cálculos.

Assim, correto o raciocínio do ilustre sentenciante, que deve ser preservado.

Percebe-se, portanto, que a Fazenda faz uso de uma ação de repetição de indébito para rescindir a coisa julgada já formada nos autos em apenso, o que é inadmissível. A admissão de tal pretensão resultaria em evidente ofensa à coisa julgada e prestigiaria o ideal protelatório em detrimento da segurança jurídica, o que é conduta reprovável, especialmente considerando que a argumentação é feita pelo Estado-membro.

Em razão disso, considero que a Fazenda ajuizou ação temerária, flertando com o dever de lealdade processual, conduta que é passível de sancionamento.

Assim, considerando o cenário de repetitivas tentativas de protelar a solução do litígio, sem qualquer fundamento jurídico e diante da reincidência da Fazenda na prática de deslealdade processual, e em razão do baixo valor atribuído à causa, nos termos do artigo 80, incisos I, V, e VI c.c. artigo 81, § 2º, ambos do CPC, fixo a multa em favor do réu em 5 salários mínimos vigentes à

Acesso ao Sumário

época do pagamento.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça fixou a prolação da sentença como marco temporal para aplicabilidade das novas regras sobre honorários advocatícios (**STJ, REsp n. 1.465.535/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.06.2016**) e a sentença foi proferida em 03.05.2016, logo, são aplicáveis as novas regras sobre arbitramento.

Assim, vencida, a autora deve arcar com o pagamento das despesas processuais bem como honorários advocatícios já arbitrados em 10% do valor da causa atualizado, nos termos do artigo 85, § 2º e 3º, do NCPC, pelo que ficam mantidos.

Além disso, diante das peculiaridades do caso concreto, nos termos do § 11 do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil, majoro a verba honorária arbitrada em primeiro grau em 10% do valor da causa atualizado, valor que considero suficiente para remunerar a atuação do patrono da autora, em segundo grau de jurisdição para a prevalência dos interesses de seu constituinte.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3014961-78.2013.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante SEVERIANO DE OLIVEIRA PRESTES, são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRANSITO – DETRAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso da Fazenda Estadual e do DETRAN/SP desprovido e recurso do autor provido, V.U, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.551)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 4 de junho de 2017.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – IPVA e multas – Autor que alega ter sido vítima de crime – Existência de sentença penal condenatória pelo crime de apropriação indébita, que teve como vítima o autor e

objeto o veículo indicado na inicial – Possibilidade de afastar responsabilidade do autor pelo IPVA e pelas multas por infrações de trânsito – Sentença mantida – Honorários advocatícios devidos ao patrono do autor – Recurso da Fazenda Estadual e do DETRAN/SP desprovido e recurso do autor provido.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por SEVERIANO DE OLIVEIRA PRESTES contra o DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN e MK SOROCABA COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. Com a alegação de que era proprietário do veículo Volkswagen Gol GTI 2000, placa CBK 9997, RENAVAM 642101213, que deixou em janeiro de 2011 para venda em consignação junto à requerida MK, mas que nunca recuperou. Diz que foi vítima de estelionato e que não pode ser responsabilizado pelas infrações de trânsito posteriores a março de 2011. Pede a anulação dos pontos de sua carteira de habilitação, a declaração de inexigibilidade dos débitos relativos às infrações de trânsito e demais taxas e tributos incidentes sobre o automóvel após março de 2011, bem como a condenação da requerida MK ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A r. sentença de fls. 88/93, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar inexigíveis os débitos relativos às multas descritas as fls. 20/24 e determinar a baixa da pontuação em foco da CNH do autor. Declarou não ser o autor responsável pelos débitos tributários referentes ao veículo desde a data da subtração comprovada documentalmente nos autos. Rejeitou os pedidos de condenação da requerida MK ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Diante da sucumbência recíproca, determinou que cada parte arcará com os honorários de seu advogado, rateadas as despesas do processo.

A Fazenda Estadual e o DETRAN/SP apresentaram recurso de apelação a fls. 95/104 alegando, em síntese, que o negócio jurídico entabulado entre o autor e a loja de veículos não pode vincular os entes estatais e não produzem qualquer efeito jurídico em relação às leis de trânsito. Dizem que o autor não notificou os órgãos administrativos competentes e que ele foi notificado para impugnar as infrações, tendo se quedado inerte. Sustentam que competia ao proprietário a comunicação da transferência de propriedade e que ele é solidariamente responsável pelos débitos. Alegam que ao receber a notificação da autuação o autor deveria ter indicado o verdadeiro infrator e que o DETRAN/SP apenas seguiu o tanto determinado por lei.

O autor apresentou recurso adesivo a fls. 109/112, pedindo a condenação

Acesso ao Sumário

do DETRAN/SP ao pagamento de honorários advocatícios.

A Fazenda Estadual e o DETRAN/SP apresentaram contrarrazões a fls. 115/117.

Recursos regulares e tempestivos (fl. 121).

É o relatório.

O autor alega que era proprietário do veículo Volkswagen Gol GTI 2000, placa CBK 9997, RENAVAM 642101213, que deixou em janeiro de 2011 para venda em consignação junto à requerida MK, mas que nunca recuperou o veículo. Diz que foi vítima de crime cometido pela requerida MK.

A r. sentença declarou inexigíveis os débitos relativos às multas descritas as fls. 20/24 e determinou a baixa da pontuação correspondente. Declarou, ainda, não ser o autor responsável pelos débitos tributários referentes ao veículo desde a data da subtração.

Tem-se dos autos que o representante legal da requerida MK foi condenado pela prática do crime de apropriação indébita, perpetrado contra o autor, uma vez que, após receber o veículo do autor, não o restituiu e dispôs do bem que não era de sua propriedade (fls. 71/74v).

O artigo 1º da Lei Estadual n° 6.606/89 estabelecia que "*o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), devido anualmente, tem como fato gerador a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie*", sendo que o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo determina que "*considera-se ocorrido o fato gerador do imposto em 1º de janeiro de cada exercício*". No mesmo sentido é o disposto na Lei Estadual n° 13.296/08.

Dessa forma, a "hipótese tributária" para incidência do IPVA se consubstancia em deter a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie em 1º de janeiro.

Os documentos juntados aos autos indicam que o autor deixou de deter a posse e a propriedade do veículo, por ter sido vítima de crime no início de 2011.

Assim, correta a r. sentença ao afastar a responsabilidade do autor pelos tributos incidentes sobre o veículos em data posterior.

Nesse contexto, cabe destacar que o artigo 11 da Lei Estadual n° 6.606/89 estabelecia que "*o Poder Executivo dispensará o pagamento do imposto quando ocorrer perda total do veículo por furto, roubo, sinistro ou outro motivo que descaracterize seu domínio ou sua posse, segundo normas fixadas em decreto*". O artigo 14 da Lei Estadual n° 13.296/08 também é nesse sentido:

> ***Artigo 14 - Fica dispensado o pagamento do imposto, a partir do mês da ocorrência do evento, na hipótese de privação dos direitos de propriedade do veículo por furto ou roubo, quando ocorrido no território do Estado de São Paulo, na seguinte conformidade:***

I - o imposto pago será restituído proporcionalmente ao período, incluído o mês da ocorrência em que ficar comprovada a privação da propriedade do veículo;

II - a restituição ou compensação será efetuada a partir do exercício subseqüente ao da ocorrência.

§ 1º - A dispensa prevista neste artigo não desonera o contribuinte do pagamento do imposto incidente sobre fato gerador ocorrido anteriormente ao evento, ainda que no mesmo exercício.

§ 2º - O Poder Executivo poderá dispensar o pagamento do imposto incidente a partir do exercício seguinte ao da data da ocorrência do evento nas hipóteses de perda total do veículo por furto ou roubo ocorridos fora do território paulista, por sinistro ou por outros motivos, previstos em regulamento, que descaracterizem o domínio ou a posse.

§ 3º - Os procedimentos concernentes à dispensa, à restituição e à compensação serão disciplinados por ato do Poder Executivo.

Sobre o tema, merece destaque a seguinte decisão desta C. 5ª Câmara de Direito Público:

"INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – IPVA – VEÍCULO OBJETO DE ROUBO – PERDA DA PROPRIEDADE CARACTERIZADA – INCIDÊNCIA DA NORMA DO ART. 11 DA LEI ESTADUAL Nº 6.606/89 – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – RECURSO VOLUNTÁRIO DA RÉ E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS." (Apelação Cível n° 0261284-16.2009.8.26.0000 - Rel. Des. Francisco Bianco, j. 02/05/2011).

Outro não é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE IPVA – Inexigibilidade de débito tributário – veículo roubado – ausência da comunicação do roubo ao órgão oficial – aplicação do art. 11 da Lei Estadual 6.606/89 – Reexame necessário e recurso voluntário não providos." (Apelação Cível n° 9222875-46.2008.8.26.0000 - 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Leonel Costa, j. 06/03/2012).

"APELAÇÃO. IPVA. Exercícios de 2001 a 2006. Perda total do veículo em razão de roubo comprovado nos autos. Fato gerador não ocorrido, uma vez que desaparecido o próprio objeto do tributo. Dispensa do pagamento de IPVA prevista no artigo 11 da Lei Estadual nº 6.606/89. Irrelevância da ausência de baixa no DETRAN, podendo a qualquer momento ser reconhecida a dispensa se comprovada a condição para o benefício, que é a perda total do veículo. Precedentes deste Tribunal. Sentença de procedência mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido." (Apelação Cível nº 0020917-83.2008.8.26.0576

Acesso ao Sumário

- 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 15/02/2012).

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPVA - Veículo sinistrado - Perda total do bem em virtude de roubo, anos antes do débito - Desaparecimento do fato gerador a tornar indevido o imposto - Irrelevância da não comunicação ao DETRAN quanto à baixa do registro do veículo - Precedentes desta Corte - Recurso não provido." (Apelação Cível nº 0044031-83.2009.8.26.0554 - 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Aliende Ribeiro, j. 21/11/2011).

"MANDADO DE SEGIRANÇA IPVA - Roubo de veículo - Pedido de cancelamento do imposto relativo aos anos posteriores - Lavrado boletim de ocorrência - Ausência de posse e propriedade - Admissibilidade - Segurança concedida - Recurso desprovido." (Apelação Cível n° 9170994-30.2008.8.26.0000 - 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Habice, j. 03/08/2009).

"Mandado de Segurança - Reexame necessário indispensável - IPVA - Veículo roubado - Ausência de comunicação administrativa na forma da lei - Irrelevância - Preponderância do perecimento da hipótese de incidência tributária - Direito líquido e certo existente - Recursos improvidos" (Apelação Cível n° 0197426-45.2008.8.26.0000 - 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Dimitrios Zarvos Varellis, j. 27/11/2008).

Como o autor deixou de ser o proprietário do veículo em questão, também é impossível responsabilizá-lo pelas infrações de trânsito e multas relativas ao veículo.

Assim, deve ser mantida a r. sentença, que deu a melhor solução ao caso.

Quanto aos honorários advocatícios, entretanto, deve ser acolhido o recurso do autor.

A sucumbência do autor foi apenas quanto aos pedidos feitos contra a MZ Sorocaba Comércio de Veículos Ltda., tendo ele se sagrado vencedor quanto aos pedidos feitos em face do DETRAN/SP. Assim, os apelantes devem arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com o pagamento de honorários advocatícios ao patrono do autor, no valor de 10% dos débitos cancelados, nos termos do artigo 85, §3°, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da Fazenda Estadual e do DETRAN/SP e dou provimento ao recurso do autor.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002612-25.2016.8.26.0106, da Comarca de Caieiras, em que é apelante CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA BANDEIRANTES S/A, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE CAIEIRAS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 11 de maio de 2017.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Embargos – ISS – Concessionária de exploração rodoviária – Pretensão de calcular o percentual devido a determinado município tomando por base a extensão da totalidade do sistema viário explorado – Descabimento – Critério inadequado com os dizeres do § 2º do art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003 – Competência para cobrança do tributo do Município em que ocorreu o fato gerador, qual seja, Caieiras – Sentença mantida – Recurso desprovido.

PRELIMINAR – Cerceamento de defesa – Descabimento – Rejeição.

VOTO

Vistos.

CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA-BANDEIRANTES S.A, nos autos da presente ação de execução fiscal (Proc. nº. 0002612-25.2016.8.26.0106, do Setor do Anexo Fiscal da Comarca de Caieiras), que lhe move a PREFEITURA MUNICIPAL DE CAIEIRAS, a título de cobrança de ISSQN relativo aos períodos de março de 2007 a janeiro de 2008, opõe embargos à execução, aduzindo, em síntese, que há equívoco na base de cálculo do aludido tributo incidente sobre o serviço de exploração de rodovias mediante cobrança de pedágio, sendo o correto o preço que, para apuração,

Acesso ao Sumário

na sistemática da LC nº 116/03, seria o valor arrecadado das quatros rodovias exploradas pela embargante. Ao final, requer a procedência dos presentes embargos e, por conseguinte, a extinção do processo.

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 409/411, que julgou improcedente os embargos.

Sobreveio, então, o recurso da concessionária embargante (fls. 414/465, com cópias às fls. 466/588). Resumidamente, reitera as alegações apresentadas em sua inicial, alegando que a sistemática de cálculo do ISS pedágio prevista na LC nº 100/99 foi expressamente revogada pela LC nº 116/03, que disciplinou o imposto em questão, o qual passou - sob sua ótica - a considerar o preço do serviço, para a apuração da base de cálculo do ISS, sem qualquer delimitação territorial, motivo pelo qual tal apuração deve tomar por base o valor arrecadado nas quatro rodovias exploradas pela apelante, ao invés de, tão somente, sobre os valores arrecadados na Rodovia dos Bandeirantes. Ao final, requer provimento ao presente recurso, com a reforma da r. sentença.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente recebido e processado, com a apresentação das contrarrazões (fls. 591/600).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

De proêmio, impõe-se ponderar que o recurso de apelação em apreço foi interposto sob a égide do CPC/73, razão pela qual, em atenção ao princípio do Isolamento dos Atos Processuais, os atos já praticados, assim como as situações jurídicas já consolidadas com fulcro no código anterior, devem ser convalidados ou reformados com base no CPC/73, entendimento este, aliás, em consonância com o art. 14 do CPC/15, bem como atento ao princípio da necessária segurança jurídica.

Posto isto, malgrado o zelo, bem como a combatividade dos dignos procuradores da embargante, ora apelante, entende-se que o presente recurso *não reúne condições de prosperar.*

Senão, vejamos.

De início, cabível, com a devida vênia, que seja repelido o argumento atinente ao suposto cerceamento de defesa, que teria sido perpetrado pelo r. Juízo de primeiro grau, posto não se ter o mesmo verificado.

Descabido olvidar-se, em verdade, que o magistrado é o destinatário da prova, razão pela qual "*somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido: RT 305/121*" (THEOTONIO NEGRÃO *et alii, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 40ª edição, SP, RT, 2008, p. 269; nota n. 1.b ao art. 130).

Com efeito, de pouca ou nenhuma valia seria a norma do art. 130 do CPC

de 1973 (art. 370 do novo CPC) se ficasse o magistrado guindado à vontades das partes, que poderiam trazer à baila inúmeros pedidos de provas inúteis ou desnecessárias, comprometendo a celeridade processual e sua efetividade.

Neste sentido:

"A questão ou não do deferimento de uma determinada prova (...) depende da avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso, a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC 130" (STJ, AG. 56995-0-SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 05.04.1995, DJU 10.4.1995, p. 9322)."

In casu, a matéria é preponderantemente de direito, e o pouco que há de fato não interferirá no resultado da celeuma. Não se vislumbra, destarte, utilidade na produção da prova pretendida pela recorrente, a qual, ademais, além de custosa, certamente irá redundar em considerável atraso no desate do feito.

Fica, portanto, rejeitada a alegação preliminar levantada pela recorrente.

No mais, o Município de Caieiras propôs a presente execução fiscal objetivando o recebimento de ISS recolhido a menor, referente ao período de março de 2007 a janeiro de 2008, no valor de R$ 186.676,94 (cento e oitenta e seis mil, seiscentos e setenta e seis reais e noventa e quatro centavos, fl. 77).

Em sua defesa, a executada - Concessionária do Sistema Anhanguera-Bandeirantes S/A - opôs embargos à execução fiscal, aduzindo ser equivocado o critério adotado pela embargada para o cálculo do aludido imposto, que toma por base um recolhimento proporcional ao trecho da estrada que atravessa o município, em relação à arrecadação da praça de pedágio a ele próxima, haja vista a revogação dos critérios de cálculo previstos na Lei Complementar nº 100/99, acarretando uma mudança no cálculo do ISS, que passou a ser computado não por um trecho de rodovia, ou por uma rodovia específica, mas sim sobre todo o sistema rodoviário concedido ao particular, vez que a Lei Complementar nº 116/03 não traz menção específica acerca da base de cálculo do imposto, valendo, assim, a regra geral de incidência sobre o preço do serviço, com redução do percentual cabível à apelada.

Seguindo essa linha de raciocínio, alçou o entendimento de que, sendo o sistema rodoviário Anhanguera-Bandeirantes, composto por quatro rodovias - Rodovia Anhanguera, Rodovia dos Bandeirantes, Rodovia D. Gabriel Paulino Bueno Couto e Rodovia Adalberto Pezan - os valores arrecadados dos usuários, a título de pedágio, em todo o sistema rodoviário, deverão servir de base de cálculo do ISS, levando em conta a alíquota do tributo estabelecida pelo município e a extensão proporcional do trecho, no sistema rodoviário inteiro; contudo, sem razão.

Salienta-se que a posição adotada atualmente pelo STF, no julgamento da ADI 800, é de que o pedágio tem natureza jurídica de preço público por

Acesso ao Sumário

não ser cobrado compulsoriamente de quem não utilizar a rodovia; ou seja, é uma retribuição facultativa paga apenas mediante o uso voluntário do serviço. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. PEDÁGIO. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. DECRETO 34.417/92, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUCIONALIDADE.

"1. O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público, não estando a sua instituição, consequentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita.

"2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (ADI 800, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014).

Por sua vez, a Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03 prevê expressamente em seu item 22.01 a incidência do ISS sobre o pedágio, *in verbis*:

"22.01 Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoramento, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais".

E, por fim, a Lei Complementar 116/2003 traz expressamente o local de ocorrência do fato gerador para a cobrança do pedágio, como sendo o Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada, conforme se pode observar no art. 3º, § 2º:

"§ 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" (*g.n.*)

Destarte, *in casu*, como se pode observar, o fato gerador do imposto se dá em razão dos 8,58 Km da Rodovia dos Bandeirantes - rodovia explorada - que adentram o Município de Caieiras, não havendo supedâneo lógico-jurídico capaz de reduzir o valor da carga tributária imposta à apelante, independentemente do número de rodovias por ela administradas, porquanto, neste caso, diante dos supra aludidos dispositivos legais, a rodovia a ser considerada é, apenas, aquela que atravessa também o território de Caieiras.

Aliás, oportuna se mostra a reprodução das escorreitas considerações tecidas pela douta magistrada *a quo* (fl. 410):

"A exploração contratualmente concedida à empresa- embargante está

Acesso ao Sumário

prevista no item 22.01, da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, que, consoante redação de seu artigo 3º, §2º, prevê como ocorrido o fato gerador e devido o imposto 'em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada'".

"E a expressão 'extensão da rodovia explorada' revela que a base de cálculo do ISS permanece inalterada em relação à disciplina anterior, qual seja, a da Lei Complementar nº 100/99, devendo-se, a teor deste dispositivo, ser considerada a extensão da rodovia que esteja no município tributante para fins de cálculo do imposto.

"Assim sendo, o fato gerador do imposto se dá no trecho da rodovia explorada pela embargante que adentra a Município de Caieiras, ou seja, a Rodovia dos Bandeirantes, única a ser considerada.

"Ainda que assim não fosse, distintos são os objetos da concessão conferida à embargante e o fato gerador do ISS, que não ser alterado pelo contrato administrativo da embargante com o Poder cedente.

E, pela interpretação da embargante, estar-se-ia alargando a competência do ISS para fatos que não ocorreram no território embargado, contrariando a própria lógica do imposto de caráter municipal.

"Não se desconhece que a concessão da embargante refere-se a um sistema rodoviário e que os serviços prestados em troca de um pedágio considerado de forma global, como afirmando na inicial. Todavia, isso não significa que outras rodovias que não cruzem o município devem ser consideradas para fins de apuração de base de cálculo do imposto em questão, o qual, repita-se, deve incidir somente em rodovias cuja extensão esteja engloba no Município-embargado" (fl. 410).

Cumpre salientar que nesse mesmo sentido este Colendo Tribunal vem se manifestando, conforme se depreende do seguinte julgado proferido em casos análogos, envolvendo as mesmas partes:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS – Exercício de 2005 – Município de ***Caieiras*** – Concessionária de exploração rodoviária – Considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada – Inteligência do art. 3º, § 2º, da LC 116/03 – Cálculo do imposto que tem por base a extensão da rodovia que adentra ao município – Concessionária que explora quatro rodovias – Irrelevância – Pretensão de calcular o percentual devido a determinado município tomando por base a extensão da totalidade do sistema viário explorado – Ausência de previsão legal – Julgamento antecipado cabível – Sentença mantida inclusive por seus próprios fundamentos – Apelo improvido" (Apelação nº 1000150-30.2006.8.26.0106, 15ª Câmara de Direito Público, j. 29.09.2015, Rel. Des. Silva Russo).

Acesso ao Sumário

Outrossim, a utilização do local de prestação de serviço como critério de determinação de competência de cada ente tributante evita o conflito entre os entes federados, e garante a segurança jurídica do contribuinte, ao verificar por qual imposto será onerado. Nesse sentido, de acordo com Leandro Paulsen:

"*Vale destacar que, normalmente, o aspecto espacial é identificado com o território do ente tributante, o que se impõe, inclusive, para evitar invasão de competência tributária entre Estados-Membros ou entre Municípios. O STJ entende, por exemplo, que o Município competente para cobrar o ISS é aquele em cujo território foi efetivamente prestado o serviço, independentemente de onde seja a sede do estabelecimento prestador. Diz-se, pois, que se segue o princípio da territorialidade*" (*Curso de Direito Tributário C*ompleto, 6º ed., Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 150 – grifo original).

Desta forma, não se vê, com a devida vênia, como reformar-se o entendimento do ínclito Juízo de primeiro grau, impondo-se a manutenção da r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais adicionam-se os do presente voto.

Para os devidos fins de direito consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000537-58.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RONI DA SILVA JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DIRETOR DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.812)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 7 de junho de 2017.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

– MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – INVESTIGAÇÃO SOCIAL – OMISSÃO DE INFORMAÇÕES – INAPTIDÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – INEXISTÊNCIA.

Candidato considerado inapto em concurso público por ter omitido informações no formulário de investigação social. Previsão editalícia de exclusão do candidato que omitir informações ou apresentar informações inexatas. Exclusão do certame. Ilegalidade ou abuso de Poder. Inexistência. Segurança denegada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 269/271, cujo relatório se adota, denegou segurança contra ato do impetrado consistente na inabilitação do impetrante na fase de investigação social do Concurso Público para o cargo de Soldado PM de 2ª Classe.

Inconformado apela o vencido objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que nada foi apurado na fase de investigação social capaz de macular sua idoneidade e que sua exclusão do certame é abusiva e violadora de garantias fundamentais, bem como dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da pessoalidade da pena. Alega que a conduta criminosa imputada ao seu irmão, com quem não convive, é falsa e caluniosa e que não foi comprovada eventual conivência ou participação na suposta ação delituosa.

Recurso processado, com contrarrazões, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso. As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em que pese ser polêmica a questão, merece confirmação a r. sentença apelada, cujos fundamentos são ratificados, nos termos do art. 252 RITJESP.

Segundo estabelece a Constituição Federal, "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).

No caso, inexiste ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo impugnado.

De acordo com o edital DP-5/321/14 "O candidato considerado inapto em qualquer das etapas ou exames estará definitivamente excluído do

Acesso ao Sumário

concurso público" (Capítulo XX, item 20, fls. 69). Especificamente no tocante à investigação social (Capítulo XII, item 5), consta que referida etapa "será realizada de tal forma que identifique condutas inadequadas e reprováveis do candidato, nos mais diversos aspectos de vida em sociedade, imprescindíveis ao exercício da profissão policial-militar, impedindo a aprovação, dentre outras hipótese possíveis, de: (...) 5.10. que mantenha relação de amizade, convivência, conivência ou exibição em público com indivíduo envolvido em prática delituosa, sabidamente lançada à ambiência criminosa ou que possa induzir ao cometimento de crime" (fls. 60).

Prevê o edital, outrossim, que impede a aprovação no concurso público em questão a "inexatidão dos dados declarados pelo candidato, omissão de dados relevantes ou declaração de informações inverídicas" (item 5.29, fls. 61).

Como cediço, "o edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos, ou seja, o procedimento do concurso público é resguardado pelo princípio da vinculação ao Edital" (STJ – AgRg no REsp nº 1.307.162/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27/11/12, DJe 05/12/12).

Segundo informes prestados pela impetrada, por meio de pesquisa social realizada junto à comunidade da região de moradia do candidato (vizinhança), obteve-se informação de que o irmão do apelante é pessoa envolvida com o uso de substâncias entorpecentes ilícitas, sendo ele conhecido como usuário de drogas. E em pesquisa realizada junto à comunidade de relacionamento virtual (*Facebook*), foram identificadas postagens e registros fotográficos que revelaram indicativos e indícios de prática e apologia ao uso de entorpecentes (fls. 209). Ainda de acordo com a autoridade impetrada, o apelante omitiu essas informações em seu Formulário de Investigação Social.

Conforme bem observado pela impetrada, não há como o apelante desconhecer tais fatos, que envolvem o próprio irmão, parente em segundo grau e que reside, segundo as informações, na vizinhança do local de residência do apelante.

Como cediço, as informações prestadas pela autoridade impetrada gozam de presunção de legitimidade e veracidade, só ilidida por convincente prova em contrário, inexistente no caso dos autos.

Além disso, as alegações trazidas em razões de apelação no sentido de ser falsa a conduta criminosa imputada ao irmão do apelante consubstanciam questão que envolve matéria de fato complexa e controvertida, cujo deslinde depende de ampla dilação probatória, o que não é compatível com a via estreita do mandado de segurança. Como bem observado pelo douto Procurador de Justiça, "a decisão está amparada no edital e na lei" e "qualquer questionamento acerca do resultado da mencionada avaliação não pode ser realizado na via

estreita desta impetração" (fls. 315).

Por fim, cumpre ressaltar que o apelante, segundo as informações, foi orientado e advertido verbalmente quanto à possibilidade de exclusão do certame em caso de omissão e inexatidão de qualquer tipo de dado e/ou informação quando do preenchimento das questões contidas no Formulário de Investigação Social.

De rigor, portanto, a denegação da segurança. Nesse sentido:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO – Concurso público para ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo (Soldado PM 2ª Classe) – Pretensão de decretação de nulidade do ato de reprovação de candidato em fase de investigação social, com a consequente reinserção deste no certame – Juízo discricionário da Administração, conforme previsão editalícia e legal. Recurso improvido" (Apelação nº 0029433-36.2013.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Carlos Eduardo Pachi, j. 03/09/14)".

"MANDADO DE SEGURANÇA - Concurso Público - Policial Militar - Exigência de comprovação de idoneidade e de conduta ilibada - Omissão acerca da existência de processo criminal - Candidato reprovado - legalidade do ato atacado - Segurança denegada - Recurso não provido" (Apelação nº 0031386-06.2011.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Urbano Ruiz, j. 25/03/13).

"Apelação - Mandado de Segurança - Concurso Público - Agente de Segurança Penitenciária - Eliminação do concurso - Omissão de dados por parte do impetrante em questionário - Sentença mantida - Recurso improvido" (Apelação nº 0351915-06.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Castilho Barbosa, j. 12/06/12).

"Mandado de Segurança - Concurso público - Candidato ao cargo de agente de segurança penitenciária - Inaptidão na fase de comprovação de idoneidade e conduta ilibada na vida pública e privada - Omissão de informação relevante quando questionado - Candidato que sofreu indiciamento - Hipótese de omissão que acarreta desclassificação do certame prevista no edital - Legalidade da desclassificação - Recurso desprovido" (Apelação nº 0028619-29.2010.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oscild de Lima Junior).

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso mantida a r. sentença apelada por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1041120-56.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÃO PAULO TRANSPORTES - SPTRANS, são apelados MARIA VILANE CARNEIRO DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA DE FÁTIMA NASCIMENTO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Prejudicada a sustentação oral.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.070)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 7 de junho de 2017.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pessoa portadora de paralisia cerebral tetraplégica espástica e epilepsia. Pleito de concessão de atendimento pelo serviço de transporte "ATENDE" em horários extraordinários, de forma mais ampla do que já vem sido fornecido, na regularidade que necessita para a consecução de todos os tratamentos de saúde que realiza.

Impossibilidade de concessão de atendimento único e exclusivo ao requerente. Norma de regência que estabelece regramento único e igualitário, a fim de atender o maior número possível de beneficiários, ainda que de forma parcial. Concessão da benesse que implica em quebra do princípio da isonomia. Precedentes desta C. Câmara.

R. sentença de procedência – Reformada.

RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela SÃO PAULO TRANSPORTES - SPTRANS nos autos da "*AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA*" que lhe moveu MARIA DE FÁTIMA NASCIMENTO DA SILVA (representada por sua curadora MARIA VILANE CARNEIRO DO NASCIMENTO). Na sentença de fls. 215/217, foi julgada procedente, confirmando-se a liminar (fls. 28), nos seguintes termos, *verbis*:

> *"Por todo o exposto, julgo PROCEDENTE a ação, nos termos do artigo 269, I, do CPC, para condenar as rés a fornecerem à autora o serviço ATENDE nos dias em que tiver exames ou consultas médicas agendadas, ainda que excedam uma viagem por mês, sob as penas da lei. Pela sucumbência, arcarão os réus com as custas processuais e honorários advocatícios, que fixo por equidade em R$1.000,00 atualizados a partir da publicação desta em cartório.*
>
> *P.R.I."* (fls. 217)

A Municipalidade de São Paulo que também se encontra no polo passivo da demanda não apresentou recurso.

Apela a SPTRANS (fls. 220/224), alegando, em síntese: a) a r. decisão apelada ofendo o princípio da isonomia privilegiando a Apelada em detrimento de outras pessoas que também enfrentam as mesmas necessidades mas em observância e respeito às posturas legais aceitam as restrições em respeito as outras pessoas que também necessitam desse serviço especialíssimo, além de propiciar uma desorganização do sistema implantado à duras penas; b) o serviço "ATENDE" não consegue atender toda a demanda existente, razão pela qual, todos os requisitos para a concessão do benefício devem ser cumpridos, de forma igualitária por todos aqueles que necessitam utilizar-se do serviço, de forma a contemplar o princípio da igualdade, baluarte do sistema constitucional; c) A limitação de números de viagens e destinos visa garantir o atendimento isonômico de todos os cadastrados para uso do serviço Atende. Para atender as necessidades de milhares de usuários há que se reconhecer que deve ser respeitado o regulamento imposto; d) para cumprir a r. sentença será necessário disponibilizar um veículo ATENDE com motorista especialmente treinado para tender a Apelada quando e para onde necessitar em detrimento de todos os demais que seguem o Regulamento; e) o serviço em questão não visa satisfazer necessidades gerais e essenciais da sociedade, mas sim atender a um dado número de indivíduos dessa coletividade, identificados por severas restrições motoras. Trata-se, portanto, de um serviço de utilidade pública, criado através de Decreto, ato administrativo próprio do exercício do poder discricionário do Chefe do Executivo, de forma que a competência do Município para

Acesso ao Sumário

regulamentar tal serviço, bem como para impor requisitos para sua concessão, uma vez que a universalidade não é uma de suas características obrigatórias; f) o Serviço Atende disponibiliza a seus usuários dois tipos de atendimentos. Um trata de viagens regulares, onde o usuário utiliza o serviço apresentando uma grade de viagens fixa e regular. O outro tipo é o atendimento a viagens eventuais, onde o usuário é beneficiado com uma viagem esporádica ao mês, a qual deve ser agendada com 20 (vinte) dias de antecedência. Quanto às viagens fixas e regulares, para operacionalizar todos os atendimentos, foram criadas as normas de utilização do serviço, que, após minuciosos estudos de demanda, foram definidos os critérios, parâmetros e limites de utilização; g) a frota do Serviço Atende é totalmente comprometida com os atendimentos diários, portanto, não existe veículo disponível para atendimentos irrestritos. Colacionou julgados favoráveis às suas teses e pugnou pelo provimento do recurso, revertendo-se o julgado.

Recurso tempestivo, isento de preparo e acompanhado de contrarrazões (fls. 262/265).

Parecer do Ministério Público pela manutenção da procedência da demanda (fls. 270/271).

O recurso foi inicialmente distribuído à 14ª Câmara de Direito Privado, que declinou da competência (v. aresto de fls. 274/277, Rel. Exmo. Des. Thiago de Siqueira) para a Sessão de Direito Público deste E. TJSP, especificamente para esta magistrada, em razão da prevenção decorrente do julgamento do agravo de instrumento nº 2092699-25.2015.8.26.0000, do qual fui Relatora.

É o relatório.

No caso concreto, como a r. sentença foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2.015, é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Respeitado o esforço argumentativo louvável dos ilustres defensores públicos que assistiram a requerente, do MM Juízo "a quo" e dos ilustres representantes do Ministério Público que atuaram no feito, reputo que razão assiste à recorrente SPTRANS, como será analisado abaixo.

Observo, preliminarmente, que a ora apelada não busca prestação jurisdicional do Estado em decorrência de recusa no fornecimento do transporte especializado e gratuito do programa "Atende", eis que tal pretensão já foi deferida administrativamente.

O que pretende a requerente, ora recorrida, no caso concreto, é que tal transporte seja concedido em horário extraordinário, na forma e regularidade de que necessita, superior à que já vem sendo disponibilizada e diferente daquela ordinariamente fornecida a outras pessoas em igual situação.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema trago à baila a lição do Exmo. Des. Ricardo Anafe, que com o brilhantismo que lhe é característico prelecionou, *verbis:*

> *"Com efeito, a Constituição Federal, de forma expressa, prevê a saúde como 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, sendo certo, outrossim, que as ações e serviços públicos de saúde devem garantir atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, competindo de forma concorrente à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cuidar da saúde e assistência pública, proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência física (artigo 23, inciso I, do mesmo diploma legal).*
>
> *Desse modo, cabe ao julgador interpretar em sentido amplo o dever do Estado (lato sensu), de tal sorte que se é responsável pela saúde dos cidadãos, igualmente, responsável é pelos acessórios de sua consecução, in exemplis, o programa "Atende", o transporte dos deficientes físicos devidamente cadastrados, viabilizando o seu dever, in casu, não apenas com saúde, mas e igualmente, com educação (artigo 205 e seguintes da Constituição Federal), adotando as medidas necessárias para melhoria da qualidade de vida dos acometidos por moléstias graves, pois o serviço especializado não se restringe ao transporte de pessoas, mas a inclusão social do deficiente físico, de tal arte que incontroversa a necessidade do agravado, o que não se nega, sendo notório, entretanto, que o serviço prestado pela municipalidade, guarda regulamento próprio, o qual é aplicado indistintamente a toda a coletividade, de maneira "universal e igualitária" para cumprir a norma constitucional.*
>
> *Assim, o benefício a um único cidadão, como no caso do autor, prejudica o restante da coletividade de cidadãos, vez que inviável o atendimento do pleito tal como lançado, pelo simples fato de que o regulamento próprio do ATENDE é universal para todos os cadastrados, indistintamente, repita-se, enfatize-se, o que não reclama maiores delongas. (TJSP 13ª C. Dir. Público AI n.º 2020290-51.2013.8.26.0000 Rel. Ricardo Anafe j. 14.11.2013)*

Com efeito, o serviço de transporte "Atende", instituído Decreto Municipal N° 36.071 de 09 de maio de 1996 foi regulamentado pela SPTRANS por meio da Portaria nº 029/14-SMT.GAB (fls. 105/120), e dentre as regras de utilização destaca-se que o horário do atendimento regular é de segunda feira a domingo, das 07h00 às 20h00, e a cada usuário a utilização é limitada a 5 viagens por semana, no máximo de uma viagem completa por dia (fls. 107).

Já no que tange a viagens eventuais, é permitido apenas uma única por mês, que deve ser agendada com no mínimo 20 dias de antecedência (fls. 114).

Como visto, há regramento muito específico para a utilização do serviço

Acesso ao Sumário

"Atende", a fim de que seja beneficiado o maior número possível de pessoas, sendo de todo inviável designar viatura para atender toda e qualquer necessidade de um único usuário.

Em que pese a situação dramática da requerente, tendo em vista a gravidade do seu estado de saúde, a interpretação que deve ser adotada, em casos como o presente, é aquela que melhor se coaduna com o interesse público.

No caso concreto, a concessão da benesse tal com deferida pela r. sentença recorrida consistiria no uso privado do transporte público gratuito, dirigido a fins coletivos e destinados a atender pessoas com mobilidade reduzida.

Conforme se observa dos argumentos trazidos e do próprio regulamento do serviço "Atende", não é possível designar viatura para atender toda e qualquer necessidade de um único cidadão, pois assim todos os demais usuários que possuem viagens agendadas ou eventuais seriam irremediavelmente prejudicados.

Em assim sendo, a manutenção do serviço deve se dar de forma igualitária, nos horários previamente definidos, a todos os necessitados e não somente à autora.

Neste sentido há precedentes desta C. Câmara, *verbis*:

*"Agravo de Instrumento. **Serviço Atende** – Serviço municipal de transporte que atende ao deficiente físico cadastrado – Regulamento próprio – **Decisão que deferiu o fornecimento de transporte além do horário previsto no regulamento próprio – Inadmissibilidade – Regramento único para toda a coletividade** – Ausência de pressupostos autorizadores da antecipação de tutela pretendida – Decisão reformada. Dá-se provimento ao recurso interposto." (AI 2020290-51.2013.8.26.0000 Relator(a): Ricardo Anafe; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/11/2013; Data de registro: 19/11/2013)*

*"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. TRANSPORTE ESPECIAL GRATUITO. **Programa "Atende", instituído pelo Decreto Municipal n.º 30.071/96. Pretensão da autora de ver reconhecido seu direito ao transporte em horário extraordinário, diferente do que vem sendo disponibilizado ordinariamente a outras pessoas em igual situação. Inadmissibilidade.** Sentença de procedência do pedido em primeiro grau. Inconformismo da Municipalidade. Cabimento. Impossibilidade de atendimento único e exclusivo à autora. **Norma de regência que estabelece regramento único e igualitário**. Concessão da benesse que se afiguraria desmedida e exacerbada. Administração Pública que deve sopesar os interesses em questão, observando os princípios administrativos da legalidade, igualdade, moralidade e o da supremacia do interesse público sobre o privado. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido inicial, com a revogação da liminar concedida.*

Acesso ao Sumário

Recurso provido." (AP 1015196-72.2016.8.26.0053 Relator(a): Djalma Lofrano Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/02/2017; Data de registro: 02/02/2017)

Em assim sendo, pertinentes os argumentos da SPTRANS em seu apelo, devendo ser integralmente reformada a r. sentença determinando-se a improcedência da demanda.

Em virtude da reversão do julgado, invertem-se os ônus sucumbenciais, mantidos os honorários advocatícios nos moldes da r. sentença, ficando observado que para fins de cobrança de tais verbas, a requerente é beneficiária da Justiça gratuita.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação da SPTRANS, reformando-se integralmente a r. sentença pelos motivos aqui explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003199-57.2016.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante ANTONIO PASCHOAL PAVANI, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.434)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 8 de junho de 2017.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO. Multa

Acesso ao Sumário

ambiental. Queima de cana de açúcar. Não configurada nulidade no auto de infração, lavrado de forma regular. Presente o nexo causal. Ausência de prejuízo decorrente da dilação do prazo do artigo 7º do Decreto nº 60.342/2014. Não caracterizado o cerceamento de defesa. O fogo foi acidental, iniciado de um maquinário utilizado para a colheita da cana-de-açúcar. Presentes os elementos para a responsabilização, não afastada pelas excludentes de caso fortuito ou força maior, posto que o ato violador decorreu de comportamento do autor, ainda que de forma culposa. Inviável a aplicação da pena de advertência ou conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação. REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de fls. 231/235 que julgou improcedente ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com sustação de protesto ajuizada por Antonio Paschoal Pavani, ora apelante, em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ora apelada e impôs ao sucumbente o ônus de arcar com os honorários advocatícios no importe de 10% do valor da causa.

Nas razões a fls. 255/284, Antonio Marcos Pagotto alega a ocorrência de cerceamento de defesa e nulidade do auto de infração por falta de motivação e por inobservância ao prazo do artigo 7º do Decreto nº 60.342/2014.

No mérito, aduz que não provocou o incêndio e o combateu, mas ele foi mais voraz; que foi prejudicado em razão desse evento e que não usa habitualmente o fogo em sua propriedade, o que afasta a teoria do risco.

Sustenta que não deve ser responsabilizado ante a ocorrência de caso fortuito, força maior ou ação de terceiros.

Subsidiariamente requer que a multa simples seja substituída por advertência ou que seja convertida em serviços ambientais. Ao final, pugna pela manutenção da antecipação da tutela e concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Foram apresentadas as contrarrazões ao apelo (fls. 288/297). O douto Procurador de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 301/305).

É O RELATÓRIO.

O presente apelo é recebido somente no efeito devolutivo, nos moldes do artigo 1012, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil. Isso porque a sentença

Acesso ao Sumário

revogou a tutela provisória concedida, não havendo fundamento legal para restaurá-la, como se verificará no decorrer deste Acórdão.

Consta dos autos que Antonio Paschoal Pavani foi autuado em 24/09/2014, por fato de 04 de agosto de 2014, AIA nº 316009, "por fazer uso de fogo em áreas agropastoris, em área correspondente a 159,13 ha, sem autorização do órgão competente", incorrendo no disposto no artigo 58 da Resolução SMA 48/2014 (fls. 29).

Segundo se apurou, o recorrente realizava a colheita mecanizada de cana-de-açúcar quando ocorreu incêndio em sua propriedade.

Pelo que consta no B.O.Amb. de fls. 30/34, "o fogo teve início durante a colheita mecanizada de cana-de-açúcar, não sabendo informar qual a causa provável, vindo assim a queimar parte da cultura de cana-de-açúcar".

Encontram-se maiores detalhes a respeito a fls. 31, onde a autoridade policial descreveu ter o Sr. Antonio Pascoal Pavani relatado que o fogo se iniciou "em uma das máquinas que fazia a colheita" (fls. 32). No apelo, o recorrente admite que o fogo se iniciou no meio da Fazenda.

As declarações de fls. 72 a 75 confirmam que o fogo foi acidental e se iniciou em área onde "o Sr. Antonio Paschoal Pavani estava realizando colheita de cana de açúcar crua (sem uso de fogo) através do uso de colhedeiras".

Portanto, está presente o nexo causal a atividade desenvolvida pelo recorrente (colheita mecanizada de cana) causou a queima, ausente ofensa ao artigo 38, § 4º da Lei nº 12.651/2012.

O auto de infração não teve qualquer mácula. Inexigível, de plano, a demonstração dos contornos da ação no próprio auto de infração, se culposa. Para a Administração basta a presença de indícios de violação do dever, o que ocorreu já que o fogo teve origem em fagulha oriunda do maquinário utilizado.

Os atos administrativos são revestidos de legitimidade, de forma a permitir sua prática. Exigir maiores aprofundamentos no auto de infração inviabilizaria a atuação do Estado.

Tampouco haveria nulidade em razão de desrespeito ao prazo do artigo 7º do Decreto nº 60.342/2014. Primeiro, porque a autoridade administrativa justificou a demora "em virtude da falta de espaço na agenda para a realização do mesmo" (fls. 96); em segundo, porque desse ato não decorreu prejuízo ao infrator. Rejeito as preliminares de nulidade do auto de infração.

As provas trazidas aos autos – declarações de fls. 72 a 75 e relatório de fls. 82/93, somados à constatação realizada pelos policiais no momento da autuação, demonstraram que a colheita era mecanizada, o fogo foi acidental e o recorrente envidou esforços para tentar contê-lo. Logo, não haveria razão para a dilação probatória, para fins de oitiva de testemunhas.

Acesso ao Sumário

No mais, prova pericial também seria dispensável ante a impossibilidade de reproduzir a situação em que ocorreu a infração ou alterar o quadro fático já estabelecido. Daí porque não houve cerceamento de defesa, rejeitada esta preliminar.

No mérito, anoto que partirei a análise com base naquilo que ficou demonstrado: o fogo se iniciou a partir de uma máquina utilizada para a colheita mecanizada de cana-de-açúcar.

Existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que tange à responsabilidade em se tratando de ilícito administrativo ambiental.

A respeito, tenho amplamente adotado a responsabilidade objetiva com base no artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. A responsabilidade objetiva baseia-se em elementos concretos, presentes no caso em tela, quais sejam a ocorrência do dano e a atividade desenvolvida pelo apelante. Consoante a teoria do risco integral adotada, o dano deve ser evitado por aquele que pratica a atividade, sob pena de responsabilização.

E o ato infracional decorreu justamente da atividade; o fogo iniciou-se num dos maquinários utilizados pelo recorrente para a colheita mecanizada da cana-de-açúcar.

Ainda que se entenda de modo diverso, pela responsabilidade administrativa subjetiva, estão presentes todos os elementos: o recorrente era o responsável não somente pela propriedade, mas também pela colheita da cana; o nexo causal se estabeleceu na medida que o dano foi oriundo da atividade praticada; a conduta foi voluntária (colheita de cana com maquinário), ainda que o resultado tenha sido diverso do pretendido ou involuntário (incêndio).

Destaco que houve comportamento, a princípio, lícito (colheita mecanizada), mas em consequência ocorreu evento que o responsável não conseguiu controlar, este sim ilícito ambiental.

Nessa situação, a infração administrativa se configura, ainda que haja excludente de caso fortuito ou força maior, posto que o fato violador decorreu de comportamento culposo.

A esse respeito, ensina Édis Milaré, no seu livro Direto do Ambiente:

> *... Em certos casos, porém, o comportamento em si pode estar conforme a legislação; no entanto, devido à ocorrência de um evento que, à primeira vista, foge ao controle do responsável, ela gera um resultado, este sim considerado ilícito pela lei ambiental. Temos exemplo disso no art. 61 do Dec. 6.514/2008, que explicita quando o efeito poluição será, desde logo, tido como uma infração. Em tal contexto, caso esteja presente uma forma de excludente da responsabilidade, para que haja infração administrativa, é preciso que o fato tido como violador do ordenamento jurídico seja resultante de um comportamento culposo (negligência,*

imprudência ou imperícia), omissivo ou comissivo, por parte do suposto infrator, somado à ocorrência de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro[1].

No mais, a ilicitude da conduta decorre justamente de ter havido ato contrário à legislação posta, pouco importando se o recorrente habitualmente agia dessa forma.

Em outras palavras, o uso ou não do fogo para a colheita da cana-de-açúcar é indiferente, já que não se pune a habitualidade, mas sim a ocorrência de fato que infringiu o artigo 58 da Resolução SMA nº 48/2014.

No que tange aos pleitos subsidiários, também não comportam provimento.

Não é o caso de aplicação da pena de advertência, cabível somente em infrações de menor lesividade, considerando-se aquelas em que a multa máxima cominada não ultrapasse o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) ou que, no caso de multa por unidade de medida, a multa aplicável não exceda o valor referido – artigo 9º, § 1º da Resolução SMA nº 48/2014.

Em relação a conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação, não há previsão para a aplicação dessa medida com fulcro na Resolução SMA 48/2014.

Não obstante, os artigos 139 e seguintes do Decreto Federal nº 6.514/2008 afirmam que o pedido de conversão deve ser apresentado juntamente com a defesa administrativa, sendo acompanhado de pré-projeto, o que não ocorreu no caso em tela.

De se anotar, também, que o § 4º do artigo 144 do Decreto Federal nº 6.514/2008 expressamente disciplina que "O não-atendimento por parte do autuado de qualquer das situações previstas neste artigo importará no pronto indeferimento do pedido de conversão de multa".

Não comprovado, nestes autos, o preenchimento de todos os requisitos previstos no Decreto Federal nº 6.514/2008, não há como deferir o pedido de conversão.

Com fulcro no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro os honorários para 11% do valor atualizado da causa.

Considera-se prequestionada a matéria relativa aos recursos especial e extraordinário.

Ante o exposto, REJEITO AS PRELIMINARES E NEGO PROVIMENTO ao apelo.

1 Direito do Ambiente, 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 362.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1048604-25.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDUSCON/SP.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.412)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – OBTENÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE OBRA (HABITE-SE) CONDICIONADO AO PAGAMENTO DE ISS – ATO COATOR FUNDADO NO ARTIGO 83, DA LEI MUNICIPAL 6.989/66 – IMPOSSIBILIDADE – AO MUNICÍPIO COMPETE EXIGIR A SATISFAÇÃO DE SEUS CRÉDITOS PELAS VIAS PROCESSUAIS ADEQUADAS, SOB PENA DE IMPEDIR O LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA – INTELIGÊNCIA DO ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO, CF – DISPOSITIVO QUE NÃO FOI RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE MANIFESTOS – SENTENÇA DE CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Prefeitura do Município de São Paulo em face da sentença de fls. de 450/453 que, em sede de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo (SINDUSCON/SP) contra ato coator do Diretor do Departamento de Arrecadação do Município de São Paulo, concedeu a ordem para afastar a exigência de comprovação de quitação de débitos de ISS como condição para emissão do certificado de conclusão de obra (Habite-se), apenas em relação aos associados que expressamente autorizaram o ajuizamento da ação até a data da Assembleia Geral Extraordinária.

Suscitou-se o reexame necessário.

Alega a Municipalidade alegando, em síntese, que é incabível impetração de mandado de segurança contra lei em tese e decadência da impetração. Sustenta, ainda, que a exigência possui fundamento no artigo 83, da Lei Municipal nº 6.989/66 e que esta está em consonância com a Constituição Federal buscando preservar os interesses dos adquirentes das unidades autônomas.

Tempestivo, o recurso foi contrarrazoado (fls. 475/488).

Por acórdão relatado pelo Exmo. Des. Borelli Thomaz, foi determinada a remessa dos autos ao C. Órgão Especial para julgamento da arguição de inconstitucionalidade (fls. 495/500), a qual não foi conhecida (fls. 507/513 - Arguição de Inconstitucionalidade nº 0043733-60.2016.8.26.0000).

É o relatório.

Primeiramente, é admitido o mandado de segurança como meio de impugnação de comando normativo que contém, em si mesmo, medida coercitiva que, a despeito de ainda não ter produzido efeitos concretos, pode vir a ferir direito do impetrante. Não se trata de mandado de segurança contra lei em tese, mas sim de mandado de segurança preventivo que visa impedir a prática de futuro ato administrativo abusivo ou contra lei por parte da autoridade dita coatora.

E está na Lei do Mandado de Segurança o direito à impetração preventiva, de sorte que não é o caso de se exigir a existência de algum ato concreto da Administração Pública para o seu cabimento, o que não se confunde, pois, com a hipótese de impetração contra lei em tese.

Portanto, em se tratando de *writ* preventivo, é lógico que inocorreu o instituto da decadência previsto no artigo 23, da Lei nº 12.016/09 justamente por ser impossível estabelecer o início da contagem do prazo decadencial.

Passo, portanto, ao exame do mérito propriamente dito.

O impetrante, sindicato representativo da categoria econômica da indústria da construção civil no Estado de São Paulo, pretende obter segurança preventiva

Acesso ao Sumário

que autorize seus associados a receberem o Certificado de Conclusão de Obra (Habite-se), sem a comprovação de prévia quitação do Imposto Sobre Serviços (ISS) atinente às obras que vierem a executar, afastando-se em definitivo a aplicação da norma contida no art. 83, I, da Lei Municipal nº 6.989/66, exigência que reputa ilegal e inconstitucional.

A sentença concedeu a segurança e inconformada apela a municipalidade. Sem razão, contudo.

A Lei Municipal nº 6.989/66 que dispõe sobre o sistema tributário do Município de São Paulo, prevê no Capítulo IV o "Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS)", estabelecendo em seu artigo 83, I, que:

> Art. 83. A prova de quitação deste imposto é indispensável:
>
> I – à expedição de "Habite-se" ou "Auto de Vistoria" e à conservação de obras particulares;

Ora, ainda que as empresas associadas ao impetrante sejam devedoras do ISS, o condicionamento para expedição do "Habite-se" à prova de quitação do tributo não representa somente ilegal e abusivo exercício de autotutela direcionada ao recebimento de tributos. Mais do que isso, representa inquestionável afronta ao livre exercício da atividade econômica de que trata o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

É de rigor que a Fazenda Municipal busque a satisfação de seus créditos valendo-se da via processual adequada, atentando, inclusive, para o teor das Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido vale destacar trecho do voto do Exmo. Des. Souza Meirelles:

> *"Oportuno notar que o aludido* ***certificado revela-se documento indispensável para a averbação da construção à margem da matrícula do imóvel, bem como para a individualização de matrículas relativas às unidades autônomas e a instituição do condomínio, viabilizando a concretização dos negócios entabulados entre a apelada e terceiros.***
>
> *Portanto, evidente que a requisição de recolhimento de tributo de maneira antecipada conduz a prejuízos a serem suportados pela apelada, em flagrante afronta ao livre exercício da atividade econômica,* ***demonstrando serem as normas municipais, sob esse prisma, meio coativo e indireto de cobrança do imposto****."* (Apelação 0006233-30.2014.8.26.0161, j. 11/11/2015).

É de se reconhecer que o entendimento esposado pelo Juiz sentenciante está em consonância com jurisprudência majoritária deste E. Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – "HABITE-SE" – EXPEDIÇÃO CONDICIONADA À QUITAÇÃO PRÉVIA DE ISSQN – ILEGALIDADE CARACTERIZADA – EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO DE COBRANÇA – Condicionamento*

Acesso ao Sumário

de emissão do "habite-se" ao pagamento do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) – Inadmissibilidade – Meio coercitivo vedado pelas súmulas 70, 323 e 547 do STF – Fazenda Municipal dispõe de meio processual adequado para a cobrança do seu crédito tributário – Ato administrativo que deve se limitar ao exame da regularidade formal da obra e não pode condicionar a emissão do certificado de conclusão à comprovação de quitação do ISSQN, sob pena de configuração de abuso de direito – Preenchimento dos requisitos legais para o deferimento de liminar – Precedentes – Decisão reformada – Agravo provido. (Agravo de Instrumento 0000440-40.2016.8.26.0000, Relator(a): Ponte Neto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/01/2016; Data de registro: 28/01/2016)

Apelação em Mandado de Segurança. Município de São Paulo. Segurança denegada sob o fundamento de haver previsão legal para condicionar a expedição do "habite-se" à quitação do ISS. Pretensão à reforma. Cabimento. Município que dispõe de meios próprios para satisfação do crédito tributário quando o valor é devido. Vedação da autotutela estatal para fins coercitivos em matéria tributária. Precedentes do STJ e deste TJSP, baseados nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF. Sentença reformada para conceder a ordem, nos limites do acórdão. Recurso ao qual se dá provimento. (Apelação 1030454-93.2014.8.26.0053, Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/10/2015; Data de registro: 27/10/2015)

Apelação Cível e Reexame Necessário – Mandado de segurança – Impetração objetivando afastar o condicionamento de emissão de Certificado de Conclusão de Obra ("habite-se") ao recolhimento prévio de ISSQN – Exigência que prejudica a livre iniciativa econômica – Meio coativo de cobrança de imposto – Ilegalidade, a teor da jurisprudência do E. STF – Inteligência do enunciado das Súmulas nºs 70, 323 e 547 do Pretório Excelso e precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Reexame necessário e apelo desprovidos. (Apelação 0006233-30.2014.8.26.0161, Relator(a): Souza Meirelles; Comarca: Diadema; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/11/2015; Data de registro: 17/11/2015)

Conclui-se, assim, que o art. 83, I, da Lei Municipal nº 6.989/66 não foi recepcionado pela Constituição Federal, justificando, por conseguinte, a manutenção da r. sentença concessiva da segurança.

Pelo exposto, nego provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1027003-61.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante T.M. CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE GUARULHOS – DRT 13.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.910)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Mandado de segurança. Impetração após decurso do prazo de 120 dias, contados da ciência sobre lesão do direito invocado. Decadência reconhecida. Inexistência, ainda, de violação a direito líquido e certo. Recurso desprovido.

VOTO

Mandado de segurança impetrado por T.M. CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. (atual denominação de T. M. Distribuidora de Petróleo Ltda.) contra ato dito ilegal imputado ao DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE GUARULHOS – DRT 13, *consistente em publicação em Diário Eletrônico em 06.08.2015, com erro na grafia de seu nome, e ainda por cima com erro na referência legal quanto ao prazo de recurso* (**sic**).

Então, tendo em vista o ***erro na grafia*** do nome da Impetrante, o mesmo ***NÃO ENCONTROU REFERIDA PUBLICAÇÃO ATRAVÉS DA DIGITAÇÃO DE SEU NOME (na forma correta), ALIÁS COMO AINDA NÃO CONSEGUE ATÉ A PRESENTE DATA***.

Afirma ter protocolizado recurso ordinário em 7.11.2015, mas, indeferido por intempestividade, *apresentou pedido de reconsideração, sendo mantida a decisão anterior* (**sic**).

Com fincas nesse quadro fático, veio com o presente mandado de segurança para *que seja dado trânsito ao recurso ordinário interposto pela impetrante, afastando-se, as máculas havidas no processo administrativo*

Acesso ao Sumário

resultante da lavratura do Auto de Infração nº 3.023.894-8, conforme demonstrado, abstendo-se, a Autoridade Coatora de praticar atos tendentes à inscrição do débito em dívida ativa, remetendo-se os autos para análise e julgamento perante o Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo – TIT, e, para que seja determinada a republicação da intimação da decisão proferida em 1ª instância administrativa, com a correta grafia do nome da impetrante e correta capitulação legal do prazo (**sic**).

Denegada a segurança, interpôs a impetrante apelação, respondida a págs. 373/385.

É o relatório.

Nada obstante os argumentos da impetrante, desacolhidos na r. sentença, levanta-se óbice intransponível ao manejo do "writ", porquanto impetrado em desobediência ao prazo legal de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da novel Lei 12.016/09, tal qual dispunha a revogada Lei 1.533/51: *o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.*

Nem é caso de se argumentar sobre inconstitucionalidade da norma em tela, mesmo porque assentado o entendimento segundo o qual a decadência foi recepcionada pela Constituição Federal, como está na Súmula 632 do E. Supremo Tribunal Federal: *é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.*

Desse modo, o prazo para impetração principiou a correr desde a indicada não observância do correto modo para intimação da impetrante, vale dizer, desde a violação das normas legais indicadas na petição inicial, situação impediente, nos dizeres da própria impetrante, da verificação *se houve publicação em seu nome* (pág. 6), pois *tal erro simplesmente impossibilitou a impetrante de verificar seu nome pelo sistema de recorte, bem como de consultar o site do Diário Eletrônico para verificar suas intimações* (pág. 7).

Frise-se tratar-se, aqui, de mandado de segurança impetrado em 25.7.2016 para suster violação de direito líquido e certo ocorrido de há muito, pois têm-se alegações atinentes a eventual cerceamento de defesa, consubstanciada em não admissão de recurso ordinário, na data de 10.10.2015 (pág. 159), após o que se deu análise sobre pedido de reconsideração (págs. 161/167), indeferido em 3.3.2016 (pág. 168), com publicação desta decisão em Diário Eletrônico de 07.3.2016, disponibilizado em 4.3.2016.

Na interpretação mais favorável à impetrante, o indeferimento do pedido de reconsideração marcaria o momento da inequívoca ciência da alegada lesão ao direito aqui invocado, repito, a não observância do correto modo para intimação da impetrante e do que decorreu o denunciado cerceamento de defesa.

Esse marco (a ciência inequívoca da lesão), aliás, é acolhido sem ressalvas

Acesso ao Sumário

pelo C. Superior Tribunal de Justiça como termo inicial do prazo decadencial, como se lê, **mutatis mutandis**, no RMS 26.267/AM, relatado pela i. Min. LAURITA VAZ, DJe 17.11.2008: *A fluência do prazo decadencial no mandado de segurança tem início na data em que o interessado tiver ciência inequívoca da pretensa lesão ao seu direito. Na hipótese, a contagem desse prazo teve início com a publicação do Boletim Geral da Polícia Militar do Estado do Amazonas, que não incluiu o nome do Impetrante no rol dos policiais militares a serem promovidos.*

Então, repito, indeferido o requerimento de reconsideração feito pelo impetrante em **3 de março de 2016**, com publicação dessa decisão em Diário Eletrônico de 07.3.2016, disponibilizado em 4.3.2016, resulta ser extemporânea esta impetração em **25 de julho de 2016**, pois ultrapassado o lapso de 120 dias contados a partir da violação do direito líquido e certo alegado.

O prazo escoou desde então, e, não se descure, trata-se de prazo peremptório, que não se prorroga nem mesmo por finais de semana e feriados, e, dessarte, repito ser o **writ** intempestivo, observado ser de 120 dias o prazo, não de quatro meses, daí ser contado dia a dia.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 607.149.5/3, na E. 13ª Câmara de Direito Público, o I. Desembargador OLIVEIRA PASSOS explana sobre a natureza do prazo para impetração do mandado de segurança, que não se desnaturou pela vigência da nova lei, cujos fundamentos peço vênia para transcrever:

> *Trata-se de prazo decadencial, que, como tal, não se suspende e não se interrompe, uma vez iniciado.*
>
> *Estabelece o art. 184, caput, do Código de Processo Civil, que para a contagem do prazo deve ser excluído o dia do começo e incluído o do vencimento.*
>
> *Não tem aplicação, in casu, a regra do § 1º do art. 184 (prorroga-se o prazo até o primeiro dia útil seguinte ao do vencimento, se este cair em feriado em dia e que o fórum esteve fechado). Não, exatamente porque se trata de prazo decadencial, vale dizer, peremptório, extintivo, fatal.*
>
> *Convém lembrar que se decadência e prescrição são institutos afins, apresentam, porém, diferença importante. Assim, enquanto a prescrição implica na perda do direito a ação e, conseqüentemente, no desaparecimento do direito que ela tutela, a decadência acarreta o perecimento do direito em decorrência de seu não-exercício em um determinado prazo.*
>
> *Na lição de Caio Mário, a decadência é a morte da relação jurídica pela falta de exercício em tempo prefixado, enquanto que a prescrição extingue um direito que não tinha prazo para ser exercido,*

Acesso ao Sumário

mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo com a criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito. O fundamento da prescrição encontra-se, como vimos, num interesse de ordem pública em que se não perturbem situações contrárias, constituídas através do tempo. O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização. É que há direitos que trazem, em si, o germe da própria destruição. São faculdades condicionadas ao exercício dentro de tempo certo, e, então, o perecimento da relação jurídica é uma causa ínsita ao próprio direito, que oferece esta alternativa: exerce-se no prazo preestabelecido, ou nunca mais. Quando, pois, o direito subjetivo pode ser exercido sem a predeterminação de um prazo, extingue-se por prescrição levantada por quem tenha um interesse contrário: mas, quando a lei marca um tempo, como condição de exercício, o vencimento desse limite importa na caducidade ou decadência do direito" ("Instituições de Direito Civil", Forense, 1976, vol. I, p. 596).

Washington de Barros Monteiro igualmente adverte para que na decadência, o direito é outorgado para ser exercido dentro em determinado prazo: se não exercido, extingue-se ("Curso de Direito Civil Parte geral", Saraiva, 1968, vol. 1, p. 302).

Veja-se: o direito deve ser exercido dentro de prazo determinado. Não foi o que se deu no caso. O prazo fatal ocorreu em 04 de novembro, um sábado, mas a ação só foi ajuizada no dia 06, seguinte, segunda-feira.

Reconhece-se, pois, a ocorrência da decadência, lembrando, mais uma vez, que se o termo final ocorreu em dia feriado, não se adia o vencimento decadencial para a impetração de segurança (STJ, 1ª Turma, RMS 13.062-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 11.6.2002, DJU 23.9.2002, p. 225).

Observo, em remate, não haver razão também quanto à eventual ilegalidade por *erro na grafia* do nome da impetrante.

Assim concluo por que, como se extrai dos autos, seguiram-se várias intimações da impetrante com nomenclatura idêntica à impugnada ("**T M Distribuidora de Petróleo Ltda**.", quando indica a impetrante ser correto "**T.M. Distribuidora de Petróleo Ltda**."), como visto nos documentos de págs. 261/270, não sendo a mera diferença de espaçamento e/ou pontuação entre caracteres suficientes a ensejar a nulidade indicada pela impetrante.

Demais disso, nas publicações houve correta identificação da contribuinte pelo CNPJ, além de expressa referência ao auto de infração 3.023.894, elementos suficientes para identificar o processo administrativo.

Mutatis mutandis, é pacífico o entendimento no E. Superior Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça sobre não haver nulidade por equívocos de grafia considerados "de pequena monta", ou mera inversão de ordem de sigla ou caracteres, em especial, repito, quando outros elementos mostram-se suficientes à identificação da publicação:

> *PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO DOS EMBARGOS OPOSTOS À SENTENÇA. ERRO NA GRAFIA DO NOME DO ADVOGADO. NULIDADE NÃO ACOLHIDA. POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO.*
>
> *1. Recurso especial interposto por ofensa ao art. 236, § 1º, do CPC, ao argumento de vício na intimação da decisão proferida nos embargos de declaração opostos à sentença: constou na publicação Monreau ao invés de Moreau.*
>
> *2. Os equívocos de pequena monta, como a troca ou o acréscimo de apenas uma letra no nome ou sobrenome do advogado ou da parte, não se prestam à anulação do ato processual, sobretudo quando é possível identificar-se o feito pelo exato nome das partes e número do processo. Precedentes.*
>
> *3. As demais intimações nos autos foram feitas com a grafia do nome do advogado idêntica à usada na intimação questionada, sendo obedecidos todos os prazos processuais - inclusive foram opostos tempestivos embargos de declaração à sentença -, o que demonstra que o erro gráfico não impediu a exata identificação do processo.*
>
> *4. A tese desenvolvida de que o acréscimo de uma única letra importaria a desfiguração do objeto de pesquisa pelos instrumentos eletrônicos, impossibilitando a exata identificação do causídico e frustrando o escopo da publicação, encerra uma complexidade fática que torna defeso seu exame na via estreita do especial - Súmula 7 -, haja vista que o Tribunal local valeu-se de detida análise do acervo probatório para adotar orientação diametralmente contrária.*
>
> *5. A arguição de que as intimações anteriores continham o nome de outra advogada que patrocinava a causa - por isso teriam sido atendidas - necessita de dilação probatória por destoar dos termos do aresto impugnado. Outrossim, o deferimento anterior de juntada de substabelecimento e para que das futuras publicações constasse o nome desse causídico, sem maiores considerações, em nada altera o decidido pelos motivos já expostos, valendo asseverar que o mesmo Juiz de Direito que atendeu esse pleito indeferiu o pedido subsequente de nulidade da intimação.*
>
> *6. Agravo regimental não provido* (AgRg no REsp 1356168/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, j. em 07.03.2013, DJe 14/03/2013 –

Acesso ao Sumário

sem grifos no original).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE INTIMAÇÃO EM NOME DE MAIS DE UM ADVOGADO. PUBLICAÇÃO REALIZADA NO NOME DE APENAS UM DOS CAUSÍDICOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. INTIMAÇÃO. NÚMERO DE INSCRIÇÃO DO ADVOGADO NA OAB. DESNECESSIDADE. QUESTÃO DECIDIDA PELA CORTE ESPECIAL DO STJ, COM BASE NO ART. 543-C DO CPC/73. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE NULIDADE DA PUBLICAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 07/11/2016, que, por sua vez, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pela LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S/A, em face de decisão que indeferira a devolução do prazo para apelar, tendo em vista que, na publicação da sentença, fora omitido o número de registro dos advogados na OAB/RJ.

III. De acordo com a jurisprudência desta Corte, mesmo quando requerido, pela parte, que a publicação se faça em nome de mais de um advogado constituído nos autos, não há nulidade, caso na publicação só conste o nome de um deles. Nesse sentido: STJ, REsp 1.610.505/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/09/2016; STJ, AgRg no AREsp 214.812/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 29/03/2016; STJ, AgRg no REsp 1.541.886/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe de 09/11/2015.

IV. A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.131.805/SC (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 08/04/2010), submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73, firmou orientação no sentido de que "a ausência ou o equívoco quanto ao número da inscrição do advogado na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB não gera nulidade da intimação da sentença, máxime quando corretamente publicados os nomes das partes e respectivos patronos, informações suficientes para a identificação da demanda", tal como ocorreu, in casu.

V. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, à luz do contexto fático-probatório dos autos, concluiu que inexiste nulidade na publicação, posto que não há erro de grafia, mas mera inversão da sigla abreviada do nome da parte ré ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, eis que, da publicação, a sigla "ANP" constou ao

Acesso ao Sumário

final do nome da ré. Nesse contexto, considerando a fundamentação adotada na origem, a reversão do entendimento adotado ensejaria, necessariamente, o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte.

VI. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1393231/RJ, rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, j. em 21.02.2017, DJe 08/03/2017 – sem grifos no original).

Então, com essas observações, concluo ser caso de manter-se a denegação da segurança, com acréscimo de fundamento diverso do exposto na r. sentença, como acima considerado.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1023201-19.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante IPM INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS MUNICIPIÁRIOS DE RIBEIRÃO PRETO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada AMÉLIA ELIAS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso e ao reexame necessário, com determinação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 15 de maio de 2017.

EDSON FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Ribeirão Preto. Quinquênios e sexta-parte sobre os vencimentos integrais. Sentido teleológico da legislação municipal de que sejam calculados sobre todo o conjunto da remuneração regular do servidor, à exceção somente das verbas de natureza eventual. Demanda procedente. Honorários advocatícios majorados em razão do recurso de setecentos para

mil e quinhentos reais. Não providos o recurso e o reexame necessário, com determinação.

VOTO

A sentença, proferida em 30 de março de 2016, pela eminente juíza, Doutora Lucilene Aparecida Canella de Melo, julgou procedente demanda de servidora pública municipal para que os adicionais por tempo de serviço, quinquênios e sexta-parte, sejam calculados sobre a totalidade dos seus vencimentos ou remuneração, incluindo a vantagem do "Adiantamento Prêmio Incentivo", sendo as correspondentes diferenças, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária das datas em que deveriam os pagamentos deveriam ter sido feitos, pelos índices da tabela de atualização edita por este Tribunal, e juros de mora a partir da citação, no percentual aplicável à caderneta de poupança, tendo fixado honorários advocatícios em setecentos reais (fls. 151).

Apela o réu pela inversão do resultado, alegando prescrição quinquenal; não ter aplicação o artigo 129 Constituição Paulista, porque a servidora é submetida a legislação específica; que quinquênio e sexta parte devem incidir apenas sobre o vencimento básico, uma vez que vencimento quer dizer remuneração básica específica do servidor; que a gratificação Prêmio Incentivo tem caráter transitório e não deve ser incluída na base de cálculo dos quinquênios e da sexta-parte.

Recurso respondido.

É o relatório.

Incide hipótese de reexame necessário, segundo a orientação fixada pela Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça e o disposto no artigo 496, § 3º, do Código de Processo Civil atual, por se tratar de sentença ilíquida.

O artigo 129 da Constituição do Estado tem aplicação restrita aos servidores públicos estaduais, sem nenhuma aplicação aos servidores dos municípios do Estado, que têm autonomia, conferida pela Constituição Federal, para dispor sobre os vencimentos e vantagens dos seus servidores.

A Lei Orgânica do Município nada menciona sobre quinquênio e sexta-parte, regrados somente pela Lei Municipal 3181, de 26 de julho de 1976, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Funcionários do Município de Ribeirão Preto, com a redação conferida pela Lei 5605, de 27 de setembro de 2009, aos artigos 209 e 210, do seguinte teor:

Artigo 209 - O funcionário terá direito, após cada período de 05 (cinco) anos de efetivo exercício municipal, à percepção do adicional por tempo de serviço, calculado de acordo com um dos índices percentuais a seguir relacionados, ***sobre o vencimento ou remuneração do cargo efetivo de que seja titular****, a que se incorpora para todos os efeitos legais, a saber:*

Acesso ao Sumário

ADICIONAL	*TEMPO DE SERVIÇO*	*ÍNDICES*
1º quinquênio	*05 anos*	*5%*
2º quinquênio	*10 anos*	*10,25%*
3º quinquênio	*15 anos*	*15,76%*
4º quinquênio	*20 anos*	*21,55%*
5º quinquênio	*25 anos*	*27,63%*
6º quinquênio	*30 anos*	*34,01%*
7º quinquênio	*35 anos*	*40,71%*
8º quinquênio	*40 anos*	*47,75%*

Artigo 210 - O funcionário que completar 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício municipal, ***perceberá a sexta-parte da remuneração do seu cargo efetivo****, a este incorporada para todos os efeitos legais.*

Esta Câmara fixou o entendimento de que se refere ao conceito legal mais amplo de remuneração, conferido pelo artigo 182 como "*a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo ou função, correspondente ao padrão ou nível, fixado em lei, acrescido das vantagens pessoais de que o funcionário seja titular, bem como porcentagens atribuídas em lei*", não, estritamente, a de vencimento do seu artigo 181 ("*a retribuição para o funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão, ou nível, fixado em lei*"), sendo o sentido teleológico da norma que os adicionais por tempo de serviço sejam calculados sobre todo o conjunto da remuneração regular dos servidores, à exceção somente das verbas de natureza eventual.

A remuneração do cargo efetivo abrange o salário base e as vantagens pecuniárias concedidas em acréscimo ao vencimento do servidor, devendo estas então integrar a base de cálculo do adicional por tempo de serviço.

Então, é sobre essa remuneração total, de caráter permanente e não eventual, incluindo as gratificações de diversas nomenclaturas, com exceção das vantagens eventuais, que devem ser calculados os adicionais por tempo de serviço, porém sem incidência recíproca entre quinquênios e sexta-parte, descabida a restrição da sua incidência somente sobre o salário base.

Acesso ao Sumário

E a definição correta da base de cálculo sobre a qual devem ser calculados os adicionais por tempo de serviço não afronta o disposto no artigo 37, XIV, da Constituição Federal, no sentido de que "*os acréscimos percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores*", por não se tratar de incidência em cascata, mas simplesmente de determinar que a remuneração regular dos servidores, sobre a qual deve ser calculada a vantagem, não se resume ao vencimento padrão.

Uma vez que o pedido foi formulado em termos de cálculo de quinquênio e sexta-parte sobre a remuneração integral da autora, considerando o salário base

acrescido de todas as demais vantagens pecuniárias percebidas, tem cabimento especificar que nestas últimas não se incluiriam os quinquênios para efeito da sexta-parte, nem esta para efeito daqueles, por vedação à incidência recíproca e pelo fato de ambas decorrerem do tempo de serviço, à vista do disposto no artigo 37, XIV, da Constituição Federal.

Percebendo a autora perceber, em caráter regular, o prêmio de incentivo, a vantagem também deve ser considerada para efeito dos quinquênios e da sexta-parte, por integrar a remuneração da servidora.

Anoto que as disposições normativas invocadas pelo apelante não determinam resultado diverso.

Honorários advocatícios que são majorados, em razão do trabalho motivado pelo recurso, de setecentos para mil e quinhentos reais.

Pelo exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso e ao reexame necessário, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1001675-62.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM – DER e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado PABLO DJULIANO DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não acolheram o reexame necessário e negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.085)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 1º de junho de 2017.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL e REEXAME NECESSÁRIO – Liberação de veículo apreendido – Falta de licenciamento e mau estado de conservação – Auto de apreensão regular – Impossibilidade de afastar-se a presunção de veracidade do ato administrativo – Sentença que concedeu parcialmente a segurança, apenas para limitar a cobrança de taxas de estadia no pátio a trinta diárias – Precedentes –

Acesso ao Sumário

Manutenção da r. sentença que é de rigor – Não configuração de decisão *extra petita* – Recurso de apelação não provido e reexame necessário não acolhido.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por **Pablo Djuliano Dias**, contra ato do **Agente Policial de Fiscalização de Trânsito – Comando de Policiamento Rodoviário do Estado de São Paulo**, com o objetivo de que seja liberado o veículo descrito na inicial, independentemente do pagamento de taxas. Afirma o impetrante que o veículo foi apreendido em decorrência de suposto mau estado de conservação e falta de licenciamento. Alega que o veículo possui placas de final 7 e que poderia ter sido licenciado até o mês de novembro. Ademais, afirma que a apreensão foi ilegal, uma vez que o veículo não apresentava irregularidades capazes de comprometer a segurança do trânsito.

A r. sentença (fls. 90/92), cujo relatório se adota, concedeu parcialmente a segurança, apenas para limitar a cobrança de diárias do pátio ao máximo de 30 dias.

Apela o DER, requerendo a reforma da r. sentença, para que a segurança seja denegada. Alega que a r. sentença foi *extra petita* ao conceder parcialmente a segurança, em termos não pleiteados pelo impetrante (fls. 95/97).

Regularmente processado, o recurso foi respondido (fls. 101/104).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Entende-se que as razões recursais não enfraquecem os elementos de convicção exauridos na r. sentença sob análise, cujos fundamentos ficam ratificados, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, que possibilita ao Relator, nos recursos em geral, *"limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

Importante ressaltar que a aplicabilidade do mencionado artigo encontra respaldo em jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.[1]

Decidiu o MM. Juízo *a quo*:

"O impetrante não conseguiu demonstrar que a autoridade apontada como coatora indevidamente apreendeu o veículo, sobretudo considerando que transitava com o licenciamento em atraso.

Além disso, a presunção de veracidade dos atos administrativos prevalece

Acesso ao Sumário

1 REsp n. 662.272-RS, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJ 27.09.2007; REsp n. 641.963-ES, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 21.11.2005; REsp n. 592.092-AL, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 17.12.2004; e REsp n. 265.534-DF, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 01.12.2003.

em detrimento das alegações do impetrante quanto ao estado de conservação do bem, anotando-se que a apreciação dessa situação fática (estado do veículo na data da apreensão) é incompatível com o rito de cognição sumária do mandado de segurança.

Por outro lado, não se pode admitir a cobrança ilimitada de diárias do veículo apreendido, sob pena de caracterização de verdadeiro confisco do bem.

Extrai-se da inicial que o valor das diárias do pátio já ultrapassava R$6.000,00 no momento da impetração do presente mandado de segurança. Diante desse quadro, para se evitar a perda do bem, necessária a limitação das diárias.

Isso porque as diárias têm natureza jurídica de taxas e, desse modo, por se tratar de tributo devem observância ao princípio do não confisco, expressamente previsto no artigo 150, inciso IV, da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, precedente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*"MANDADO DE SEGURANÇA – **VEÍCULO – REMOÇÃO – RESTITUIÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE TAXA DE ESTADIA – LIMITE MÁXIMO DE TRINTA DIÁRIAS – ORDEM CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA**. (Apelação nº 0018596-92.2011.8.26.0019; Relator: Ricardo Feitosa; 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/04/2016)". Grifei*

Portanto, a cobrança de diárias do pátio deve ser limitada ao máximo de 30 dias."

A portaria DETRAN Nº 25, de 14/01/2015, que estabelece o calendário anual para o licenciamento de veículos do exercício de 2015 e dá providências correlatas, prevê:

"Art. 1º O licenciamento anual dos veículos registrados no DETRAN-SP, tendo por abrangência o exercício de 2015 será realizado a partir de 01.04.2015, respeitadas as regras do licenciamento eletrônico antecipado previsto nesta Portaria e obedecidos os prazos máximos fixados na tabela abaixo, distribuídos de acordo com o número final da placa:

I - veículo automotor, reboque, semi-reboque, exceto o definido no inciso II deste artigo:

Final da placa; Prazo final para Renovação

1; abril

2; até maio

3; até junho

4; até julho

5 e 6; até agosto

Acesso ao Sumário

7; até setembro
8; até outubro
9; até novembro
0; até dezembro."
(destaque nosso)

Dessa forma, tratando-se o veículo descrito nos autos de uma caminhonete "Fiat/Fiorino", veículo não abarcado pelo inciso II do artigo supracitado (*II - veículo registrado como "caminhão" ou "caminhão-trator"*), o prazo para seu licenciamento venceu no mês de setembro do ano de 2015.

Ademais, é sabido que o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).

Uma vez que o impetrante não trouxe aos autos qualquer prova que pudesse desconstituir o auto de recolhimento do veículo, que foi lavrado com estrita observância às disposições legais, não há que se falar na declaração de sua nulidade, uma vez que é cediço que o ato administrativo goza de presunção de veracidade.

Segundo ensina Hely Lopes Meirelles:

"*A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. (...)*

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

A eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos. (...)" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 32ª ed., p. 158/159).

Dessa forma, tendo o órgão de trânsito, no âmbito de suas funções, constatado que o automóvel transitava com pneus em mau estado de conservação - o que coloca em risco a vida, a incolumidade das pessoas e a segurança do trânsito - não observada qualquer ilegalidade do ato, não cabe ao Poder Judiciário

infirmar a fiscalização do agente público.

No mais, não há que se falar em sentença *extra petita* no caso.

Isso porque consta da inicial que o impetrante requereu ***a suspensão do ato ensejador do Auto de Recolhimento de Veículo e na sua imediata liberação, independente do pagamento de taxas***, uma vez que as referidas taxas já ultrapassavam, quando da impetração, o patamar de R$ 6.000,00.

Ora, limitar o pagamento de tais taxas a trinta diárias, como o fez o d. Magistrado *a quo*, significa a concessão parcial da segurança pleiteada, porque o impetrante pugnou pela total dispensa do pagamento, e não julgamento *extra petita.*

Daí porque acertada a concessão apenas parcial da segurança, que limitou a cobrança das taxas de estadia do veículo a trinta diárias, em conformidade com a jurisprudência deste E. Tribunal:

> *MANDADO DE SEGURANÇA – Veículo apreendido – Registro e licenciamento irregular – Liberação do veículo condicionada ao pagamento de estadia – Inadmissibilidade – Cobrança de estadia limitada a trinta (30) dias – Art. 262 CTB – Sentença concessiva da ordem confirmada – Reexame necessário desprovido.* (Relator(a): J. M. Ribeiro de Paula; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 29/03/2017; Data de registro: 03/04/2017);
>
> *REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de Segurança. Remoção do veículo da apelante em razão da infração prevista no artigo 230, V, do CTB. Penalidade prevista de apreensão do veículo, com medida administrativa de remoção. Exigência pelo artigo 271, parágrafo único, do CTB de prévio pagamento das despesas de remoção e estadia para a liberação do veículo. A interpretação sistemática das normas contidas no artigo 262 do Código de Trânsito Brasileiro e no artigo 3º, III, da Resolução CONTRAN nº 53/98, evidencia que, apesar de a medida administrativa poder se estender por mais de trinta dias, o direito à cobrança dos valores de estadia estará limitado a trinta diárias. Precedentes. Sentença mantida. Recurso não provido.* (Relator(a): Oswaldo Luiz Palu; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 03/02/2017; Data de registro: 03/02/2017).

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso e não se acolhe o reexame necessário**, mantendo-se a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1039224-41.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante

Acesso ao Sumário

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada ELIZÂNGELA CORDEIRO RODRIGUES.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.458)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 29 de maio de 2017.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade civil – Erro judiciário – Destituição do poder familiar julgada procedente em 1997 – Sentença reformada em segundo grau em 1998 – Resultado do julgamento publicado de forma errônea e que deu ensejo ao julgamento paralelo da ação de adoção da criança, filha biológica da autora, a casal alemão – Deferimento de guarda e viagem para a Alemanha antes do trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar – Ajuizamento de ação de nulidade da adoção – Frustradas tentativas de citação do casal adotante por meio de carta rogatória – Sentença de extinção proferida em 2012, em razão da maioridade da jovem adotada, que contava com 16 anos de idade, maioridade civil prevista no regramento germânico – Prescrição – Não ocorrência – A demora no julgamento das ações não pode ser atribuída à autora, que não se quedou inerte desde 1997 – Provas nos autos que demonstram a existência de erro judiciário e o nexo causal com os prejuízos sofridos pela requerente que teve subtraído o direito de conviver com a filha biológica – Sentença de procedência – Indenização fixada em R$500.000,00 – Valor adequado e razoável, diante do imensurável prejuízo experimentado – Sentença parcialmente reformada – Recursos parcialmente providos apenas para aplicar a Lei nº 11.960/09 aos juros e correção monetária.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Elizângela Cordeiro Rodrigues em face da Fazenda do Estado de São Paulo visando a reparação pelos danos morais sofridos decorrentes de erro judiciário, consistente na concessão de adoção de sua filha Evelyn Rodrigues a casal alemão, muito embora a ação de destituição do poder familiar tivesse sido julgada improcedente em grau de recurso.

O MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo julgou procedente a demanda e condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$500.000,00, com correção monetária desde o ajuizamento e juros de mora legais contados da citação. Deixou de condenar em custas e honorários advocatícios, vez que as partes foram representadas por profissionais do Estado.

Em síntese, recorre a Fazenda do Estado sob o argumento preliminar de prescrição, uma vez que a adoção indevida ocorreu em 1998 e a presente demanda ajuizada em 2015. Alega que o prazo prescricional se iniciou com a prática do ato lesivo em 1998 e que, ainda que fosse considerada a sentença de adoção, a prescrição também haveria se operado porque essa demanda foi julgada em 1998. Assim, requer a extinção da presente ação com base no art. 487, II do Código de Processo Civil. No mérito, aduz que tão logo foi verificado o erro na publicação do Acórdão que havia reformado a sentença de destituição do poder familiar, este foi corrigido. Sustenta a ausência de dolo e má-fé por parte dos servidores do Judiciário e que não houve comprovação de dolo ou abuso de poder por parte do magistrado que julgou procedente a ação de adoção da criança ao casal alemão, não havendo que se falar em erro judiciário e responsabilidade estatal. Subsidiariamente, sustenta que o valor fixado a título de indenização é desproporcional, de modo que requer a sua redução e aplicação da Lei nº 11.960/09 para os juros e correção monetária.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1114/1119.

É o relatório.

De rigor a reforma parcial da r. sentença.

Consta nos autos que a autora, mãe biológica de Evelyn Rodrigues, após denúncia de maus tratos contra a filha, teve contra si ajuizada ação de destituição do poder familiar em 1997. À época, as denúncias foram feitas pelo irmão da autora, em razão de um desentendimento na família. A demanda foi julgada procedente em 13/6/1997, no entanto, reformada pela Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça em 4/6/1998.

Ocorre que embora reformada a sentença de destituição do poder familiar, houve equívoco quanto à divulgação do resultado na tira de julgamento, somente retificado em 18/6/1998.

No período compreendido entre a divulgação do resultado errôneo e a

Acesso ao Sumário

sua correção, havia ação de adoção ajuizada pelo casal alemão Jürgen Sand e Birgitta Monika Sand em relação à criança, que foi julgada procedente pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Jundiaí, Dr. Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, tendo este deferido o pedido de adoção com base no resultado equivocado da ação de destituição do poder familiar.

Foi proposta ação de nulidade da adoção, sendo certo que o cumprimento da decisão que revogou a destituição do poder familiar foi requerido em julho de 1999, tendo gerado pedido de cooperação judiciária, encaminhado a Alemanha em 14/12/1999. Foi concedida busca e apreensão da criança, mas à época não vigia cooperação entre Brasil e Alemanha para o cumprimento da determinação, sendo a Convenção de Haia ratificada pela Alemanha somente em 2001, com vigor a partir de 2002.

Em 2003 a determinação de busca e apreensão de Evelyn foi reconsiderada porque havia se passado muito tempo, mantendo-se apenas o pedido de citação do casal alemão. Após muitos anos, em razão da não localização dos adotantes e demora para tradução juramentada de documentos, em 2012 a ação de nulidade da adoção foi julgada extinta por perda superveniente de objeto, haja vista o rompimento do vínculo familiar entre a então jovem Evelyn e sua mãe biológica. E ainda, com fundamento na maioridade civil da jovem, que aos 16 anos já era considerada maior civilmente pela legislação alemã. Interposta apelação contra a referida decisão, esta foi julgada pelo não provimento pela Câmara Especial em 29/7/2013.

Verifica-se na inicial que Evelyn reencontrou a autora após buscar sua origem biológica pelas redes sociais, tendo ambas estabelecido contato por videoconferência em 2013. Consta na narrativa que a busca teve o apoio do pai adotivo da jovem, tendo esta relatado à mãe biológica ter sofrido maus tratos por parte da mãe adotiva.

Como se verifica, é inegável que a ocorrência de erro judiciário gerou prejuízos de ordem moral à requerente, que adiante serão analisados.

Preliminarmente, quanto à alegação de prescrição, entendo que não merece prosperar. Embora os fatos que geraram o prejuízo à autora tenham ocorrido em 1998, é certo que desde tal data esta não se manteve inerte e sempre buscou reaver a guarda da filha, seja por meio de recurso nos autos da destituição do poder familiar, seja pelo ajuizamento de ação de nulidade da adoção, que foi julgada apenas em 2012, após muita morosidade no cumprimento de rogatória e tradução juramentada dos documentos escritos em alemão. Desta forma, não há que se falar em prescrição, vez que não houve inércia da requerente em reaver o poder familiar da filha biológica.

No mérito, está claro nos autos a ocorrência de erro judiciário. A partir da publicação errônea do resultado que reformou a sentença de destituição do poder

Acesso ao Sumário

familiar da requerente, desencadeou-se uma sucessão de medidas equivocadas que geraram a adoção irregular da criança, que antes mesmo do trânsito em julgado da ação de destituição teve a guarda deferida ao casal alemão, tendo sido autorizada a sua viagem para a Alemanha.

O erro na divulgação do resultado ocorreu em 4/6/1998 e a retificação em 18/6/1998, sendo certo que nesse ínterim a demanda de adoção foi julgada, viabilizando a retirada da criança do País sem aguardar-se o trânsito em julgado da ação de destituição, a qual, ainda que tivesse sido confirmada em grau de recurso, o que não ocorreu, comportaria a interposição de recursos especial e extraordinário.

Portanto, não poderia a adoção ter sido deferida sem a destituição do poder familiar transitada em julgado, decisão que violou os ditames do artigo 45 do ECA:

> *Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.*
>
> *§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.*
>
> *§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.*

Como se observa, a adoção só é devida quando houver consentimento dos pais ou representante legal, ou ainda quando haja destituição do poder familiar, que no caso em tela não se confirmou em razão da reforma da sentença de primeiro grau, que num primeiro momento havia destituído a autora do poder familiar de Evelyn, mas que pelo julgamento da Câmara Especial reconheceu-se a ausência de maus tratos contra a criança.

Foi violado ainda o disposto no art. 19 do ECA que mesmo antes da alteração de sua redação em 2009 já previa a prioridade da permanência da criança na família biológica, sendo a colocação em família substituta medida excepcional. Confira-se a redação vigente à época:

> *Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.*

Desta forma, está demonstrado nos autos ocorrência de erro judiciário, tendo o magistrado de primeiro grau julgado corretamente pela procedência da presente demanda.

As provas juntadas ao processo evidenciam que a partir do erro na divulgação do julgamento da Câmara Especial, na ação de destituição do poder familiar, tal resultado teria gerado o convencimento do magistrado da Vara da

Acesso ao Sumário

Infância e da Juventude de Jundiaí a julgar pela procedência da demanda de adoção, tendo o julgador se precipitado ao deferir a guarda definitiva ao casal alemão, possibilitando a viagem da criança a outro País sem que houvesse trânsito em julgado da demanda de destituição, que por sua vez, após correção na publicação de seu resultado, verificou-se que era favorável à mãe biológica, a qual deveria ter restabelecido a guarda da filha. Ou seja, houve violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Ressalte-se ainda que se faz desnecessária comprovação nestes autos de má-fé, abuso de poder, culpa ou dolo por parte dos agentes estatais envolvidos, vez que a responsabilidade aqui tratada esta embasada na responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

É evidente a ocorrência de danos de ordem moral, sendo estes *in re ipsa*. A autora foi indevidamente privada da convivência com a filha após denúncias de maus tratos, as quais posteriormente não foram confirmadas. No entanto, sem que esgotassem os recursos pertinentes teve a criança afastada do lar e precipitadamente encaminhada a outro País, sendo incerto seu paradeiro por muitos anos, fatos que geraram muito sofrimento e angústia à requerente pela sensação de injustiça e pela ausência do convívio com a criança, fatores que ensejaram conflitos de relacionamento com os outros filhos e com o cônjuge, desencadeando até o rompimento da relação conjugal.

Os impactos gerados na vida da requerente pelo erro judiciário acarretaram prejuízos imensuráveis, pois impossível quantificar o valor de um filho, o que torna árdua a tarefa do julgador ao arbitrar indenizações em situações semelhantes ao caso concreto.

Desta forma, entendo que o valor de R$500.000,00, fixado a título de danos morais pelo magistrado sentenciante é razoável e devido, em razão dos prejuízos sofridos pela requerente ao ser injustamente separada do convívio de sua filha. O *quantum* arbitrado cumpre o objetivo de desestimular a administração na prática de atos congêneres sem, contudo, causar enriquecimento indevido à vítima. Portanto, não há que se falar em diminuição da indenização, conforme pretende a apelante, diante da imensurável angústia e abalo psicológico experimentados pela autora.

Portanto, a r. sentença foi bem lançada e suficientemente motivada, de modo que a ratifico, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cabendo apenas pequena reforma no que se refere aos juros e correção monetária, aos quais deve incidir a Lei nº 11.960/09.

Revendo posicionamento anteriormente adotado, quanto à correção monetária e juros deve ser observada a Lei nº 11.960/2009, conforme decidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, quando do reconhecimento

Acesso ao Sumário

da repercussão geral do Tema 810: "Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, com redação dada pela Lei nº 11.960/09":

"(...) As expressões uma única vez e até o efetivo pagamento dão conta de que a intenção do legislador ordinário foi reger a atualização monetária dos débitos fazendários tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. Daí porque o STF, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, teve de declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Essa declaração, porém, teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, § 12 da CRFB, incluído pela EC nº 62/09, o qual se refere tão somente à atualização de valores de requisitórios. Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor. Ressalto, por oportuno, que este debate não se colocou nas ADIs nº 4.357 e 4.425, uma vez que, naquelas demandas do controle concentrado, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não foi impugnado originariamente e, assim, a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, § 12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional (...) Ainda que haja coerência, sob a perspectiva material, em aplicar o mesmo índice para corrigir precatórios e condenações judiciais da Fazenda Pública, é certo que o julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, sob a perspectiva formal, teve escopo reduzido. Daí a necessidade e urgência em o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se especificamente sobre a questão e pacificar, vez por todas, a controvérsia judicial que vem movimentando os tribunais inferiores e avolumando esta própria Corte com grande quantidade de processos. Manifesto-me pela existência de repercussão geral da seguinte questão constitucional: A validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09." (fls. 382/383).

Tratando-se de atualização monetária antes da expedição do requisitório, a Lei nº 11.960/09 continua em pleno vigor e deve ser aplicada, conforme assentou a Suprema Corte.

Quanto aos juros de mora, conforme decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, "as normas que dispõem sobre juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do principio *tempus regit actum*" (Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.207.197/RS Rel. Min. Castro Meira j. 18.5.11). Este entendimento

Acesso ao Sumário

já havia sido consolidado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal (v. g. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 767.094/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 2.12.10; e Agravo Regimental no Recurso Especial nº 559.445/PR – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 12.6.09).

Com efeito, tem-se que se aplica aos juros moratórios a legislação vigente durante a ocorrência da mora.

Assim, os juros de mora têm por base a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/01, até a vigência da Lei nº 11.960/09, a partir de quando são cabíveis juros aplicados à caderneta de poupança. Ainda no tocante aos juros, são aplicáveis as alterações da Lei nº 12.703/2012, de 3.5.2012, nos termos do artigo 2º da referida Lei, porque esta alterou a lei que rege a remuneração da poupança.

Destarte, a correção monetária e os juros de mora devem observar a Lei nº 11.960/09, bem como do que for definido na Recuperação Geral, tema 810 do STF.

De qualquer forma, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, dá-se parcial provimento aos recursos apenas para aplicar-se aos juros e à correção monetária a Lei nº 11.960/09.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0019846-13.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de competência e declararam competente a 1ª Câmara de Direito Público, VU.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.877)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

LUCIANA BRESCIANI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, LUIS GANZERLA, RODRIGUES DE AGUIAR, TORRES DE CARVALHO, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, LEONEL COSTA, REBOUÇAS DE CARVALHO, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 19 de maio de 2017.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: ***Conflito de competência*** **– Apelação – Conflito de Competência suscitado pela C. 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público, sendo suscitada a C. 1ª Câmara de Direito Público –** ***Conflito procedente e competente a C. 1ª Câmara de Direito Público*** **– Câmara extraordinária – Prevenção – Inexistência – Inteligência do artigo 110, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Precedentes – Conexão – Ausência dos pressupostos – Descabimento – Ausência de identidade de partes, pedido e causa de pedir apta a causar prejuízo em caso de decisões conflitantes –** ***Conflito de Competência a que se julga procedente, determinada a remessa dos autos à C. 1ª Câmara de Direito Público, ora declarada competente para o feito.***

VOTO

1. Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela C. 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público desta corte, por acórdão do Exmo. Desembargador José Maria Câmara Junior, em face da 1ª Câmara de Direito Público, à qual fora originalmente distribuída a Apelação interposta contra r. sentença proferida nos autos da ação originária.

Afirma a Câmara suscitante que os julgamentos por câmara temporária ou extinta não firmam prevenção para outros feitos ou incidentes relativos à mesma causa, nos termos do art. 110 do Regimento Interno do TJSP. Por tal razão, alega que não há como a 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público promover o julgamento conjunto dos processos, ainda que reconhecida a continência entre eles.

É o relatório.

2. O presente Conflito de Competência é de ser julgado procedente,

declarando-se a competência da C. 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do recurso de apelação.

Trata-se de ação movida pela ASSOJUBS (Associação de Base dos Trabalhadores do Judiciário do Estado de São Paulo) com o fito de obter a condenação da Fazenda a promover o cumprimento do Acordo Coletivo firmado com o TJSP.

O MM. Juízo *a quo* extinguiu a ação sem exame do mérito, reconhecendo a ocorrência de litispendência.

Contra tal decisão foram interpostos recursos pelas partes, os quais foram originalmente distribuídos à 1ª Câmara de Direito Público, sob relatoria do Ilmo. Juiz substituto em segundo grau Marcos Pimentel Tamassia.

O relator, entretanto, declinou da competência e determinou a remessa dos autos à 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público, sob o fundamento de que teria se configurado a continência, em razão da distribuição da apelação nº 1011842-73.2015.8.26.0053 à câmara suscitante.

Sem razão, contudo.

Com efeito, não há como reconhecer a prevenção da 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público ante os termos do art. 110 do Regimento Interno do TJSP, *in verbis*:

> Art. 110. Os julgamentos por câmara temporária ou extinta não firmam prevenção para outros feitos ou incidentes relativos à mesma causa, nem os juízes que deles participaram tornam-se certos para os julgamentos posteriores, salvo as hipóteses de embargos de declaração, embargos infringentes no processo criminal e de conversão do julgamento em diligência.

Assim, em se tratando a suscitante de câmara temporária, não há como ter por firmada a aventada prevenção.

No mesmo sentido:

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Acidente de trânsito. Ação de condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Julgamento anterior proferido por Câmara Extraordinária, de caráter temporário. Declinação de competência em razão de prevenção. Inexistência desta, porém, conforme previsão do artigo 107 do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dúvida suscitada. Acolhimento, para ser declarada a competência da 27ª Câmara da Seção de Direito Privado.* (Conflito de Competência nº 0089410-21.2013.8.26.0000, v.u., j. 24/06/2013, Rel. Des. SEBASTIÃO FLÁVIO).

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JULGAMENTO POR CÂMARA*

Acesso ao Sumário

TEMPORÁRIA – PREVENÇÃO – INEXISTÊNCIA – O julgamento proferido por câmara extraordinária, já extinta, não firma prevenção para outros feitos ou incidentes relativos à mesma causa – Art. 107 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – Conflito de competência procedente, com determinação de remessa dos autos à 24ª Câmara de Direito Privado" (Conflito de Competência nº 0102163-10.2013.8.26.0000, v.u., j. 27/06/2013, Rel. Des. Salles Vieira).

RECURSO – Apelação – Insurgência contra sentença de ação em cujo tramitar foi interposto agravo de instrumento – Recurso-meio já julgado pela 22ª Câmara de Direito Privado "C" – Isso não induz a prevenção desta 22ª Câmara de Direito Privado – Inteligência dos arts. 102 e 107 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça – Recurso não conhecido, determinada a remessa dos autos ao Órgão competente, a 20ª Câmara de Direito Privado, agora preventa. (Apelação nº 9165916-21.2009.8.26.0000, v.u., j. 05/09/2013, Rel. Des. FERNANDES LOBO).

Locação de Imóvel. Monitória. Julgamento anterior proferido por Câmara Extraordinária de caráter temporário, a qual afastou o julgamento de primeiro grau, determinando a produção de provas. Declinação de competência em razão de prevenção. Inexistência. Artigo 107 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dúvida suscitada. Acolhimento, para ser declarada a competência da 30ª Câmara da Seção de Direito Privado. (Conflito de Competência nº 0204267-80.2013.8.26.0000, v.u., j. 16/12/2013, Rel. Des. JÚLIO VIDAL).

Cumpre observar, ainda, a ausência de continência ou de risco de prejuízo por decisão conflitante. Isso porque a apelação distribuída à câmara suscitante tem causa de pedir diversa destes autos, embora verse sobre o mesmo Dissídio Coletivo.

Trata-se, naqueles autos, de pedido calcado na responsabilidade civil do Estado pelo descumprimento do acordo coletivo, enquanto nos presentes autos o que se discute é o próprio cumprimento da avença.

Pela mesma razão, eventual acolhimento do pedido indenizatório em razão do alegado ilícito é independente do cumprimento do acordo coletivo, sobretudo em se considerando haver distinção entre as associações autoras de cada demanda, razão pela qual ausente prejudicialidade.

Não havendo identidade de partes, de causa de pedir ou de pedido, e não havendo abrangência ou amplitude do objeto daquela demanda sobre o pedido formulado nesta, não há falar em reunião dos feitos.

Portanto, por qualquer ângulo que se examine a questão, ante a inexistência de prevenção da 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público, o

Acesso ao Sumário

recurso de apelação era mesmo de ser mantido na 1ª Câmara de Direito Público, à qual livremente distribuído.

Deste modo, impõe-se o reconhecimento da incompetência da 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público e, por outro lado, competente a C. 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça, devendo o recurso de apelação ser a ela remetido.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o Conflito de Competência e declaro competente a 1ª C. Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0023107-65.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, são embargados LUZIA IVONE DE LIMA DE PETRIS, MARIA JOSÉ LEME DE ARAUJO, MARIA JOSÉ FRANCISCO GAMBI, MARIA FLORIZA VILELA TELLES, MARIA DO CARMO DE JESUS CORREA DIAS, MARIA CECÍLIA BARBOSA DO NASCIMENTO, MARIA APPARECIDA OLIVEIRA DE SOUZA, MARIA MADALENA SAMPAIO OLIVEIRA, LAZARA MARIA CECILIA LEME DE FREITAS, LARIZA DECANINI CELANO, IRACELIA SILVERIO DE OLIVEIRA, CINIRA ANTONIA MODENA, BEATRIZ MIETTO AMBROZIO, AUREA CABRAL DE VASCONCELLOS ANFE, PAULINA MODENA DE CASTRO, ANA MARIA TADEU DA SILVA, RUTH ARLETE RANCIARO DELIC, ZENILDA COSTA PIRES, YEDA MUTI FERREIRA DIAS, TEREZINHA APARECIDA PERES JUNQUEIRA, STELA TAYAR DE BIASI, SONIA DE CAMARGO MONTEIRO PEDECINO, RUTH LAMANA DE OLIVEIRA, MARIA RUTH FERNANDEZ, RUTH ANDRADE LOPES DA SILVA, ROSA FERNANDES MIGUEL, NILZA GONÇALVES ATHAYDE, NALI NICOLAS, MIRIAN AMATO e MERCEDES EDITH DE ALMEIDA SCATAMACCHIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram em parte os embargos, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.680)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS

Acesso ao Sumário

GOMES (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Embargos de Declaração. Alegação de omissão. Parcial ocorrência. Não inclusão da Gratificação por Atividade de Magistério – GAM na base de cálculo do quinquênio. No mais, finalidade exclusivamente infringente. Parcial Acolhimento.

VOTO

I. Embargos de Declaração opostos FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e pela SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV em relação ao Acórdão de fls. 384/391, que deu provimento ao recurso de Apelação interposto contra r. sentença que julgara improcedente Ação de rito ordinário movida por PAULINA MODENA DE CASTRO e outras vinte e nove servidoras estaduais aposentadas, integrantes dos quadros da Secretaria da Educação, na qual objetivam que a vantagem do adicional por tempo de serviço – "quinquênio" – , que recebem, seja calculada sobre seus proventos integrais, na forma do artigo 129 da Constituição Estadual, bem assim seja a requerida condenada a lhes pagar as parcelas atrasadas, com acréscimos legais, respeitada a prescrição quinquenal.

Nas razões (fls. 394/400), assinalam que o Aresto contém omissões, pois: a) "*não analisou a argumentação constante das contrarrazões apresentadas, no sentido de que o valor da Gratificação por Atividade de Magistério (GAM) já é apurado considerando o montante a título de adicional por tempo de serviço*." (textual – fls. 394). Deste modo, se a GAM for incluída na base de cálculo do quinquênio, haverá recíproca incidência, que é vedada pelo artigo 37, inciso XIV, da Constituição Federal; b) o benefício previsto no artigo 133, da Constituição Estadual já considera todas as parcelas dos vencimentos do servidor, inclusive o quinquênio. Assim, a incidência do quinquênio sobre o referido adicional, implica em duplicidade de cômputo do citado benefício; c) a Lei nº 11.960/09 deve ser aplicada integralmente, mesmo depois de 25.3.2015, porquanto a decisão proferida nas ADIs nºs 4.357 e 4.425 do C. STF refere-se apenas aos processos em fase de execução. Pede o acolhimento dos embargos para serem sanados os apontados vícios.

Instados a se manifestar, os embargados apresentaram impugnação aos declaratórios (fls. 407/416), pleiteando sua rejeição. Este, em síntese, o relatório.

II. Entende-se que os embargos comportam parcial acolhimento, em que pese à objeção das embargadas.

Acesso ao Sumário

O V. Acórdão de fls. 224/233 deu provimento ao recurso de MARIA CECÍLIA BARBOSA DO NASCIMENTO, MARIA JOSÉ FRANCISCO GAMBI e MERCEDES EDITH DE ALMEIDA SCATAMACCHIA, para condenar a Fazenda Estadual a proceder ao cálculo dos adicionais por tempo de serviço ("quinquênios") sobre a totalidade de seus proventos de aposentadoria, observando-se que nenhuma delas (as 3 coautoras) recebe a vantagem denominada Gratificação por Atividade de Magistério – GAM, que caso existente, não se incluiria nesse cálculo.

Referido Acórdão negou provimento ao recurso das demais coautoras, reconhecendo em relação a elas a prescrição do direito de ação (art. 269, IV, CPC/73).

Após o provimento do Recurso Especial dos autores, afastando a prescrição do fundo de direito (fls. 312/314 e 315/320), retornaram os autos a este Tribunal, tendo prosseguido o julgamento da causa em relação às coautoras PAULINA MODENA DE CASTRO, ANA MARIA TADEU DA SILVA, AUREA CABRAL DE VASCONCELLOS ANFE, BEATRIZ MIETTO AMBROZIO, CINIRA ANTONIA MODENA, IRACELIA SILVERIO DE OLIVEIRA, LARIZA DECANINI CELANO, LAZARA MARIA CECILIA LEME DE FREITAS, LUZIA IVONE DE LIMA DE PETRIS, MARIA APARECIDA OLIVEIRA DE SOUZA, MARIA DO CARMO DE JESUS CORREA DIAS, MARIA FLORIZA VILELA TELLES, MARIA JOSÉ LEME DE ARAÚJO, MARIA MADALENA SAMPAIO OLIVEIRA, MARIA RUTH FERNANDEZ, MIRIAN AMATO, NALI NICOLAS, NILZA GONÇALVES ATHAYDE, ROSA FERNANDES MIGUEL, RUTH ANDRADE LOPES DA SILVA, RUTH ARLETE RANCIARO DELIC, RUTH LAMANA DE OLIVEIRA, SONIA DE CAMARGO MONTEIRO PEDECINO, STELA TAYAR DE BIASI, TEREZINHA APARECIDA PERES JUNQUEIRA, YEDA MITI FERREIRA DIAS e ZENILDA COSTA PIRES, tendo sido provido o recurso de apelação das autoras para condenar as requeridas a proceder ao cálculo dos adicionais por tempo de serviço ("quinquênios") sobre a totalidade de seus proventos de aposentadoria. Contudo, não constou a ressalva de que a vantagem denominada Gratificação por Atividade de Magistério – GAM, constante nos proventos de algumas autoras, não se incluirá nesse cálculo. A saber: PAULINA MODENA DE CASTRO, CINIRA ANTONIA MODENA, MARIA JOSÉ LEME DE ARAÚJO, MARIA MADALENA SAMPAIO OLIVEIRA, NILZA GONÇALVES ATHAYDE, RUTH ARLETE RANCIARO DELIC e ZENILDA COSTA PIRES, respectivamente a fls. 21, 35, 71, 74, 93, 104 e 127.

Acesso ao Sumário

Assim, cumpre acolher os presentes embargos de declaração para o fim específico de alterar o item "a" da parte final da fundamentação, a fim de constar:

"a) proceder ao cálculo dos adicionais por tempo de serviço ("quinquênios") sobre a totalidade de seus proventos de aposentadoria,

ressalvada a vantagem denominada Gratificação por Atividade de Magistério – GAM, integrante dos proventos de algumas autoras;"

No mais, não chegam as embargantes a apontar concreta omissão ou algum outro aspecto tendente a configurar pressuposto de acolhimento dos embargos, não se mostrando possível, nessas circunstâncias, o recebimento do presente recurso para a finalidade infringente explicitamente afirmada. No dizer de NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, pág. 1.014), "***A infringência do julgado pode ser apenas a conseqüência do provimento dos EDcl, mas não seu pedido principal, pois isso caracterizaria pedido de reconsideração, finalidade estranha aos EDcl. Em outras palavras, o embargante não pode deduzir, como pretensão recursal dos EDcl, pedido de infringência do julgado, isto é, de reforma da decisão embargada. A infringência poderá ocorrer quando for conseqüência necessária ao provimento dos embargos. Exemplo: a sentença acolheu o pedido mas é omissa quanto à preliminar de prescrição. Opostos EDcl para suprir a omissão e o juiz entendendo que houve prescrição, dará provimento aos embargos. A conseqüência do provimento do recurso, que em seu mérito já terá sido, portanto, julgado, será a de modificar-se o dispositivo da sentença de procedência para improcedência do pedido (CPC 269 IV). Assim, o objetivo e a finalidade dos embargos não podem ser a infringência; esta encontra-se em momento posterior ao do julgamento do mérito dos embargos: na conseqüência decorrente daquilo que já foi julgado (complemento da decisão porque se supriu a omissão; aclaramento da decisão porque se resolveu a obscuridade e/ou a contradição***". De outra parte, não pode o presente recurso prestar-se a "***instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal***" (STF, E.Dcl. no R. Ex. nº 177.928-DF, j. 11.03.1997, in RTJ 164/793, Rel. o Min. CELSO DE MELLO).

Assim, acolhem parcialmente os presentes embargos de declaração para alterar o item "a" da parte final da fundamentação do V. Acórdão de fls. 384/391, a fim de constar:

"a) proceder ao cálculo dos adicionais por tempo de serviço ("quinquênios") sobre a totalidade de seus proventos de aposentadoria, ressalvada a vantagem denominada Gratificação por Atividade de Magistério – GAM, integrante dos proventos de algumas autoras;"

III. Pelo exposto, acolhem parcialmente os embargos de declaração, para a finalidade acima explicitada.

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

Acesso ao Sumário

interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0003732-78.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ERNST & YOUNG SERVIÇOS TRIBUTÁRIOS S/S, é embargado 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: Embargos de declaração parcialmente acolhidos por V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.818)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 16 de maio de 2017.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Ação declaratória – ISS – Município de São Paulo – Insurgência contra sentença que julgou procedente a ação declaratória – Sociedade civil formada por contadores – Pretendido recolhimento do imposto sob o regime de alíquota fixa, nos termos do § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68 e art. 15 da Lei Municipal nº 13.701/03 – Impossibilidade – Caráter empresarial não afastado – Alegação de erro material na fundamentação do acórdão quanto à menção de julgamento envolvendo as mesmas partes e omissão quando à prova pericial produzida nos autos – Correção do erro material na fundamentação do acórdão para constar "em situação análoga" – Inexistência de omissão – Recurso com caráter infringente – Impossibilidade de reabrir a discussão sobre ponto já apreciado na solução do litígio – Embargos de declaração acolhidos parcialmente, somente para correção do erro material, sem qualquer outra modificação no julgado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **ERNST & YOUNG SERVIÇOS TRIBUTÁRIOS SS**, em face do acórdão de fls. 1280/1289, que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de apelação do Município para julgar improcedente a ação, com inversão dos ônus de sucumbência, nos termos da ementa que segue:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória – ISS – Município de São Paulo – Insurgência contra sentença que julgou procedente a ação declaratória – Sociedade civil formada por contadores – Pretendido recolhimento do imposto sob o regime de alíquota fixa, nos termos do § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68 e art. 15 da Lei Municipal nº 13.701/03 – Impossibilidade – Caráter empresarial não afastado – Precedentes do STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça envolvendo as mesmas partes, Comarca e a mesma situação fática – Sentença reformada para julgar improcedente a ação, com inversão dos ônus de sucumbência – Recurso provido."*

Alega a embargante a ocorrência de erro material uma vez que na fundamentação do acórdão foi mencionado que já houve julgamento de ação envolvendo as mesmas partes e a mesma Comarca. Aduziu que a parte mencionada naquele julgamento (Ernst & Young Auditores Independentes SS) não se refere à embargante (Ernst & Young Serviços Tributários SS). Defendeu ainda a ocorrência de omissão quanto à prova pericial produzida na ação declaratória e requereu o acolhimento destes declaratórios para a correção do erro material e para suprir a omissão apontada nos autos e negar provimento ao recurso do Município.

É O RELATÓRIO.

Nos termos do art. 1022 do CPC/2015, os embargos de declaração têm por finalidade suprir eventuais omissões, obscuridades, contradições e/ou correção de erro material, contidas no texto das decisões judiciais, não assumindo, em regra, caráter modificativo ou infringente da decisão, de modo que o inconformismo da parte embargante não pode servir de fundamento para a sua interposição.

Assim, no caso em tela, os embargos de declaração devem ser acolhidos apenas para corrigir o erro material constante na fundamentação do acórdão relacionado à menção de julgamento de recurso envolvendo as mesmas partes e a mesma Comarca.

Com efeito, constou equivocadamente no acórdão (fls. 1287) que: "*Esse também é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça sobre a matéria, envolvendo as mesmas partes e a mesma Comarca, conforme se verifica da*

Acesso ao Sumário

ementa abaixo transcrita:"

No entanto, o correto é: "*Esse também é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça sobre a matéria, envolvendo a mesma situação fática, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita*:"

Quanto à alegação de omissão, em que pesem as alegações da embargante, não se verifica a sua ocorrência, porquanto o acórdão foi proferido levando em consideração o pacífico entendimento dos Tribunais superiores quanto à matéria ventilada na ação declaratória, qual seja, o caráter empresarial da empresa que não restou afastado.

Dispôs o acórdão que:

"*Portanto, não obstante a produção de laudo pericial contábil que concluiu pelo afastamento do caráter empresarial da sociedade, o que se verifica dos autos é que o benefício previsto no artigo 9º do Decreto- Lei nº 406/68 não é aplicável ao caso sub judice, vez que os serviços não são prestados de forma pessoal, sendo notório seu caráter empresarial*."

Verifica-se, portanto, que a embargante pretende a reforma da decisão em razão do inconformismo com o que ficou decidido e atribuindo ao presente recurso caráter infringente, o que não se admite em sede de embargos de declaração.

Nesse sentido, já se decidiu que "*São incabíveis embargos de declaração utilizados com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo julgador (RTJ 164/793)*".

Por fim, saliento que, para fins de prequestionamento, não é necessária a citação expressa de dispositivos legais e constitucionais, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "*O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido no acórdão, mas sim, que este tenha versado inequivocadamente a matéria objeto da norma que nele se contenha*" (STF-Pleno, RE 141.788/9-CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6.5.93 – DJU 18.6.93, p. 12.114, 2ª col.).

Acesso ao Sumário

Isto porque, não está a Turma Julgadora obrigada a se manifestar sobre todos os argumentos expendidos nos autos, tampouco mencionar ou utilizar dispositivos legais que não entenda fundamentais para o deslinde da causa, ou ainda incapazes de infirmar as conclusões adotadas pelo julgador (CPC/2015, art. 489, § 1º, inciso IV), somente porque foram arguidos pela parte. Portanto, se a análise de todas as questões levantadas nos autos não se mostra imprescindível para a solução da lide, não há que se falar em omissão, pois, ao decidir, pode esta Corte fundamentar de forma diferente, mesmo acolhendo a tese de uma das partes, o que não implica em omissão passível de embargos de declaração.

Pelo exposto, **acolhem-se em parte os embargos de declaração** apenas para correção do erro material, mantendo-se, no mais o julgamento anterior, sem

qualquer outra modificação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 3000213-44.2013.8.26.0601/50000, da Comarca de Socorro, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado LUIS CLAUDIO GUIMAREY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.073)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 26 de maio de 2017.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Alegação de omissão – Inexistência – Dificuldade de compreensão – Possibilidade:

– Evidenciada a dificuldade do embargante na compreensão da motivação do acórdão, urge esclarecer para melhor cumprimento do julgado.

VOTO

RELATÓRIO

Alega a embargante (fls. 188/200) a existência de erro material quanto ao polo passivo, pois este é ocupado pela SPPREV, e não pela Fazenda. Também houve contradição, porque, inicialmente, o acórdão parece acolher a tese da ré, em consonância com o RE 590.260. Mas no decorrer da decisão constam observações que ora entendem pela observância da regra de transição da EC 47/05, ora entendem pela sua não observância. Em nenhum momento negou-se o direito à aposentadoria especial do servidor. O debate diz respeito à forma de cálculo dessa aposentadoria, que a ré entende deve obedecer ao critério da média das remunerações. A ré se insurge contra a integralidade e a paridade. O autor não cumpriu os requisitos de transição do art. 3º da EC 47/05. Também se omitiu o acórdão quanto à ADI 2198144-61.2015.8.26.0000, que, em seus fundamentos

Acesso ao Sumário

determinantes, entendeu pela revogação da paridade e integralidade pela EC 41/03. Inaplicável a ADI 3817.

FUNDAMENTOS

1. A embargante não se conformou com o decidido e está agora buscando reforma, efeito que não têm os embargos de declaração.

Ora, se não concorda com a decisão, deve a recorrente 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, contradição ou erro material, 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 da embargante.

Os embargos de declaração também não se prestam para mero reforço de prequestionamento, não tendo cabimento quando a questão foi decidida no acórdão.

2. Não houve erro material, pois a apelação foi interposta em nome da SPPREV e da Fazenda (fls. 130/142).

Também não houve contradição, pois o acórdão é claro ao afirmar que esta relatora alterou seu entendimento, de modo que apenas ressalvou o anterior.

Igualmente, a decisão defende a aplicação da EC 47/05 aos servidores excluídos do regramento geral da EC 41/03, entre eles aqueles que se beneficiam da aposentaria especial, observado que foi a mesma EC 47/05 que deu a atual redação do par. 4º do art. 40 da Constituição Federal.

As regras da EC 47/05 que não se aplicam aos beneficiados com a aposentadoria especial são somente aquelas dos incisos I, II e III do seu art. 3º, uma vez que voltadas exclusivamente ao tempo de serviço e de contribuição da aposentadoria comum, o que as torna logicamente incompatível.

A aposentadoria especial nada mais é do que a obtenção dos mesmos direitos da aposentadoria comum com menos tempo de serviço e de contribuição. Portanto, disposições voltadas ao tempo de serviço e de contribuição maior não se aplicam ao tempo de serviço e de contribuição menor, por incompatibilidade lógica.

Acesso ao Sumário

No mais, inclusive na integralidade e paridade ressalvadas para todos os servidores que ingressaram no serviço público antes de 16.12.1998, no *caput* do seu art. 3º, a EC 47/05 se aplica.

Quanto à ADI 2198144-61.2015.8.26.0000, foi ela julgada improcedente em 3.8.2016 sem análise do mérito, pois o pedido era de declaração de inconstitucionalidade do Item II da Instrução Conjunta UCRH/SPPrev nº

03/2014, norma não autônoma de caráter infralegal, o que impedia a análise na via do controle abstrato.

Somente o dispositivo da decisão é vinculante, de modo que a fundamentação da referida ADI não altera o presente julgado.

Também inaplicável à presente hipótese o decidido na ADI 3817 cujo mérito foge ao escopo dos embargos de declaração. Mas ainda que assim não fosse, tal julgado não foi utilizado como fundamento para o acórdão embargado, mas como mero *obter dictum* de julgados que aplicaram o mesmo raciocínio, ou seja, foi utilizado como simples reforço argumentativo à conclusão de que os tribunais superiores entendem recepcionada a LC 51/85, este sim o fundamento do julgado.

Mesmo assim, os presentes embargos mostram que o acórdão não foi suficientemente claro para espancar todas as dúvidas do embargante, de forma que **os acolho para deixar esclarecido** que os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 47/05 se aplicam à aposentadoria especial e conferem integralidade e paridade para aqueles que ingressaram no serviço público antes de 16.12.1998, só não se lhes aplicando os incisos I, II e III, logicamente incompatíveis por visarem exclusivamente o maior tempo de serviço e de contribuição da aposentadoria comum.

Destarte, pelo meu voto, acolho os embargos sem alteração do resultado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0030268-67.2013.8.26.0071/50001, da Comarca de Bauru, em que são embargantes ROQUE JOSE FERREIRA (E OUTROS(AS)) e PAULO SERGIO MARTINS, são embargados PREFEITURA MUNICIPAL DE BAURU, EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO E RURAL DE BAURU EMDURB, RODRIGO ANTONIO DE AGOSTINHO MENDONÇA e TRANSPORTE COLETIVO GRANDE BAURU LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Fica acolhido o segundo recurso de embargos de declaração para o fim de sanar erro material contido no julgamento do primeiro embargos de declaração e fica rejeitado o primeiro recurso de embargos de declaração. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.717)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS

Acesso ao Sumário

FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 6 de junho de 2017.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Embargos de declaração opostos para sanar erro material dos primeiros embargos de declaração. Erro material presente por ter constado no corpo do julgamento publicação de acórdão referente à Apelação e não dos embargos de declaração. Embargos acolhidos para afastar o erro e fazer constar o julgado correto, referente aos embargos de declaração, que ficam rejeitados – Pretensão da embargante é prequestionar toda matéria suscitada, bem como, de que seja dado efeitos infringentes ao recurso de embargos de declaração – Impossibilidade – OS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SÃO ACOLHIDOS PARA RETIFICAR ERRO E FAZER CONSTAR JULGADO REFERENTE AOS PRIMEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OS QUAIS FICAM REJEITADOS.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Roque José Ferreira em outros em face da Municipalidade e outros contra o acórdão de fls. 566/571.

Afirma que há omissões/contradições a serem sanadas no julgado, mas praticamente reiterando as razões do recurso de apelação interposto, e insistindo na ausência de previsão legal da prorrogação do contrato, pretendendo, ao final, a nulidade do ato praticado.

É o Relatório.

O presente recurso de embargos de declaração opostos devem ser acolhidos em virtude de erro material constante do acórdão, posto que constou no julgado erroneamente o julgamento de apelação em lugar do julgamento dos próprios embargos de declaração.

Assim, esses embargos de declaração são acolhidos para retificar o erro material e agora fazer constar o julgamento dos primeiros embargos de declaração, nos seguintes termos:

"Trata-se de embargos de declaração opostos por ROQUE JOSE FERREIRA E PAULO SERGIO MARTINS em face PREFEITURA MUNICIPAL

Acesso ao Sumário

DE BAURU, EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO E RURAL DE BAURU EMDURB, RODRIGO ANTONIO DE AGOSTINHO MENDONÇA E TRANSPORTE COLETIVO GRANDE BAURU LTDA, contra o acórdão de fls. 545/551 que julgou, por unanimidade julgou desprovido o recurso de apelação.

Nas razões dos embargos de declaração (fls.558/561), afirma que há omissões/contradições a serem sanadas no julgado, mas praticamente reiterando as razões do recurso de apelação interposto, e insistindo na ausência de previsão legal da prorrogação do contrato, pretendendo, ao final, a nulidade do ato praticado.

É o relatório.

Os embargos devem ser rejeitados.

Em que pese à boa argumentação apresentada pela embargante, é o caso de manter a decisão proferida em acórdão.

O acórdão atacado não contém nenhum vício capaz de ensejar a oposição dos presentes embargos declaratórios posto que a decisão atacada foi devidamente fundamentada e analisou os elementos propostos pelo autor.

Segundo o que reza o artigo 1.022, do Novo Código Civil, *cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:*

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Não foi apontado nenhum dos requisitos para o cabimento dos embargos, conforme o dispositivo processual civil acima transcrito.

A decisão está suficientemente clara, fundamentada e explicitada. Assim, não há razão a embargante, conforme já decidido o E. STJ:

> *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os embargos de declaração, ainda que opostos com o objetivo de prequestionamento visando à interposição do apelo extraordinário, não podem ser acolhidos quando inexistentes omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida"* (STJ 3ª S. Edcl. no MS 11.484/DF Rel. Paulo Gallotti DJ 2.10.2006).

Efetivamente, restou bem enfrentada a questão ora posta pelo v. acórdão atacado:

"Quanto aos requisitos específicos da ação popular são: **a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a ser impugnado, a lesividade causada pelo ato ao patrimônio público** e, ainda, um requisito peculiar no que se refere à legitimidade ativa, pois que a ação popular só pode ser proposta por cidadão brasileiro.

Então, pode-se dizer que, na ação popular, o binômio ilegalidade-lesividade configura pressuposto elementar à sua admissibilidade, não podendo ser presumido para ser julgada procedente. Ou seja, não se admite a

Acesso ao Sumário

presunção de existência de ilegalidade-lesão em ação popular para condenar os réus a ressarcir ao erário se não houve, efetivamente, comprovação de lesão aos cofres públicos.

Na dinâmica processual da presente ação popular, o Juízo *a quo*, ao sentenciar entendeu que não se verificou a condição de ato lesivo praticado pelos requeridos e, assim extinguiu o processo por ausência de prova da existência do dano ao erário. E, nessa parte a sentença há de prevalecer porque, realmente, não ficou efetivamente, comprovada a ilegalidade e a lesividade apontada pelos autores, que ensejaria o prosseguimento da ação popular com consequente procedência."

E mais:

"Quanto à formalização do Plano de Mobilidade com apoio de assessoria externa e, consequente lesividade ao erário, da mesma forma, não há prova nos autos que venha comprar respectiva lesão. Conforme se extrai da fls. 48 dos presentes autos – "Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 3592/02" – não houve uma prorrogação contratual, mas sim a dilatação do prazo em virtude do restabelecimento do equilíbrio econômico- financeiro, que de fato, como bem salientou a ré Transporte Coletivo Grande Bauru Ltda., dessa forma, possui natureza jurídica diversa da prorrogação – fls. 300."

E igual sentido, ainda, o brilhante parecer da Procuradoria de Justiça, tendo o I. Promotor de Justiça designado Mario Yamamura opinado pelo improvimento recursal.

Assim, a matéria restou esgotada e analisada no v. acórdão atacado. E, como bem esclarecem Fredie Diddier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *os casos previstos para manifestação dos embargos declaratórios são específicos, de modo que somente são admissíveis quando houver obscuridade, contradição ou omissão em questão (ponto controvertido) sobre a qual deveria o juiz ou tribunal pronunciar-se necessariamente. Os embargos de declaração são espécie de recurso de fundamentação vinculada.* (Curso de Direito Processual Civil, pp. 181).

No que tange ao prequestionamento, conforme explicitado acima, o E. STJ já decidiu que os embargos de declaração são cabíveis somente quando presentes os requisitos legais.

Importante mencionar que o Novo Código de Processo Civil expressamente prevê que:

> ***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 existente erro, omissão, contradição ou obscuridade.*

Portanto, no recurso de embargos de declaração não foi apresentado qualquer argumento novo capaz de modificar o conteúdo da decisão, pelo que fica reiterada sua fundamentação. **Ressalve-se que a matéria suscitada nos embargos de declaração fica prequestionada**.

Acesso ao Sumário

Posto isto, **REJEITA-SE** os embargos."

Posto isto, **FICAM ACOLHIDOS** os segundos embargos de declaração opostos para o fim de sanar erro material contido no julgamento do primeiro embargos de declaração opostos. E **FICAM REJEITADOS** os primeiros embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1003235-41.2015.8.26.0451/50000, da Comarca de Piracicaba, em que são embargantes ARNALDO PELEGRINI e FABIANA GOMES NASCIMENTO, é embargado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.782)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 25 de maio de 2017.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Herdeiros de servidora pública estadual falecida que buscam o recálculo da sexta- parte e do adicional por tempo de serviço a que fazia jus a servidora e o pagamento de diferenças salariais dele decorrentes. Alegação de que o acórdão foi omisso em relação ao *dies a quo* relativo ao pagamento das diferenças salariais. Omissão verificada. Ação anteriormente ajuizada pela própria servidora que foi extinta sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva. Despacho que ordenou a citação nessa primeira ação que teve o condão de interromper o fluxo do prazo prescricional. Art. 202, I do Código Civil c.c. art. 219, § 1º do CPC/73. Segunda ação que foi ajuizada quatro meses após o trânsito em julgado da primeira. Autores que buscam débito que compõe o acervo hereditário da servidora. Prescrição do fundo do direito não

Acesso ao Sumário

operada. Marco inaugural da prescrição: primeiro dia do quinquênio anterior ao ajuizamento da primeira ação. Servidora que mantinha com o Estado de São Paulo relação de trato sucessivo. Incidência da Súmula 85 do STJ.

Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão de turma julgadora desta 10ª Câmara de Direito Público que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso da ré, ora embargada.

Em suas razões, os embargantes declaram que opõem o presente recurso porque o acórdão foi omisso em relação à fixação do termo inicial da condenação. Afirmam que o pronunciamento expresso se faz necessário, para que não haja problemas na liquidação da sentença. Alegam que ex-servidora pública ingressou com ação para recálculo dos quinquênios e sexta-parte em 10/01/2011 e que referida ação foi extinta sem julgamento do mérito, pois não fora movida em face da SPPREV, que é quem deveria figurar no polo passivo da lide. Assim, o termo inicial da condenação deve ser considerado como 10/01/2006, pois o ajuizamento de tal ação interrompeu a prescrição. Desse modo, não deve ser considerada a data da propositura da presente ação e sim a data da propositura da anterior, de nº 0000459-27.2011.8.26.0451.

Embargos tempestivos.

A embargada apresentou contrarrazões (fls. 13/16).

É O RELATÓRIO.

"Como cediço, os embargos não são hábeis a adequar a decisão ao entendimento do embargante, mas sim para afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão" (EDcl no AgRg nos EDcl no RESP 597739/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 08/11/2004, grifos meus).

O Novo Código de Processo Civil acrescentou ao rol de hipóteses de cabimento dos embargos, a ocorrência de erro material (art. 1.022, III).

Os embargantes alegam que o julgado foi omisso porque não fixou o termo inicial da condenação da Fazenda ao pagamento das diferenças salariais. Isso porque não considerou a informação trazida aos autos de que a ex-servidora falecida já havia ajuizado ação anteriormente e que, embora o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, a propositura de tal ação teria interrompido o prazo prescricional.

Acesso ao Sumário

De fato, o acórdão não abordou a questão, razão pela qual passa a ser enfrentada.

Os autores, ora embargantes, são esposo e filha de servidora estadual inativa falecida. Ajuizaram a presente ação em busca do recálculo do adicional por tempo de serviço e da sexta parte dos proventos que eram recebidos pela servidora, a fim de receber as diferenças salariais daí provenientes. A ação foi ajuizada em 13/03/2015.

Ocorre que meses antes, em 14/11/2014, uma ação anterior ajuizada pela própria servidora aposentada, cuidando da mesma pretensão, transitou em julgado (nº 0000459-27.2011.8.26.0451).

Em primeira instância, esta primeira ação foi julgada procedente. Porém, na segunda instância foi dado provimento à apelação da Fazenda do Estado de São Paulo e o processo foi extinto sem julgamento do mérito, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva da Fazenda Estadual. O ajuizamento desta primeira ação se deu em 10/01/2011.

O art. 219 do CPC/73, que vigia na ocasião, dispunha que a citação válida interrompia a prescrição. Seu § 1º determinava que a interrupção da prescrição retroagisse à data da propositura da ação.

Tais regras devem ser balizadas com as dispostas no *caput* e inciso I do art. 202 do Código Civil, segundo as quais a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á pelo despacho do juiz (mesmo incompetente) que ordene a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.

Por outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a citação válida, mesmo que operada em processo extinto sem julgamento do mérito, possui o condão de interromper a prescrição, salvo nos casos do art. 267, II e III do CPC/73.

Confira-se o teor do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no AgRg no Ag nº 1.385.531/MS (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 13/05/2011):

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO". AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO ACIDENTE PESSOAL. AJUIZAMENTO DE ANTERIOR DEMANDA, COM CITAÇÃO VÁLIDA, EM FACE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO ANTE A ILEGITIMIDADE PASSIVA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que a citação válida, excepcionando-se as causas do art. 267, II e III, do Código de Processo Civil, interrompe a prescrição.
>
> 2. Na presente hipótese, mesmo tendo sido extinta a ação de cobrança de indenização securitária anteriormente proposta em face da Caixa

Acesso ao Sumário

Econômica Federal, a citação válida naquela demanda possui o condão de interromper a prescrição, mormente ante o fato de aquela empresa pública ser detentora do controle acionário da Caixa Seguradora S/A, o que atrai ao consumidor a aparência de correta propositura da anterior ação.

3. Agravo regimental não provido".

Os seguintes julgados também apresentam o mesmo entendimento: AgRg no REsp nº 806.852/PR, Rel. Min. Gilson Dip, DJ 08/05/2006; EDcl nos EDcl no REsp nº 510211/MG, Rel. Min Francioulli Neto, DJ 28/03/2005 e REsp nº 511.121/MG, Rel. Min, Luiz Fux, DJ 1º/03/2004.

Ressalte-se que é razoável que o exercício da pretensão na primeira demanda seja utilizado como marco interruptivo da prescrição, tendo em vista que até mesmo o juiz de primeira instância que nela atuou considerou os pedidos procedentes.

É importante frisar que, no presente caso, mesclam-se as regras constantes do art. 1º do Decreto 20.910/32[1] (prescrição do fundo do direito) e da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça[2] (prescrição aplicada às relações de trato sucessivo).

Isso porque a primeira ação foi ajuizada pela própria servidora e sua relação com o Estado, devedor da obrigação pleiteada, caracterizava-se como de trato sucessivo, atraindo a aplicação da referida súmula. A segunda ação, por sua vez, foi ajuizada pelos herdeiros da servidora. Como não se tratam de pensionistas, verifica-se que o que buscam é o pagamento de dívida que compõe o acervo hereditário da servidora, incidindo no caso a prescrição do fundo do direito.

Interrompido o prazo prescricional, recomeça a correr, pela metade, da data do ato que o interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo (art. 9º do Decreto 20.910/32).

A segunda ação foi ajuizada quatro meses após o trânsito em julgado da primeira.

Portanto, não se pode falar que prescreveu o fundo do direito reclamado, uma vez que os autores (herdeiros) tinham dois anos e meio para ajuizar nova ação após o trânsito em julgado da primeira ação.

Assim, verifica-se que o marco inaugural da condenação da Fazenda ao

Acesso ao Sumário

1 *"Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. Art. 9º A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo."*

2 *"Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação."*

pagamento das diferenças salariais pleiteadas é o primeiro dia do quinquênio que antecede o ajuizamento da primeira ação (nº 0000459-27.2011.8.26.0451), ou seja, 10/01/2006.

Ante o exposto, pelo meu voto, **ACOLHO** os embargos, para suprir a omissão apontada.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2252631-44.2016.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é impetrante ALCIR JOSÉ DE OLIVEIRA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO CORREGEDOR PERMANENTE DA SEÇÃO ADMINISTRATIVA DE DISTRIBUIÇÃO DE MANDADOS DA COMARCA DE OURINHOS.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Carlos Alberto Barbosa Ferraz e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.652)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – OFICIAL DE JUSTIÇA – FALTA DISCIPLINAR CONSISTENTE NO ATRASO EM EFETIVAR CARGAS ELETRÔNICAS DE MANDADOS – APLICADA PENA DE SUSPENSÃO POR INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 241, INCISOS III, XIII e XIV DA LEI Nº 10.621/68.

COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE – Compete ao MM. Juiz Corregedor Permanente do Setor de Distribuição de Mandados a correição dos Oficiais de Justiça vinculados ao referido Setor – Inteligência do artigo 4º, § 1º, do Provimento C.S.M. nº 2.094/2013.

SUPOSTO INTERESSE PESSOAL – Inexistência

Acesso ao Sumário

de interesse pessoal, mas de caráter funcional da autoridade coatora na solução do processo disciplinar – Julgamento pelo Juiz Corregedor Permanente do Setor de Mandados respaldado pelo artigo 15 das N.S.C.G.J.

CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – Levantamento de cargas efetuadas por outros Oficiais de Justiça – Prova irrelevante para o desate, já que a mesma falta cometida por outros funcionários não justificaria afastamento da pena cominada ao impetrante, apenas importando dever de ofício de, em processos autônomos, aplicar-se penas similares aos demais.

Inexistente afronta a direito líquido e certo - Segurança denegada.

VOTO

Vistos

1. RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do MM. Juiz de Direito Corregedor Permanente da Seção Administrativa de Distribuição de Mandados da Comarca de Ourinhos - SP, consistente na aplicação de pena administrativa de suspensão por 90 (noventa) dias ao impetrado, por infração aos deveres funcionais previstos no artigo 241, incisos III, XIII e XIV da Lei nº 10.621/68 (fls.69/76).

Aduziu o impetrante, em síntese:

a) incompetência da autoridade coatora para aplicação da pena, à vista do artigo 3º do Provimento C.S.M. nº 2.094/2013;

b) nulidade por ausência de imparcialidade, pois o Juiz Corregedor do Setor de Distribuição de Mandados teria interesse direto no resultado do processo disciplinar;

c) cerceamento de defesa no procedimento administrativo, face à redução da amplitude da prova requerida pelo impetrante.

Indeferida a liminar postulada (fls. 104/106), a autoridade coatora prestou informações (fls. 111/114) e a d. Procuradoria Geral de Justiça parecer (fls. 117/120).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

O impetrante, Oficial de Justiça lotado na 2ª Vara Cível da Comarca de

Acesso ao Sumário

Ourinhos, teve instaurado contra si processo administrativo disciplinar, tendo em vista atrasos na carga eletrônica de mandados, além do prazo normativo de 48 (quarenta e oito) horas (fls.20/21).

Processado regularmente, com apresentação de defesa e produção de provas (fls.22/67), culminou com a decisão - ato contra o qual é impetrado este *writ* - nos termos seguintes:

> *"Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE o processo administrativo disciplinar, e APLICO ao Oficial de Justiça ALCIR JOSÉ DE OLIVEIRA a pena de suspensão pelo prazo de 90 (noventa) dias, com fundamento no artigo 251, inciso II, 251 e 254 da Lei 10.621/68, por violação dos deveres funcionais previstos no artigo 241, inciso III, XIII, XIV, do mesmo diploma legal"* (fls. 75).

Desde logo é de se afastar a alegada incompetência da autoridade coatora para aplicar penalidade ao impetrado.

Tratando-se de falta disciplinar relativa à não efetivação de carga eletrônica de mandados no prazo previsto pela norma pertinente - e não no cumprimento dos referidos mandados - é inequívoca a competência do Juiz Corregedor afeto ao Setor de Distribuição de Mandados, conforme artigo 4º, § 1º, do Provimento nº 2.094/2013, *verbis:*

> *"Artigo 4º- Os Oficiais de Justiça atualmente lotados nas Varas das Comarcas e do Foro Distrital relacionados no artigo 1º, serão remanejados para as novas Seções, não havendo mais especialização, competindo-lhes o cumprimento de todos os atos judiciais a elas relativos.*
>
> ***§ 1º - Os Oficiais de Justiça ficam subordinados hierarquicamente aos Juízes de Direito Corregedores das unidades criadas****, que disciplinarão os plantões."* (destaquei em negrito).

Frise-se, conforme inteligência do artigo 3º, parágrafo único, da mencionada norma, a competência somente seria do Juiz Corregedor Permanente da Vara Judicial em que lotado o impetrante, caso a falta disciplinar estivesse relacionada com o cumprimento da ordem emanada por aquele juízo e contida no mandado:

> *"Artigo 3º – As unidades criadas ficarão subordinadas aos Juízes de Direito designados pela Presidência.*
>
> *Parágrafo Único – **Os Juízes de Direito Corregedores das Varas** atendidas pelas Seções Administrativas de Distribuição de Mandados **responderão pela função correcional dos atos praticados pelos Oficiais de Justiça no cumprimento dos mandados expedidos pelas respectivas Varas."*** (destaquei em negrito).

E é evidente que o Juiz Corregedor da Vara Judicial não poderia aplicar pena por falta funcional relativa a atos que sequer poderia fiscalizar, visto que a

Acesso ao Sumário

distribuição e carga de mandados é realizada por setor autônomo.

Deste modo, o Juiz Corregedor do Setor de Distribuição de Mandados, dita autoridade coatora, é competente para julgar os processos disciplinares referentes aos atos afetos à sua esfera de fiscalização - *in casu*, a carga dos mandados.

De outra banda, não há falar em ilegalidade no julgamento de processo administrativo disciplinar pelo Juiz Corregedor da unidade afeta às atribuições que lhes são próprias e no que toca a funcionário que, na prática dos atos respectivos, a ele se subordina diretamente, ou seja, Oficial de Justiça que postergou a carga eletrônica de mandados, sobretudo porque há expressa imposição normativa para tanto (artigo 15 das N.S.C.G.J.[1] e artigo 3º, parágrafo único, do Provimento nº 2.094/2013).

E o interesse da autoridade coatora de modo algum se afigura pessoal, como quer fazer crer o impetrante, mas de legítimo caráter funcional na correta consecução dos serviços atribuídos à unidade sob seu gerenciamento.

Portanto, tratou-se de autoridade administrativa, instruindo e julgando processo administrativo e, ao fazê-lo, aplicou penalidade puramente administrativa e específica às suas atribuições, no exercício de atividade administrativa anômala, como comum nas três esferas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Consigne-se, ainda, que o parcial deferimento do pedido de levantamento das cargas efetivadas pelos demais Oficiais de Justiça não constituiu cerceamento de defesa, pois, parcial ou totalmente produzida, é na verdade de todo irrelevante para a solução do processo disciplinar em questão.

Com efeito, igual falta disciplinar praticada pelos demais Oficiais de Justiça, ainda que reiteradamente, não teria o condão de justificar ou atenuar a sanção imposta ao impetrante, somente impondo à autoridade coatora o dever de ofício de aplicar, aos demais funcionários faltosos, pena similar em procedimentos disciplinares autônomos.

Por fim, não é demasiado asseverar que ausente qualquer ilegalidade e estando fundamentada a decisão, seu conteúdo não pode ser alterado por provimento jurisdicional, pois isso implicaria em inadmissível ingerência do Judiciário no mérito administrativo.

Isto posto, não se caracterizando qualquer afronta a direito líquido e certo do impetrante, impõe-se a denegação da segurança.

Custas e despesas processuais pelo impetrante, nos termos da lei, não havendo condenação em honorários advocatícios, a teor do artigo 25 da Lei nº

Acesso ao Sumário

1 "Art. 15. As apurações preliminares, as sindicâncias e os processos administrativos relativos ao pessoal das serventias judiciais serão realizados pelos Juízes Corregedores Permanentes a que, na atualidade do procedimento, estiverem subordinados os servidores".

12.016/2009.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a segurança.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1004151-15.2016.8.26.0201, da Comarca de Garça, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido LUCAS GABRIEL PIVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.078)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 2 de maio de 2017.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Expedição da Carteira Nacional de Habilitação definitiva – Restrição em razão de infração de natureza administrativa – Impossibilidade – A concessão da permissão para dirigir pelo lapso temporal de um ano tem por finalidade verificar se o condutor estará apto a dirigir o veículo com segurança, respeitando os objetivos básicos de educação para o trânsito – Ausência de previsão legal com relação às infrações eminentemente administrativas, cujas condutas não revelam atitudes temerárias dos motoristas ao volante, razão pela qual não podem obstar a expedição de CNH definitiva – Reexame necessário não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Lucas Gabriel Piva**

Acesso ao Sumário

contra ato do **Diretor da 48ª Ciretran de Garça**, no qual postula que seja excluída de seu prontuário de condutor a pontuação referente ao Auto de Infração nº 3P004076-0 para que possa ser emitida sua carteira nacional de habilitação definitiva.

Deferida a liminar (f. 35), a r. sentença concedeu a segurança para determinar que a autuação reportada na inicial não seja óbice para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação definitiva (f. 71/72).

Ausentes recursos voluntários subiram os autos em razão do disposto no §2º do artigo 14 da Lei nº 12.016/2009.

É o relatório.

O mandado de segurança tem por objeto a obtenção de Carteira Nacional de Habilitação definitiva, cuja emissão foi obstada pela autoridade impetrada em razão de constar do prontuário de condutor do impetrante o Auto de Infração nº 3P004076-0 imposta em razão de não ter sido efetuado registro de veículo no prazo de 30 (trinta) dias.

Verifica-se que a autoridade de trânsito impediu a expedição da CNH do impetrante em razão do cometimento de infração tipificada no artigo 233 do Código de Trânsito Brasileiro:

> *"Art. 233. Deixar de efetuar o registro de veículo no prazo de trinta dias, junto ao órgão executivo de trânsito, ocorridas as hipóteses previstas no art. 123:*
>
> *Infração - grave;*
>
> *Penalidade - multa;*
>
> *Medida administrativa - retenção do veículo para regularização."*

A recusa da expedição da CNH definitiva teve como fundamento o artigo 148, §3º, do Código de Trânsito:

> *"Art. 148. Os exames de habilitação, exceto os de direção veicular, poderão ser aplicados por entidades públicas ou privadas credenciadas pelo órgão executivo de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º A Carteira Nacional de Habilitação será conferida ao condutor no término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média."*

Acesso ao Sumário

Conforme entendimento jurisprudencial, a concessão da permissão para dirigir pelo lapso temporal de um ano tem por finalidade verificar se o condutor estará apto a dirigir o veículo com segurança, respeitando os objetivos básicos de educação para o trânsito.

E nesse sentido é o decidido pela Segunda Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 05/05/2015, do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 662189/RS, relatora a Eminente Ministra Assusete Magalhães:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DEFINITIVA. INFRAÇÃO DE NATUREZA GRAVE, COMETIDA POR DETENTOR DE PERMISSÃO PARA DIRIGIR. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE VEÍCULO, NO PRAZO LEGAL (ART. 233 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO DE BRASILEIRO). FATO QUE NÃO É SUFICIENTE PARA OBSTAR A EXPEDIÇÃO DA CNH. INFRAÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 148, § 3°, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA SÚMULA VINCULANTE 10, DO STF. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. De acordo com a orientação jurisprudencial predominante no STJ, não é razoável impedir o condutor de obter a habilitação definitiva, em razão de falta administrativa que não esteja relacionada com a segurança do trânsito, tal como ocorreu, no caso em tela, em que o condutor deixou de efetuar o registro da propriedade do veículo, no prazo de trinta dias, nos termos do art. 233 do CTB. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 544.004/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 520.462/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de

13/08/2014; STJ, AgRg no REsp 1.231.072/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/05/2012; STJ, AgRg no AREsp 262.219/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/02/2013).

II. Diante da diversidade de natureza das infrações às quais o Código de Trânsito Brasileiro comina as qualidades de graves e gravíssimas, deve-se fazer a interpretação teleológica do citado dispositivo, pois o objetivo da lei é que o cidadão esteja apto ao uso do veículo, habilitado à direção segura, que não ofereça risco à sua integridade, nem à de terceiro, e que não proceda de forma danosa à sociedade.

Acesso ao Sumário

III. A interpretação de norma infraconstitucional, ainda que extensiva e teleológica, em nada se identifica com a declaração de inconstitucionalidade, efetuada mediante o controle difuso de constitucionalidade.

IV. Considerando que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 148, § 3°, do CTB, tampouco o afastamento deste, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie, não há que se falar em violação à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, e muito menos à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal.

V. O Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável, inclusive, quando fundado o Recurso Especial na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

VI. Agravo Regimental improvido.

Também nesse sentido tem julgado este C. Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRÂNSITO – CNH – NEGATIVA – PERMISSIONÁRIO – INFRAÇÃO DE NATUREZA GRAVE – FALTA DE EQUIPAMENTO OBRIGATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO À OBTENÇÃO DA CNH DEFINITIVA. Infração administrativa de trânsito, imposta em razão do veículo, não relacionada à condução do veículo e à segurança no trânsito, ainda que seja de natureza grave, não obsta a concessão da habilitação definitiva. Precedentes do STJ. Segurança concedida. Sentença mantida. Reexame necessário desacolhido. (Apelação Cível nº 1001998-73.2015.8.26.0482, 9ª Câmara de Direito Público, j. 03/09/2015, Des. Rel. Décio Notarangeli).

Apelação Cível e Reexame Necessário – Mandado de Segurança – Bloqueada a expedição da Carteira Nacional de Habilitação Definitiva – Infração de natureza administrativa e dirigida ao proprietário do veículo – Afastada a aplicação do artigo 148, §§ 3º e 4º do CTB, pois a infração não se refere a aptidão técnica do impetrante. Recursos desprovidos. (Apelação Cível nº 1014110-11-2014.8.26.0482, 7ª Câmara de Direito Público, j. 31/08/2015, Des. Rel. Eduardo Gouvêa).

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE CNH DEFINITIVA – PRÁTICA DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO, DE NATUREZA ADMINISTRATIVA, DURANTE O PERÍODO DE

Acesso ao Sumário

VIGÊNCIA DE PERMISSÃO PARA DIRIGIR – PENALIDADE INSUFICIENTE PARA OBSTAR A CONCESSÃO DE CNH DEFINITIVA.

1. A permissão de dirigir está condicionada, durante a vigência, ao cumprimento das regras especificadas no artigo 148 do Código de Trânsito Brasileiro e que devem ser observadas pelo condutor.

2. A anotação no prontuário, relativamente à prática de infração de trânsito, de natureza, meramente, administrativa, não pode obstar a concessão de carteira de habilitação definitiva.

3. Precedentes da Jurisprudência do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça.

4. Sentença de concessão da ordem impetrada, em mandado de segurança, mantida.

5. Recursos oficial e de apelação, desprovidos. (Apelação Cível nº 4005313-84.2013.8.26.0302, 27/08/2015, Des. Rel. Francisco Bianco).

Soma-se a isso, ainda, que à falta de previsão legal específica com relação às infrações eminentemente administrativas – cujas condutas não revelam atitudes temerárias dos motoristas ao volante –, não é possível que se impeça, com esta motivação, a expedição de CNH definitiva.

Assim, deve ser afastado o óbice para a emissão da CNH definitiva do impetrante, já que a infração do artigo 233 do Código de Trânsito Brasileiro ("*Deixar de efetuar o registro de veículo no prazo de trinta dias, junto ao órgão executivo de trânsito, ocorridas as hipóteses previstas no art. 123*") trata-se de infração de natureza estritamente administrativa e que não está relacionada à aptidão do motorista ou à segurança do trânsito.

Verifica-se, portanto, que a decisão apelada apresenta-se como solução correta e adequada ao caso trazido nos presentes autos, razão pela qual deve ser mantida.

O caso, assim, é de negar provimento ao reexame necessário nos autos da ação impetrada por **Lucas Gabriel Piva** contra ato do **Diretor da 48ª Ciretran de Garça** (Processo nº 1004151-15.2016.8.26.0201 – 1ª Vara da Comarca de Garça, SP).

Resultado do julgamento: negaram provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7006374-98.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROUGLAS FELIPE DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para, nos termos do Acórdão, determinar que o prazo de validade do mandado de prisão a ser expedido tenha por início o trânsito em julgado da condenação para a acusação. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.779)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 20 de abril de 2017.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Execução penal. Mandado de prisão. Validade para seu cumprimento. A contagem do lapso prescricional aplicável – pretensão executória – deve ter por termo inicial o trânsito em julgado da condenação para a acusação. Inteligência do art. 112(I), do CP. Recurso defensivo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que, depois de converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime intermediário, determinou a expedição de mandado de prisão com prazo de validade "a contar da data do trânsito em julgado para as partes", **ROUGLAS FELIPE DA SILVA** interpõe o presente recurso em busca da sua reforma. Requer seja alterada a data do termo inicial da validade do

1 Fls. 2-3, Juíza Dra. Juliana Trajano de Freitas Barão.

mandado de prisão para "o trânsito em julgado para a acusação".[2]

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

O recurso merece, no meu entender, acolhida.

A lei é clara em estabelecer que a contagem da prescrição da pretensão executória tem início a partir do trânsito em julgado para a acusação, conforme artigo 112(I), do Código Penal Brasileiro.

A respeito, veja-se o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, publicado no Boletim Informativo nº 532, em sítio eletrônico/*site* daquela insigne instituição:[3]

> DIREITO PENAL. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.
>
> O termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, ainda que pendente de apreciação recurso interposto pela defesa que, em face do princípio da presunção de inocência, impeça a execução da pena. Isso porque o art. 112, I, do CP (redação dada pela Lei 7.209/1984) dispõe que a prescrição, após a sentença condenatória irrecorrível, começa a correr "do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação [...]". Cabe registrar que a redação original do dispositivo não possuía a expressão "para a acusação", o que gerava grande discussão doutrinária e jurisprudencial, prevalecendo o entendimento de que a contagem do lapso para a prescrição executória deveria ser a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista que a pena não poderia mais ser aumentada. Posteriormente, com a reforma do CP, por meio da Lei 7.209/1984, o legislador, em conformidade com a orientação jurisprudencial predominante, acrescentou a expressão "para a acusação", não havendo mais, a partir de então, dúvida quanto ao marco inicial da contagem do prazo prescricional. É necessário ressaltar que a interpretação do referido dispositivo em conformidade com o art. 5º, LVII, da CF – no sentido de que deve prevalecer, para efeito de contagem do prazo da prescrição da pretensão executória, o trânsito em julgado para ambas as partes, ante a impossibilidade de o Estado dar início à execução da pena antes da sentença condenatória definitiva – não se mostra razoável, pois estaria utilizando dispositivo da CF para respaldar "interpretação" totalmente desfavorável ao réu e contra expressa disposição legal. Na verdade, caso prevaleça o aludido entendimento, haveria ofensa à própria norma constitucional, máxime ao princípio da legalidade. Ademais, exigir o trânsito em julgado para ambas as partes como termo inicial da contagem do lapso da prescrição

2 Razões de recurso, fls. 7-10.

3 <Acesso em 8.1.2014.>

Acesso ao Sumário

da pretensão executória, ao contrário do texto expresso da lei, seria inaugurar novo marco interruptivo da prescrição não previsto no rol taxativo do art. 117 do CP, situação que também afrontaria o princípio da reserva legal. Assim, somente com a devida alteração legislativa é que seria possível modificar o termo inicial da prescrição da pretensão executória, e não por meio de "adequação hermenêutica". Vale ressaltar que o art. 112, I, do CP é compatível com a norma constitucional, não sendo o caso, portanto, de sua não recepção. Precedentes citados: AgRg no AREsp 214.170-DF, Sexta Turma, DJe 19/9/2012; e HC 239.554-SP, Quinta Turma, DJe 1/8/2012. HC 254.080-SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 15/10/2013.

Assim sendo, não tem razão determinar-se a validade do mandado de prisão tendo como referência o trânsito em julgado para ambas as partes. A contagem do lapso prescricional deve, pelo contrário, iniciar do trânsito em julgado da condenação para a acusação. É que, após o transcurso do lapso prescricional contado desse marco, não tem mais sentido cumprir o mandado de prisão, pois a pretensão executória estatal já não mais poderá ser exercida.

Ainda nesse mesmo sentido, outros julgados selecionados:

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com a redação do art. 112, inciso I, do Código Penal, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Precedentes. 2. A prescrição da pretensão executória, no caso, ocorre em 08 (oito) anos, nos termos do art. 110, caput, c/c art. 109, inciso V, do Código Penal. A contar do trânsito em julgado do acórdão condenatório para a acusação (art. 112 do CP) até a presente data, transcorreram mais de 08 (oito) anos, motivo pelo qual está a pretensão executória estatal atingida pela prescrição. 3. Ordem concedida (...)[4]

Agravo em execução penal. Decisão que converteu pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Validade do mandado de prisão, diante da prescrição. Início da contagem que se dá com o trânsito em julgado da sentença para a acusação. Exegese do art. 112, I, do CP. Precedentes. Recurso provido.[5]

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – Conversão de pena substitutiva em privativa de liberdade – Validade do mandado de prisão expedido – Prazo da prescrição da pretensão executória – Normas Judiciais da Corregedoria Geral de Justiça – Termo inicial – Trânsito em julgado para acusação – Inteligência do artigo 112, I, do Código Penal – Precedentes

Acesso ao Sumário

4 STJ, HC 211.631/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 20.09.2011, DJe 03.10.2011.

5 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 9000902-82.2016.8.26.0050.

desta Corte e do C. STJ – Agravo provido.[6]

Agravo em execução – Prescrição da Pretensão Executória – Mandado de prisão, cujo termo inicial considerado foi o trânsito em julgado para a defesa – O prazo prescricional da prescrição da pretensão executória começa a correr da data do trânsito em julgado para a acusação – Decisão reformada – Recurso provido.[7]

EXECUÇÃO PENAL. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial. Trânsito em julgado para a acusação (artigos 110, caput, e 112, inciso I, Código Penal). Acórdão condenatório. Lapso temporal de quatro anos transcorrido sem que o paciente tenha dado início ao cumprimento da pena substitutiva imposta. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade do paciente.[8]

Destarte, pelo meu voto, proponho que se dê provimento ao recurso para, na forma deste Voto, determinar que o prazo de validade do mandado de prisão a ser expedido tenha por início o trânsito em julgado da condenação para a acusação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0008930-18.2016.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante ALEXANDRE RODRIGUES LUCIO DA SILVA, 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 maioria de votos, deram provimento ao agravo para cassar a decisão de conversão da pena privativa de liberdade, vencido o Relator sorteado que negava provimento ao recurso. Acórdão com 2º Juiz. Expeça-se alvará de soltura em favor de ALEXANDRE RODRIGUES LÚCIO DA SILVA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.757)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), VICO MAÑAS, vencedor, ÁLVARO CASTELLO, vencido e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

VICO MAÑAS, Relator designado

Acesso ao Sumário

6 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0078286-07.2014.8.26.0000.

7 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0080555-19.2014.8.26.0000.

8 TJSP, Habeas Corpus nº 2203434-91.2014.8.26.0000.

Ementa:

1. Agravo em Execução Penal – Recurso defensivo.

2. Unificação de penas, fixação de regime semiaberto e conversão de sanções substitutivas – Art. 111 da LEP – Dispositivo legal que não se aplica ao caso.

3. Conversão de penas restritivas de direitos em privativa de liberdade – Descumprimento injustificado de prestação de serviços – Não ocorrência – Artigos 44, §§ 4º e 5º, do CP, e 181 da LEP – Hipóteses taxativas.

4. Provimento ao recurso para cassar a decisão.

VOTO

Alexandre Rodrigues Lúcio da Silva interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal da 6ª Região Administrativa Judiciária (Deecrim – 6ª RAJ), Comarca de Ribeirão Preto, que converteu pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, fixou o regime prisional semiaberto e determinou a expedição de mandado de prisão.

Em preliminar, suscita nulidade da deliberação, pois não precedida de oitiva do sentenciado. No mérito, alega que houve violação à coisa julgada e busca o restabelecimento da sanção substitutiva, sobretudo porque compatível o cumprimento desta com a reclusiva anterior, ou que o resgate das corporais se dê no estágio aberto.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 43/47) e mantida a decisão combatida (fl. 48), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O agravante praticou roubo simples em agosto de 2015. Preso no mês seguinte, foi sentenciado em março de 2016 a 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime semiaberto (fls. 12/15). Segundo consulta ao Sistema SAJ/SG, recorreu, sem sucesso (Apelação nº 0007349-21.2015.8.26.0619). Os documentos de fls. 26/27 e 32 noticiam que promovido ao estágio final, na modalidade albergue domiciliar, e realizada a audiência de advertência em 1º.07.2016.

Por furto qualificado cometido em 04.06.2014, Alexandre foi condenado em janeiro de 2015 a 02 (dois) anos de reclusão, igualmente no equipamento intermediário, permitido o apelo em liberdade (fl. 22 – processo nº 0004241-18.2014.8.26.0619). De acordo com pesquisa ao Sistema SAJ/SG, julgado o respetivo recurso em junho de 2016, a C. 4ª Câmara Criminal Extraordinária deste E. Tribunal a ele deu parcial provimento para afastar a fração de aumento

Acesso ao Sumário

na primeira fase, sem reflexo na pena, e substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e 10 dias-multa, no piso, fixado o regime inicial aberto em caso de revogação. O acórdão transitou em julgado para as partes no mesmo mês.

Além disso, por tentativa de furto qualificado praticada em 04.08.2014, sentenciado o detento em junho de 2015 a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em estágio aberto, substituídos por prestação de serviços à comunidade e multa. Autorizado o apelo em liberdade, expediu-se alvará de soltura clausulado em seu favor. O correspondente recurso, remetido à segunda instância em 25.04.2017, encontra-se pendente de apreciação (processo 0005967-27.2014.8.26.0619 – fls. 21/22, acesso ao site do TJ/SP e informação enviada por e-mail pelo Chefe de Seção do 3º Ofício Judicial de Taquaritinga).

Estando em curso a execução concernente ao roubo e noticiada em 23.08.2016 a autuação da execução nº 0006615-17.2016.8.26.0496, relativa ao feito 0004241-18.2014.8.26.0619 (fl. 33), o MP pleiteou a unificação das sanções e do regime prisional, convertendo-se eventuais restritivas de direitos em privativa de liberdade (fl. 34). A defesa, a seu turno, consignando haver "compatibilidade no cumprimento", requereu a preservação do regime aberto e das reprimendas substitutivas (fl. 35).

O MM. Juiz acolheu a pretensão ministerial afirmando que "inviável a manutenção da substituição operada, bem como o regime anteriormente aplicado, porquanto considerando o montante de pena por cumprir ultrapassa 04 anos". Em decorrência, converteu as sanções restritivas de direitos em privativa de liberdade, fixou o equipamento semiaberto e determinou a expedição de mandado de prisão (fl. 38).

Sem razão, contudo.

Compatíveis entre si, as penas impostas ao recorrente nos processos 0007349-21.2015.8.26.0619 e 0004241-18.2014.8.26.0619 poderiam ser cumpridas concomitantemente, nada obrigando a incidência do art. 111 da Lei de Execução Penal ao caso.

Com efeito, o citado dispositivo contém comando relativo tão-somente à hipótese de condenação exclusiva a sanção corporal.

Disso decorre, por óbvio, que "a determinação do regime de cumprimento" será feita pelo juízo das execuções consoante o "resultado da soma ou unificação das penas" unicamente "quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos", a pena privativa de liberdade não substituída por restritiva de direitos.

Ademais, os arts. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal, e art. 181, § 1º, "e", da LEP só têm aplicação quando a execução da pena restritiva de direitos já está em curso.

Acesso ao Sumário

Como se viu, a prestação de serviços à comunidade sequer teve início. Não há que se falar, portanto, em "descumprimento injustificado da restrição imposta" (art. 44, § 4º, do CP), situação que autorizaria a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade.

Assim, promovido ao regime aberto, com notícia, aliás, de regular comparecimento trimestral em cartório (fls. 36/37), nada obstava o cumprimento simultâneo da prestação de serviços comunitários.

Quanto à multa, ainda que presumida a impossibilidade de quitação, deverá o agravante ser instado especificamente a cumpri-la, oportunidade em que poderá proceder ao adimplemento da prestação ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, fixando-se prazo razoável para tanto.

Por fim, vale observar que as penas restritivas de direitos constituem sanções aplicáveis apenas quando atendidas determinadas exigências legais e representam importante contribuição para a reinserção social do sentenciado, além de relevante opção ao encarceramento, de inegáveis e conhecidos efeitos deletérios.

Frente ao exposto, prejudicado o exame da preliminar arguida, dá-se provimento ao recurso de Alexandre Rodrigues Lúcio da Silva para cassar a decisão que converteu em privativa de liberdade a pena restritiva de direitos imposta na execução 0006615-17.2016.8.26.0496. Expeça-se alvará de soltura clausulado em seu favor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9001037-85.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MARCOS RICARDO MINCHON.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso ministerial, para, cassada a progressão, determinar-se o retorno imediato do sentenciado ao regime fechado. Vencido o E. 2º Juiz, Des. Camilo Léllis, nos termos da declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.193)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 16 de maio de 2017.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Agravo em execução do Ministério Público – Progressão ao regime semiaberto deferida – Decisão que se reforma – Sentenciado que resgata longa pena por crimes graves – Requisito subjetivo não demonstrado – Caso concreto a demandar cuidadosa análise antes da efetiva reintegração do agravado ao corpo social – Exame criminológico que, embora favorável, não vincula o magistrado – Precedentes – Recurso ministerial provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução ministerial interposto de decisão do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba, que, entendendo presentes os requisitos objetivo e subjetivo, deferiu ao reeducando progressão ao regime semiaberto (fl. 10).

Aduz o recorrente que não preenchido o requisito subjetivo necessário à promoção (fls. 02/9).

Processou-se o recurso regularmente, advindo contrariedade e sustentação (fls. 35/8 e 40).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. José Reynaldo de Almeida, é pelo provimento (fls. 46/9).

É o relatório.

Consistente o reclamo.

O reeducando foi condenado como incurso nos seguintes dispositivos: a) art. 155, § 4º, do CP, por oito vezes; b) art. 16 da Lei 6.368/1976, por duas vezes; c) art. 155 "caput" do CP, por quatro vezes. Com isso, sua pena física chegou a 21 anos e 28 dias de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 14/29).

Exige-se, para fim de progressão, considerada a data da condenação, o cumprimento de 1/6 da reprimenda, o que, de fato, ocorreu em 26.06.2015 (fl. 10).

Contudo, embora preenchido o requisito objetivo, não se vislumbra, na espécie, a presença do subjetivo.

É que o sentenciado desconta longa pena, pela prática de crimes sérios, com término previsto para 02.06.2025 (fl. 29).

A natureza dos delitos pelo qual foi condenado e a múltipla reincidência por furto qualificado demandam cuidadosa análise antes de sua efetiva reintegração ao corpo social, máxime porque, no regime intermediário, virá ele a ganhar as ruas, dada a possibilidade de trabalho externo, frequência a cursos

Acesso ao Sumário

profissionalizantes e saída temporária sem vigilância (arts. 35, parágrafo 2o, do CP; 37; e 122 da LEP).

Diante desse quadro, necessário bem averiguar sua evolução, mostrando-se prematuro colocá-lo em contato com a sociedade, considerado o período remanescente de pena a cumprir.

No respeitante, traga-se o entendimento desta Câmara, estampado no seguinte aresto:

> *"EMENTA: Agravo em execução. Livramento condicional. Alegada ausência de fundamentação da decisão. Decisório suficientemente justificado, ainda que conciso. Comportamento carcerário favorável, mas que não vincula o julgador. Ausência do requisito subjetivo. Dados que efetivamente interferem na conclusão. Decisão da origem acertada. Agravo improvido."* (Agravo em execução nº 9000474-57.2016.8.26.0032, Rel. Des. Luis Soares de Mello, j. 28.03.2017, v.u.).

Nesse contexto, irrelevante que o reeducando ostente bom comportamento carcerário e que o exame criminológico tenha sido favorável à progressão, até porque, como cediço, o magistrado não está adstrito ao laudo, a teor do art. 182 do CPP.

Acerca do tema, já decidiu o STF:

> *"EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS: OBJETIVO E SUBJETIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. FUGA. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que o deferimento de benefícios prisionais está vinculado ao preenchimento, pelo condenado, de requisitos objetivo e subjetivo. Sendo certo que, na aferição do pressuposto subjetivo, pode o Juiz da Execução usar o exame criminológico como um dos elementos de formação de sua convicção. Noutro falar: a ideia-força que orienta os julgados desta Corte é a de que o exame criminológico pode subsidiar as decisões do Juiz das Execuções Criminais. Juiz, é bom que se diga, que não estará adstrito ao laudo técnico, podendo valorá-lo, a partir dos demais elementos que instruem os autos de execução criminal (...)"* (HC 94208/RS – Primeira Turma, Relator Ministro Carlos Britto, j. 17.12.2009).

Nesse mesmo sentir, a jurisprudência desta Casa de Justiça, destacando-se o seguinte julgado:

> *"Ementa: Agravo em execução. Insurgência contra a decisão que indeferiu os pedidos de progressão ao regime semiaberto e livramento condicional. Requisito subjetivo para obtenção dos benefícios não preenchido. Sentenciado que cumpre longa pena pela prática de três furtos qualificados e que, ademais, submetido a exame psicossocial,*

Acesso ao Sumário

obteve parecer não inteiramente favorável. Parecer social favorável que não vincula o Magistrado. Precedente do STF. Circunstâncias que, em princípio, evidenciam ser temerária a concessão dos benefícios requeridos. Recurso parcialmente provido somente para afastar o limite temporal estabelecido pelo d. Juízo das Execuções para formulação de novo pedido." (Agravo de Execução Penal nº 0005967-59.2016.8.26.0521, 9ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Sérgio Coelho, j. 16.03.2017, v.u.).

Destarte, dá-se provimento ao recurso ministerial, para, cassada a progressão, determinar-se o retorno imediato do sentenciado ao regime fechado.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 22.380)

A douta maioria entendeu por dar provimento ao recurso ministerial.

Ouso divergir da douta maioria, nos termos que passo a declarar.

O sentenciado cumpre pena de 21 anos e 28 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes descritos no art. 155, *caput*, do Código Penal (04 vezes); art. 155, §4º do Código Penal (08 vezes), e art. 16 da Lei 6.368/1976 (02 vezes), TCP previsto para 02.06.2025 (fls. 14/29).

Já resgatou fração necessária para a progressão de regime (fls.10), requisito sobre o qual não paira controvérsia.

No mais, quanto ao requisito subjetivo, cabem as seguintes considerações:

É certo que os fatos pelos quais foi o réu condenado foi furto e porte de arma. Por outro lado, não se pode perder de vista que ele não registra qualquer falta disciplinar desde o inicio do cumprimento de pena, ostentando bom comportamento carcerário.

Não bastasse, o resultado do exame criminológico foi favorável para a progressão almejada. Mais uma vez, não se olvida o número elevado de delitos, que ensejaram as condenações do agravado, mas o fato é que ele vem cumprindo sua pena de maneira satisfatória, com bom comportamento, sem qualquer demonstração de que não esteja absorvendo a terapêutica penal.

Entendia, portanto, que a decisão hostilizada merecia ser alterada para conceder a progressão ao regime aberto ao reeducando Marcos Ricardo Minchon.

Ante o exposto, pelo meu voto, **negava provimento ao recurso**.

CAMILO LÉLLIS, Desembargador, 2º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9001239-28.2016.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.367)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 25 de maio de 2017.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO QUANTO AO RECORRIDO FAZER JUS AO BENEFÍCIO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL, POR PREENCHER OS REQUISITOS NECESSÁRIOS A TAL, DEVENDO, PARA A ANÁLISE DO BENEFÍCIO, SER DESCONSIDERADO O EXAME CRIMINOLÓGICO REALIZADO.

CASO EM QUE, AO SER SUBMETIDO ÀS AVALIAÇÕES SOCIAL E PSICOLÓGICA, O AGRAVANTE OBTEVE PARECERES DESFAVORÁVEIS À RECEPÇÃO DO BENEFÍCIO, O QUE, ALIADO A GRAVIDADE DOS CRIMES QUE COMETEU, E A ANOTAÇÃO DA PRÁTICA DE 10 FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA TAMBÉM GRAVE, DENOTA A NECESSIDADE DE SUA PERMANÊNCIA NO REGIME PRISIONAL EM QUE SE ENCONTRA.

PERÍCIA QUE, DEMAIS, NÃO FOI EXTIRPADA DA SISTEMÁTICA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, E QUE NÃO RESTRINGE O JULGAMENTO DO MM. JUIZ.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de agravo em execução ajuizado em favor de José Carlos da Silva Santos, contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba, pela qual foi indeferido o seu pedido de concessão de livramento condicional (fls. 36/37).

Aduz o doutor Defensor que a r. decisão deve ser reformada, argumentando que ele preenche todos os requisitos necessários a tal, não tendo praticado falta disciplinar de natureza grave desde o ano de 2013, não havendo que se embasar o indeferimento de seu pleito em exame criminológico, nem mesmo em sua conduta pretérita, mas tão somente na situação prisional atual, que lhe é satisfatória (fls. 02/04).

O doutor Promotor de Justiça se manifestou em contraminuta ao recurso, entendendo deva ser o mesmo desprovido, preservada a decisão atacada (fls. 39/44).

A r. decisão agravada foi mantida (fl. 48).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor César Pinheiro Rodrigues, se pronunciou pelo desprovimento do agravo defensivo, mantendo-se o indeferimento do livramento condicional, como operado em Primeiro Grau (fls. 52/56).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso vertente, não há como se atender ao pleito defensivo.

Das peças que instruem os autos depreende-se que o agravante foi condenado ao cumprimento da pena corporal de vinte e cinco anos, oito meses e quatorze dias de reclusão, pela prática de receptação, três roubos biqualificados, lesão corporal qualificada e furto qualificado, ostentando em seu prontuário a anotação de cometimento de nada menos que dez faltas disciplinares de natureza grave (fls. 07/08), sendo de se ressaltar que foi agraciado com a progressão ao regime semiaberto e, descumprindo as condições que lhe foram impostas, voltou a delinquir, sendo preso em flagrante delito em 30/09/2006.

E não há que se falar que sua conduta pretérita não mereça ser avaliada para a concessão da benesse pretendida.

A respeito da definição de livramento condicional, preleciona o professor José Frederico Marques, que "**é a liberdade provisória concedida, sob certas condições, ao condenado que não revele periculosidade, depois de cumprida uma parte da pena que lhe foi imposta**" (in Tratado de Direito Penal, vol. 3, p. 274, Saraiva, 1966, São Paulo).

Quanto ao tema, inclusive, ressalta Renato Marcão que os pressupostos subjetivos elencados no artigo 83, do Código Penal, são os seguintes: "**1) comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena;**

Acesso ao Sumário

2) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e 3) aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto" (in Curso de Execução Penal, p. 182, 2ª edição, Ed. Saraiva, 2005, São Paulo).

Explica, ainda, o autor, o fato de que "**a satisfação de tais requisitos constitui indicativo mais ou menos seguro de que o condenado não voltará a delinqüir**" (ob. cit., p. 182).

E por óbvio tal não se dá no caso concreto, vez que sua conduta afasta a demonstração de comprovação de mantença de comportamento carcerário satisfatório durante a execução da pena, pelo agravante, nos exatos termos do disposto no artigo 83, III (1ª figura), do Estatuto Repressivo.

Some-se a tal que, submetido a exame criminológico, obteve parecer desfavorável à concessão da benesse (fls. 23/30).

Em assim sendo, não há como se acolher o pedido defensivo, vez que não preenche o requisito subjetivo necessário para recebimento de livramento condicional.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo ajuizado em favor de José Carlos da Silva Santos, mantendo-se, por seus fundamentos, a decisão monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000207-34.2017.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado BRUNO VENÂNCIO PEREIRA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao agravo em execução para cassar o r. *decisum* monocrático apenas na parte em que outorgou o indulto pleno ao agravado, considerando-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.849)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA CARVALHO (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 25 de maio de 2017.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo em execução – Tráfico privilegiado – Sentença deferitória do pedido de indulto pleno

e extintiva das penas – Pretensão ministerial de indeferimento do benefício – Admissibilidade parcial – Orientação do Pretório Excelso, acerca da não hediondez do "tráfico privilegiado", seguida por esta Colenda Câmara de Direito Criminal – Hipótese, contudo, de não cabimento do indulto, mercê de vedação constitucional do benefício aos agentes do tráfico de substâncias entorpecentes – Decreto presidencial com previsão do benefício que não pode sobrepor-se à Carta Constitucional de 1988, máxime em face do princípio da supremacia da Constituição – Benefícios outros, previstos na legislação infraconstitucional, perfeitamente aplicáveis àqueles agentes, porque afastada a incidência da Lei dos Crimes Hediondos. Recurso provido parcialmente.

VOTO

1. Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público, nos autos do processo número 0000207-34.2017.8.26.0509, cujo polo passivo é integrado por **Bruno Venâncio Pereira**, contra a r. decisão que, declarando o direito deste ao indulto pleno, julgou extintas a pena privativa de liberdade e a multa.

Irresignado, recorre. Pleiteia o afastamento da decisão para que seja efetuado novo cálculo de pena, considerando a hediondez do delito, uma vez que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, não tem efeito *erga omnes*. Em consequência, deve ser considerado que o agravado não faz jus ao indulto pleno, indeferindo-se, então, a aludida benesse que nem seria cabível ao reeducando, condenado por tráfico de drogas. Requer, ainda, o prequestionamento da matéria.

Processado e contra-arrazoado o recurso em que o agravado postula o improvimento, o MM. Juiz *a quo* manteve a r. decisão impugnada e a d. Procuradoria Geral da Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento parcial.

Depreende-se dos autos que o agravado se encontra cumprindo a pena de 4 (quatro) anos e 18 (dezoito) dias de reclusão, relativa ao crime capitulado no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, desde 27 de julho de 2014.

Após a elaboração do cálculo de liquidação de penas (págs. 15), o MM. Juiz considerou que a fração para fins de indulto seria a mesma aplicável aos crimes comuns, de acordo com decisão recente do Plenário do Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal, no sentido de que o tráfico privilegiado não tem natureza hedionda, pelo que deferiu o pedido de indulto e julgou extintas as penas privativa de liberdade e de multa (págs. 24/26).

O Ministério Público, contudo, interpôs o presente recurso, divergindo dessa orientação, sob o argumento de que o r. *decisum* do Pretório Excelso, proferido no *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, tem efeito apenas *inter partes* e, portanto, não possui o condão de vincular instâncias inferiores, além do que essa mesma decisão foi equivocada e contrária ao entendimento da doutrina e jurisprudência dominantes, uma vez que o tráfico de entorpecentes, em quaisquer de suas modalidades, é equiparado a crime hediondo nos exatos termos do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei n° 8.072/90. Por isso, pugna pelo restabelecimento do caráter hediondo do crime de tráfico, elaborando-se novo cálculo para fins de benefícios e indeferindo-se, em consequência, o pedido de indulto por ausência do requisito objetivo, sendo prequestionada a matéria (págs. 01/12).

Mas razão lhe assiste, em parte.

Convém registrar, a propósito, que não mais se tem considerado como hediondo o crime de tráfico de drogas em que o agente é beneficiado com o redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, passando a ser classificado como "tráfico privilegiado", consoante decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal:

> ***"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida".***[1]

Em igual sentido orienta-se também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> ***"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO – ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO***

Acesso ao Sumário

1 - HABEAS CORPUS nº 118533/MS - Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 23/06/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-199,DIVULG 16-09-2016,PUBLIC 19-09-2016.

DO CARÁTER HEDIONDO. INDULTO. DECRETO N. 7.873/12. POSSIBILIDADE. EVIDENCIADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

***2. Este Superior Tribunal de Justiça entendia que o crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), em que pese denotasse causa de diminuição de pena em relação ao delito previsto no caput, mantinha seu sua natureza de hediondo, sendo-lhes aplicáveis os dispositivos da Lei n. 8.072/90. Nesse sentido, inclusive, foi editada a Súmula n. 512 do STJ. Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do HC n. 118.533, afastou a hediondez do delito em questão, afirmando que apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput, e § 1° da Lei n. 11.343/06 seriam equiparadas aos crimes hediondos. Esse entendimento foi acompanhado por ambas as Turmas que apreciam matéria penal nesta Corte Superior, que superaram a aplicação do verbete sumular mencionado supra. Precedentes. A Terceira Seção desta Corte Superior, em 23/11/2016 cancelou o enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Diante do constatado constrangimento ilegal, impõe-se o afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes privilegiado, de modo que o indeferimento do pleito de indulto apenas com base nesse óbice deve ser superado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das execuções".*[2] **(g.n.)**

Oportuno consignar, ainda, que esta Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal tem adotado o entendimento do Pleno do Pretório Excelso, esposado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, conforme se observa a seguir:

"HABEAS CORPUS – Execução Criminal – Pleito de afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado, a fim de modificar a fração utilizada no cálculo de benefícios – Novo entendimento do C. STF externado no julgamento do HC nº 118533/MS, no sentido de afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas – Decisão do Juízo impetrado manifesta e frontalmente contrária ao entendimento específico do plenário do C. STF, que há de prevalecer – Ordem concedida, para determinar que no cálculo de penas não se considere hediondo o crime de tráfico de drogas na modalidade

Acesso ao Sumário

2 - STJ – HC nº 372297-MG, 5ª Turma, Min. Joel Ilan Paciornik, j. 1º/12/2016, v.u.

privilegiada (parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06).”[3]

Bem é de ver, contudo, respeitados entendimento em sentido contrário, que este relator adota o posicionamento desta Augusta 13ª Câmara de Direito Criminal no sentido da inadmissibilidade da outorga do indulto mesmo ao agente do hoje denominado “tráfico privilegiado”.

Isto porque tal figura jurídico-penal foi instituída pelo legislador infraconstitucional e, embora possibilite agora a concessão de benefícios outros previstos em normas de mesma estatura, não tem o condão de sobrepor-se à vedação expressa do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, segundo o qual: “***a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem***”.

Nesse passo, importante registrar que o sobredito dispositivo constitucional, conquanto não empregue expressamente o vocábulo “indulto”, tem sido interpretado pelo Pretório Excelso como que a vedar tal benefício porque compreendido ao lado do instituto da graça, por ambos significarem, em essência, a mesma coisa, consoante se extrai do julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.213-São Paulo:

> ***“(...) Conforme já relatado, a impetrante sustenta que a Constituição Federal (art. 5º, XLIII) teria vedado a concessão de anistia ou graça, mas não mencionou o indulto. Logo, quando a norma constitucional não proíbe, seria defeso à lei ordinária fazê-lo. Vejamos a redação desse dispositivo: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Entendo que houve mera falha de redação do mencionado art. 5º, inciso XLIII, da CF. Pois onde se lê graça, leia-se indulto, pois ambos significam, na essência, a mesma coisa. (...)”***[4]

Como corolário, ainda que o decreto presidencial estabeleça a concessão de indulto ao agente condenado por tráfico de substância entorpecente, não poderá o mesmo jamais se sobrepor à vedação contida na Carta Constitucional de 1988, máxime em reverência ao princípio da supremacia da Constituição.

Vale salientar, por fim, que os demais benefícios – como, v.g., progressão

Acesso ao Sumário

3 - Habeas Corpus nº 2174557-73.2016.8.26.0000 – Comarca: Sorocaba – Relator (a): De Paula Santos, Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal – Data do julgamento: 20/10/2016 – Data da Publicação/Fonte – DJe 28/10/2016.

4 - STF – Habeas Corpus nº 118.213-São Paulo, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma – Data do julgamento: 06/05/2014.

de regime, livramento condicional – são perfeitamente aplicáveis aos agentes condenados por "tráfico privilegiado", hodiernamente classificado como delito comum, mormente porque se trata de benesses instituídas pela legislação infraconstitucional e que, portanto, se estendem àqueles agentes, pois afastada a incidência da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Destarte, por ter a r. sentença objurgada deferido o benefício em afronta a comando normativo máximo do ordenamento jurídico, exsurge imperioso o provimento da irresignação ministerial.

3. Diante do exposto, **dá-se provimento parcial** ao agravo em execução para cassar o r. *decisum* monocrático apenas na parte em que outorgou o indulto pleno ao agravado, considerando-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001970-90.2016.8.26.0158, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JOÃO VICTOR CAMPOS RIBEIRO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Diante de todo o exposto, DERAM PROVIMENTO ao agravo interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, determinando a retificação do cálculo, nos termos acima, (considerando que o crime de tráfico, mesmo quando da aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, possui natureza de crime hediondo), devendo o d. juízo "a quo" se basear no novo cálculo para decidir os incidentes de execução. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.164)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 8 de junho de 2017.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Cálculo de penas adotando o entendimento de que o tráfico de drogas "privilegiado" possui natureza de crime comum – Pleito de retificação do cálculo para obtenção

Acesso ao Sumário

de benefícios, considerado que a minorante não afasta o caráter hediondo do crime – Aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que, de fato, não faz com que o crime de tráfico deixe de ser equiparado a hediondo – Inexistência de qualquer ressalva feita pela Constituição Federal ou até mesmo pela Lei dos Crimes Hediondos – Precedentes desta Colenda Câmara Criminal – Agravo provido para determinar a retificação do cálculo, devendo o d. magistrado "a quo" pautar-se no novo cálculo para decidir eventuais incidentes da execução.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. decisão, de fls. 07, que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena e benefícios, em favor de João Victor Campos Ribeiro.

Afirma o Ministério Público no agravo de fls. 03/06, em suma, que a r. decisão indeferiu o pedido de retificação do cálculo de penas apresentado em favor do sentenciado condenado por crime de tráfico de drogas, o qual fora elaborado tendo por base as frações estabelecidas para os crimes comuns, considerando que, nos termos da recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal, o crime em questão não deve ser considerado hediondo quando do reconhecimento da causa de diminuição de penas prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Sustenta o agravante que a decisão do Supremo Tribunal Federal que afastou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, em caso de aplicação da causa de diminuição de penas prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, embora proferida pelo plenário daquela Corte, não tem caráter vinculante, gerando efeitos exclusivamente naquele caso concreto.

Aduz que referida decisão não foi unânime, o que torna precipitada a decisão do Magistrado de adotar aquele entendimento para todos os casos, gerando impactos irreversíveis.

Alega que o reconhecimento da causa de diminuição de penas não afasta o caráter hediondo do delito, salientando que se o legislador assim o desejasse, teria feito de forma expressa, deixando de tipificar o dispositivo na Lei dos Crimes Hediondos ou estabelecendo ressalvas, o que não ocorreu. Ressalta que a conduta tipificada no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, e o previsto no § 4º, do mesmo dispositivo legal, não são tipos penas distintos.

Acesso ao Sumário

Assim, postula pela reforma da r. sentença combatida, para que seja retificado o cálculo elaborado.

Regularmente processado e contrariado o recurso; mantida a r. decisão agravada (fls. 15).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral da Justiça apresentou parecer às fls. 19/21, opinando pelo provimento do agravo ministerial.

É o relatório.

O sentenciado, conforme se verifica dos autos, o agravado foi condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de tráfico de entorpecentes.

O Ministério Público postula a reforma da decisão que indeferiu o pedido de retificação do cálculo para futuros benefícios elaborado, o qual fora feito com lastro nas frações previstas para os crimes comuns (de 1/6 para progressão de regime e de 1/3 para livramento condicional).

O recurso comporta provimento.

Ao que se observa, o d. juízo "a quo", com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, que afastou incidentalmente a natureza hedionda do crime de tráfico de entorpecentes na hipótese em que reconhecida a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, entendeu que os benefícios devem ser calculados, efetivamente, com lastro nas frações previstas para os crimes comuns.

Contudo, tal decisão deve ser reformada.

Em que pese o respeitável posicionamento do I. Magistrado, embasado em precedente da Corte Suprema, é certo que a referida decisão foi proferida incidentalmente, não possuindo efeito vinculante.

A causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não retrata um tipo penal autônomo. Na verdade, apenas preza pela individualização da pena ao tratar com maior benevolência o indivíduo primário que se envolveu isoladamente em delito de tráfico, não deixando de ser a conduta aquela prevista no "caput" do referido dispositivo legal.

A aplicação do benefício ínsito no §4º do artigo 33, da Lei de Drogas, portanto, não afasta o caráter hediondo do crime de tráfico, notadamente porque a Lei de Crimes Hediondos e o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal não fazem qualquer ressalva quanto à natureza do delito, diante da aplicação da redução em comento, tratando-se, apenas, de distinção entre o agente que está se iniciando no mundo do crime e que possui maior chance de se recuperar e aquele que se dedica à mercancia de modo contumaz e tem envolvimento com atividade criminosa e, por conseguinte, não faz jus à redução.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"***Habeas Corpus. Impetração buscando a concessão de indulto. Tráfico privilegiado. Invoca aplicação de recente decisão do C. STF afastando a hediondez dos crimes do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada*** *(...). Ademais, correta a nosso ver, a exigência do cumprimento de 2/5 e 3/5 da pena para a concessão de progressão de regime aos condenados por crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 2º), o que justifica que mesmo nessas hipóteses se mantenha a orientação de crime equiparado a hediondo. Nesse sentido, há a Súmula 512, do C. Superior Tribunal de Justiça: "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". Oportuno consignar que a recente decisão do C. Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 118.533/MS não possui efeito vinculante ou eficácia erga omnes, não podendo, por ora, afirmar que a decisão ora atacada é ilegal ou teratológica. Não há, pois, que se falar em constrangimento ilegal, já que nada de teratológico existe. Isso posto, denega-se a ordem*" (TJSP – Rel. Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan – 5ª Câmara Criminal – HC nº 2237280-31.2016.8.26.0000 – j. 15/12/2016).

"*Execução Penal. Sentenciado condenado por tráfico de entorpecentes, reconhecida a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Pleito de retificação do cálculo para obtenção de benefícios, elaborado com lastro nas frações previstas para crimes comuns. Hipótese em que o reconhecimento do que se denominou "tráfico privilegiado" não afasta o caráter hediondo do crime. Caso em que o redutor de penas, inclusive, foi afastado quando do julgamento da apelação criminal. Agravo provido para determinar a retificação do cálculo. O Magistrado decidirá os incidentes de execução com lastro no novo cálculo*". (Agravo de Execução Penal n.º 0000036-77.2017.8.26.0509 – Relator(a): Pinheiro Franco – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal – Data do julgamento: 23/03/2017 – Data de registro: 23/03/2017).

"*Agravo em Execução Penal – Tráfico ilícito – Indulto – Pleito indeferido – Decreto Presidencial nº 8.615/2015 – Benefício que não alcança os delitos hediondos ou equiparados – A aplicação do redutor do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não afasta a hediondez do crime de tráfico – Precedentes do STF – Inteligência da Súmula 512 do STJ – Vedação de concessão de benesses previstas no referido Decreto a condenados por tráfico ilícito (art. 9º, II) – Recurso não provido*" (TJSP – Relator Desembargador Juvenal Duarte – Agravo em Execução nº 0003266-06.2016.8.26.0496 – j. 06/10/2016).

Acesso ao Sumário

A recente decisão do STF, de fato, sequer foi unânime e não possui caráter vinculante. Apenas existe um precedente isolado que, a nosso ver, não reflete o melhor entendimento sobre a matéria.

O crime, portanto, continua sendo aquele previsto no artigo 33, "caput",

da Lei nº 11.343/06, tráfico, o qual, por força do disposto na Lei nº 8.072/90, é equiparado aos hediondos.

Assim, tratando-se de crime de tráfico de entorpecentes, de rigor que o cálculo para obtenção de progressão se submeta aos rigores do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, e que para a concessão do livramento condicional, nestas condições, se observe o limite estabelecido no artigo 83, inciso V, do Código Penal.

Desse modo, necessária a retificação de cálculo de pena requerida.

Diante de todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, determinando a retificação do cálculo, nos termos acima, (considerando que o crime de tráfico, mesmo quando da aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, possui natureza de crime hediondo), devendo o d. juízo "a quo" se basear no novo cálculo para decidir os incidentes de execução.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005303-60.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante WEDSON PEREIRA COIMBRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.788)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 18 de abril de 2017.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – LATROCÍNIO – Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos – Absolvição – Impossibilidade – Desistência voluntária – Inocorrência – Desclassificação para tentativa de roubo e homicídio culposo – Descabimento – Tratando-se o latrocínio de crime complexo em que

Acesso ao Sumário

o resultado, ainda que não desejado, é previsível, impossível a divisão das condutas e consequente desclassificação – Recurso defensivo desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **WEDSON PEREIRA COIMBRA** contra a r. sentença de fls. 533/539 que o condenou por incursão ao art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, a pena de **20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 10 dias-multa, no piso.**

Consta da denúncia, resumidamente, que no dia 09 de março de 2015, por volta das 4h00, agindo em concurso com Gustavo Henrique Silva de Ramos (absolvido) e os adolescentes Rafael Rocha Santos e Marcos Vinicius Lopes, com unidade de desígnios e auxiliando-se mutuamente, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, o apelante subtraiu do vereador Cosmo Rodrigues Cardoso, 4 relógios de pulso, e de Rebeca Pereira Cardoso, um telefone celular Iphone 6, sendo certo que da violência resultou a morte de Cosmo. Segundo consta, anteriormente aos fatos, ciente de que as vítimas guardavam dinheiro em casa, Gustavo repassou tal informação aos comparsas para que praticassem o crime e, no dia em questão, ingressaram no imóvel através do pavimento superior, que alcançaram por meio de uma escada, ocasião em que adentraram à casa e renderam Rodrigo Pereira Cardoso, filho de Cosmo e irmão de Rebeca, levando-o para o quarto das irmãs onde ficou detido por um dos meliantes. Neste ínterim outros 2 roubadores dirigiram-se para o quarto do casal e, depois de abordá-los, obrigaram que Cosmo fosse até a cozinha, onde permaneceu de joelhos. Os ladrões passaram, então, a exigir a entrega de R$ 200.000,00 afirmando que "a fita havia sido dada" e caso não fossem atendidos cortariam os dedos e orelhas das vítimas. Cosmo, entretanto, explicou não ter tal quantia, oportunidade em que Rafael desferiu golpes nas costas da vítima com a arma de fogo, acabando por efetuar um disparo que o atingiu, ferindo-o mortalmente (fls. 01i/03i).

Inconformado, busca absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento da desistência voluntária alegando que, embora tenha confessado o ingresso na residência da vítima, tentou convencer os comparsas a deixarem o local ao saber da inexistência de dinheiro, tendo ouvido o disparo de arma de fogo quando já estava na rua. Alternativamente, ainda, quer a desclassificação para 2 crimes: tentativa de roubo e homicídio culposo, em concurso formal ou material (fls. 586/592).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 594/596), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 608/614).

Relatei.

Acesso ao Sumário

A materialidade delitiva, indiscutível, vem consubstanciada em autos de arrecadação (fls. 07) e de avaliação (fls. 223), bem como laudos de recognição visuográfica do local do crime (fls. 10/16), necroscópico (fls. 230/234) e do projétil que transfixou o corpo da vítima (fls. 243/244).

Com a autoria não foi diferente, saltando nítida da prova oral colhida, sobretudo a armazenada em mídias digitais nas quais consta, inclusive, a parcial confissão do réu.

Fabiana foi acordada por um rapaz armado que avisou que "*o negócio é com ele*" (*sic*) referindo-se a seu marido Cosmo, que foi obrigado a ir até a cozinha rastejando e lá ficou de joelhos. Os rapazes diziam que "*a fita havia sido dada*" (*sic*) e exigiam R$ 200.000,00, tendo lhes entregado 4 relógios de Cosmo que acredita valerem cerca de R$ 6.000,00 cada e o celular Iphone de sua filha, comprado por R$ 3.000,00. Os assaltantes, entretanto, teimavam em pedir o dinheiro, não tendo aceitado nem mesmo levar o caminhão HR novo que seu marido havia recém-adquirido. Em dado momento, durante o espancamento de Cosmo, o rapaz avisou que cortaria os dedos e orelhas dela e dos filhos, tendo ouvido o barulho da gaveta abrir, acreditando que tenham pegado uma faca. Em dado momento um dos rapazes disse que iriam embora, já que não havia dinheiro e, pouco depois, ouviu um disparo e gritou, assustando os invasores que resolveram fugir. Foi até a cozinha e encontrou o marido ferido, saiu à rua para pedir ajuda e ao voltar o encontrou respirando com bastante dificuldade. O socorro tardou a chegar e alguns vizinhos levaram seu marido ao hospital onde, entretanto, ele faleceu. Suspeitou da participação de Gustavo, pois havia boatos de que ele pretendia sequestrar sua filha e, também, por conta de desavenças anteriores entre ele e seu marido, que reclamava da presença dos menores na região (fls. 38/41).

Em juízo explicou que ao ser acordada por um menino em seu quarto, deu um grito, mas ele, olhando para Cosmo, afirmou "*o negócio é entre eu e você*" (*sic*) e, batendo nele, o levou para a cozinha agachado avisando "a gente não vai bagunçar com ninguém" (*sic*) e dizia querer apenas o dinheiro. Ela gritou que não tinham dinheiro em casa, mas eles diziam que tinha sim e que se não entregassem iriam começar a judiar, dizendo "*pega a faca e corta os dedos*" (*sic*). Contou que se levantou e o rapaz mandou que ficasse deitada, mas acabou permitindo que fosse à cozinha beber água. Afirmou ter visto os 3 armados e que, enquanto 1 deles a mantinha com as crianças no quarto, outro exigia o dinheiro de seu marido. Diziam que se ele não entregasse R$ 200.000,00 iriam levar a menina e exigir resgate e que, se não pagassem, voltariam para matar todo mundo. Cosmo implorava e disse que poderia dar o cartão de crédito com a senha, mas os rapazes diziam que o limite de R$ 2.000,00 era uma mixaria e que não tinham ido ali por mixaria. Neste momento começaram a bater nele e deram o tiro. Ela gritou e eles desceram correndo (fls. 353/363).

Acesso ao Sumário

Márcio Anderson da Silva relatou que assim que o Delegado lhe informou sobre a morte do vereador, por volta das 5hs da manhã, ele e seus colegas deram início à investigação conversando com a esposa do Cosmo e seus filhos e, pelos relatos, principalmente o fato dos agentes terem ido de chinelo e, ainda, terem utilizado uma escada de madeira muito grande, que não poderia ter sido transportada num carro, desconfiaram que os assaltantes eram pessoas do bairro e, por isso, saíram pela vizinhança e ouviram informes de que os autores seriam os rapazes que ficavam na praça – Gustavo, WEDSON, Marcos Vinícius e Rafael. Localizaram Gustavo que contou todos os detalhes do crime, embora dizendo que não esteve no local e, na sequência, identificaram Rafael que foi levado à Delegacia e confessou participação no crime, o mesmo acontecendo com Vinicius. Não ouviu WEDSON, que estava foragido, mas pelo que soube este também assumiu participação no crime (fls. 434/441).

Hildo Donizetti da Silva, complementando o depoimento do colega de instituição, lembrou que WEDSON fugiu assim que a viatura se aproximou, tendo se entregado mais tarde, ao perceber que o cerco estava se fechando, oportunidade em que confessou a autoria (fls. 442/447).

Thiago Felício de Souza Gross repetiu o depoimento dos demais (fls. 448/452).

Marcos Vinicius Lopes veio em defesa dos acusados e, depois de afirmar que Gustavo não participou do crime, já que estava de luto, alegou que somente ele e Rafael entraram na casa, tendo WEDSON ficado do lado de fora, na rua, os esperando, não sabendo o motivo das vítimas terem afirmado que os assaltantes estavam em três. Afirmou, ainda, que entraram na casa sem saber se lá havia algum dinheiro, apenas supondo sua existência porque no passado outras pessoas roubaram outro vereador e encontraram dinheiro (fls. 453/457).

Divorciada de todo o conjunto probatório e manifestamente tendenciosa, sua versão não merece qualquer credibilidade.

Rafael Rocha confessou, na Polícia, ter atirado no vereador Cosmo durante a tentativa de roubo à sua residência. Explicou ter se encontrado com WEDSON e Vinícius com quem, a partir de uma escada que pegaram na vizinhança e apoiaram no muro, tiveram acesso ao piso superior da casa, nela ingressando. Disse que abordou o filho da vítima e perguntou pelo pai tendo ido, em seguida, até o quarto de onde tirou Cosmo, revezando-se os 3 na vigilância dos filhos do casal. Disse que perguntou sobre o dinheiro, R$ 200.000,00 que segundo comentários ele havia desviado de obras do Posto de Saúde, mas ele e a esposa negavam existir e, por isso, passou a agredir o ofendido com a coronha do revólver calibre 38 que empunhava e também com o cano da arma. De tanto insistirem ele disse que o dinheiro estava no pavimento inferior, no escritório, mas voltou atrás e disse que não tinha dinheiro e passou a esboçar reação – "*foi*

Acesso ao Sumário

quando foi pra cima do declarante, tendo declarante se esquivado e ele caiu ao solo com as mãos na frente do joelho no chão da cozinha, momento em que foi dar o golpe com a arma nas costas dele e efetuou o disparo" (*sic*) involuntário que atingiu o vereador, tendo todos fugido juntos da casa e corrido para queimar as roupas que usaram, bem como o celular, acreditando que os relógios ficaram com Vinícius. Explicou, por fim, que ficou desesperado e não sabe se WEDSON ou Vinícius tirou a arma da sua mão (fls. 50/54).

Em juízo, depois de condenado na Vara de Infância e Juventude (fls. 331/336), buscou defender WEDSON, mas ao contrário do comparsa afirmou que ele não os acompanhou, sequer tendo ficado nem do lado de fora. Alegou que foi "outro maior" quem os acompanhou e que, depois dele e Vinícius entrarem na casa, abriu a porta para "Paulo" que subiu com ele e abordou Cosmo. Contradizendo Vinícius mais uma vez, disse que sabiam, por meio de boatos, que o vereador tinha R$ 200.000,00 em casa e, por isso, o levou para a sala onde, durante a agressão, houve o disparo (fls. 458/463).

Mais uma vez ficou clara a intenção dos "parceiros do crime" em afastar a responsabilidade do réu, em vão.

Gustavo, negando participação nos fatos, confirmou que Rafael lhe contou os detalhes do crime, inclusive da participação de WEDSON que, entretanto, teria ficado no portão aguardando os 2 menores, únicos que entraram na casa, mas depois do tiro ele acabou indo embora antes mesmo dos rapazes saírem (fls. 469/475).

Na Polícia WEDSON confirmou que ele, Rafael e Vinícius pegaram uma escada que encostaram na casa do vereador e, enquanto ele a segurava, os comparsas subiram e ganharam o interior da residência no qual adentrou pela porta, depois que os comparsas a abriram para ele. Explicou que separaram Cosmo do restante da família e passaram a pressioná-lo para que dissesse onde guardava os R$ 200.000,00 que havia desviado da administração municipal segundo boatos. Garantiu que durante todo o tempo apenas Rafael segurou a única arma que tinham e que depois de cerca de 10 minutos passou a acreditar na negativa sobre o dinheiro e tentou convencer os amigos que deveriam ir embora. Alegou que ele e Vinícius desceram a escada e ouviu o estampido do disparo e logo depois Rafael dizer que a arma havia disparado acidentalmente e atingido Cosmo e, por isso, fugiram, cada um para a sua residência. Assentiu terem levado 3 relógios e 1 celular, objetos que ficaram com Vinícius. Relatou, por fim, que logo após o crime, ao perceber que a situação havia se complicado, foi para a casa de sua tia e, ao sentir o cerco se apertar, passou a se esconder nos matagais da região (fls. 127/129).

Acesso ao Sumário

E malgrado o esforço dos amigos, assumiu em juízo sua participação no crime. Disse que Rafael e Vinícius o procuraram em casa pedindo que os ajudasse a levar a escada e ficasse do lado de fora e, embora soubesse que eles

pretendiam roubar o local, aceitou o convite, até porque houve promessa de divisão do dinheiro. Assentiu que os menores entraram na casa pela escada e depois abriram a porta, tendo ele também ingressado no imóvel. Disse que ficou no portão, lá embaixo, mas depois subiu e viu que a mulher estava passando mal, tendo dado um copo de água para ela e, antes de voltar para a escada, convidou Rafael para irem embora, pois ali não havia nada. Afirmou, ainda, que ao descer escutou o disparo e viu o comparsa descer correndo (fls. 477/482).

Não há dúvidas, assim, de sua responsabilidade criminal, não sendo plausível admitir que sua participação, como alega a combativa defesa, foi de menor importância.

Ele próprio informou que "segurou a escada" que segundo os investigadores e ele mesmo, era bastante grande e pesada, para que os asseclas tivessem acesso ao piso superior do imóvel e, deixando clara sua ascendência, esperou que os demais abrissem a porta, por meio da qual ingressou mais confortavelmente na casa.

Sem a sua presença, aliás, teria sido muito difícil que Rafael, ainda que com emprego de arma, dominasse as 5 pessoas que habitavam a casa.

E a prova de sua responsabilidade vem consubstancia, ainda no depoimento de Alessandra da Silva Sales, mãe do Gustavo, que ouviu um rapaz que conhece por "Juninho" contar para seu filho os detalhes do crime, bem como a participação de WEDSON (fls. 465/467).

Caio Silas Alves Dias (fls. 364/367) e Lindomar Pereira Costa da Silva (fls. 368/371) chegaram ao local do crime depois que Cosmo já havia sido socorrido, não sabendo nada dos fatos.

Cibele Canilda Rocha de Oliveira, depois de negar saber da participação do apelante no crime, ciente que Vinícius e um terceiro estavam presentes, afirmou que seu filho Rafael contou ter atirado em Cosmo quando ele fez uma reação brusca e ele estava com o revólver engatilhado (fls. 372/374).

Diante de tal panorama impossível sequer cogitar-se a absolvição por insuficiência de provas.

Acesso ao Sumário

Não há falar-se, ainda, em desistência voluntária.

Mesmo que tenha convidado os demais a abandonarem a busca por dinheiro, naquele momento já haviam subtraído diversos bens da família e, portanto, o crime já estava configurado.

Não há indicação, ainda, de que tenha desistido da conduta como um todo, mas somente da subtração dos R$ 200.000,00 que, inclusive, segundo as vítimas, sequer existia no local.

Incabível, por fim, o pedido alternativo para desclassificação da conduta para roubo tentado e homicídio, pois ao aderir à conduta dos demais, ciente do

emprego de arma de fogo e, ainda, percebendo as desnecessárias e covardes agressões à vítima, assumiu o risco do resultado, que era previsível.

Aliás, ainda que o disparo tenha sido acidental e, portanto, não tivessem o dolo preordenado de ceifar a vida da vítima, o crime de latrocínio estaria configurado do mesmo modo.

Julio Fabrini Mirabete, tratando do art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, explica que "*o dispositivo engloba, com a mesma punição, o latrocínio (em que a morte é causada dolosamente, por dolo direto ou eventual), e o roubo seguido de morte (em que o evento letal é atribuível a título de culpa, por ser a morte previsível)" e continua explanando que "respondem todos os agentes pelo latrocínio quando a morte é causada por um deles e houver previsibilidade do resultado, que ocorre quando têm eles consciência de que está sendo empregada arma na prática do crime*" in Código Penal Interpretado, 7ª ed. São Paulo, Atlas, 2011, p. 1060.

As penas, que partiram do mínimo legal e neste patamar foram mantidos, sequer integram a insurgência defensiva, o mesmo dizendo-se em relação ao regime prisional que, diante do quantum a que condenado e da hediondez da conduta, não poderia mesmo ser diverso do fechado.

Nada, portanto, há para ser modificado.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta, mantendo a condenação de **WEDSON PEREIRA COIMBRA** por incursão ao art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, a pena de **20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 10 dias-multa, no piso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000672-11.2013.8.26.0177, da Comarca de Embu-Guaçu, em que é apelante O.I. é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR e DERAM PROVIMENTO ao recurso para julgar improcedente a pretensão punitiva e ABSOLVER O.I., qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 216-A, §2º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.307)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 20 de abril de 2017.
CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. DEFESA. ASSÉDIO SEXUAL. Acusação da prática do delito capitulado no artigo 217-A, *caput*, c.c. 226, inciso II, ambos do Código Penal. R. sentença que desclassificou a conduta para a infração prevista no artigo 216-A, §2º, do mesmo diploma legal, por duas vezes, em concurso material de crimes, condenando-o à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Preliminar. Cerceamento de defesa. Alegação de nova definição jurídica do fato, atribuída em consequência de prova existente nos autos, de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. Nulidade não reconhecida. Mérito. Insurgência contra o juízo condenatório. Irresignação acolhida. A declaração prestada pela vítima não admite cisão para valorá-la de forma diversa conforme a matéria. Se o Juízo de origem constatou contradições nos relatos, todo o testemunho se encontra viciado e não somente parte dele. Em se tratando de acusação da prática de atos libidinosos sob ameaça, estes devem ser demonstrados a partir da totalidade do quanto afirmado em Juízo, ou nada do que se afirmou pode ser utilizado, porque não há como saber, com precisão, em que momento foi dito a verdade. Conjunto probatório frágil. Inexistência de prova contundente acerca da prática dos atos libidinosos, assim como do constrangimento. Incabível a desclassificação da conduta para a infração capitulada no artigo 216-A, do Código Penal (assédio sexual). Absolvição que se impõe. Artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Sentença reformada. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

O.I. interpôs recurso de apelação contra r. sentença (fls. 301/307) que,

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

julgando parcialmente procedente a ação penal ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, o condenou à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do delito capitulado no artigo 216-A, §2º, do Código Penal, por duas vezes, na forma do artigo 69, do mesmo diploma legal, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na modalidade prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no importe de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a ser revertida em favor de cada vítima.

Inconformado, argui preliminar de nulidade por cerceamento de defesa decorrente da nova definição jurídica do fato, atribuída em consequência de prova existente nos autos, de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. No mérito, sustenta a insuficiência probatória para amparar a condenação e a atipicidade por ausência de subordinação, pleiteando a reforma da r. sentença pela improcedência da ação penal. Subsidiariamente, pugna pelo redimensionamento da pena, com a exclusão da prestação pecuniária.

Contrariado o recurso às fls. 328/334, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento (fls. 342/348).

É o breve relatório.

Respeitados os judiciosos entendimentos em sentido diverso, conheço do recurso, presentes as condições de procedibilidade, para rejeitar a preliminar e, no mérito, dar-lhe provimento.

Não se cogita de nulidade por cerceamento de defesa se em nenhum vício incorreu o MM. Juízo de origem que, considerando os elementos colhidos na instrução, entendeu por bem modificar a capitulação da denúncia, isso porque o regramento processual penal autoriza a revisão judicial da capitulação jurídica atribuída aos fatos narrados na denúncia, ainda que venha agravar a pena.

Em outras palavras, é possível, por ocasião da prolação da sentença, atribuir aos fatos narrados na denúncia nova capitulação jurídica mesmo que esta venha resultar em pena mais grave, pois a defesa é feita quanto aos fatos, não ocorrendo violação ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

Não há, portanto, erro procedimental a ser corrigido.

Rejeitada a preliminar, no mérito, o recurso comporta provimento.

A materialidade e autoria delitivas são duvidosas.

O.I. foi acusado da prática do delito capitulado no artigo 217-A, do Código Penal, por duas vezes, na forma do artigo 69, do mesmo diploma legal porque entre janeiro de 2010 e 5 de junho de 2011, no período vespertino, no interior de academia de artes marciais localizada na Rua (...), (...), cidade de Embu-Guaçu, Comarca de Itapecerica da Serra, em tese, valendo-se da condição de mentor e empregador, surpreendeu a adolescente C.A.A.M., colocando-a sentada sobre seu colo para lhe acariciar o corpo.

Acesso ao Sumário

Já no período compreendido entre agosto de 2012 e 10 de janeiro de 2013, o apelante, em tese, valendo-se da mesma ascendência, surpreendeu a adolescente L.B.S., passando-lhe as mãos nos seios, corpo e pernas, chegando a introduzir o dedo no ânus.

O recorrente é instrutor de judô, proprietário da academia de artes marciais, mentor e empregador das vítimas, suas alunas; posteriormente contratadas como secretária e estagiária, nesta ordem. Valendo-se da confiança facilitada por esta condição e ascendência sobre as ofendidas, em tese, por diversas vezes no escritório e no vestiário, durante a ausência dos demais atletas, as tocava com conotação sexual, percorrendo o corpo e as partes íntimas com as mãos e beijando-lhe os lábios, chegando a introduzir o dedo na vagina e ânus, bem como fotografar uma das vítimas nua.

L.B.S. (mídia digital às fls. 241) declarou ter sido contratada como estagiária, e certa feita, no vestiário masculino, recebeu do apelante um beijo nos lábios (selinho), e em outras oportunidades, no vestiário masculino e feminino, no escritório, bem como em um imóvel mantido em construção num condomínio residencial, era por ele colhida lascivamente, chegando a ser tocada com a língua nos seios e na virilha, bem como fotografada despida. Acrescentou que as terças e quintas-feiras, dispensava os funcionários da academia com antecipação no afã de permanecer com ela a sós; e ainda foi constrangida a escrever cartas de amor. Concluiu que em uma ocasião O.I. introduziu o dedo em seu ânus.

Descrição coerente e firme com a palavra de sua genitora, S.B.E. (*idem*, fls.), que também chegou a frequentar a academia como aluna, acrescentando ter relatado os acontecimentos a um dos funcionários K.O.N., que segundo a depoente confirmou achar estranha a ordem de ter que deixar o instituto.

C.A.A.M., por sua vez, (*idem*, fls.),declarou após ter sido contratada como secretária, o apelante lhe assediava no interior do vestiário e, certa vez, nas proximidades da recepção, colocou a vítima em seu colo passando-lhe as mãos nos seios; e acrescentou que O.I. a controlava e a ameaçava acaso mantivesse relacionamento com terceira pessoa.

Já a respectiva genitora, M.M.A.M., declarou que sua filha pouco lhe falava sobre o ocorrido e sequer foi a primeira a tomar conhecimento, acrescentando que a jovem nunca se abriu em detalhes (*idem*, fls.).

Nessa dinâmica dos acontecimentos, controverteu o Ministério Público acerca da classificação típica da conduta praticada pelo apelante, pleiteando em alegações finais, o reconhecimento dos delitos capitulados nos artigos 61, do Decreto-Lei n. 3.688/41 e 213, §1º, segunda parte, do Código Penal, na forma do artigo 69, do mesmo diploma legal, em relação a C.A.A.M.; e o reconhecimento dos delitos capitulados nos artigos 61, do Decreto-Lei n. 3.688/41 e 217-A, do

Acesso ao Sumário

Código Penal, também na forma do artigo 69, do mesmo diploma legal, em relação a L.B.S. (fls. 248/263).

O MM. Juízo de origem, por sua vez, se convenceu da inexistência de provas suficientes que sustentassem a procedência da ação penal nos moldes em que classificados pela acusação, isso porque *a prova vinda aos autos não demonstrou à saciedade, com a segurança necessária, a conduta do réu no sentido de tirar as vestes das vítimas, passar as mãos sobre o corpo delas, acariciar os mamilos de C. e, ainda, introduzir os dedos na sua vagina e ânus de L.* (*sic*, fls. 301vº), não sendo capazes de infirmar a negativa do acusado apresentada em juízo quanto à prática delitiva, não existindo elementos seguros acerca da ocorrência dos abusos, mesmo porque contrariados pelos testemunhos de funcionários e ex-funcionários da academia, mas suficientes para classificar a conduta no tipo penal descrito no artigo 216-A, §2º, do Código Penal; *o constrangimento com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

Pois bem, interrogado em juízo (mídia digital de fls. 241), o acusado negou a prática dos atos libidinosos, procurando evidenciar seu extenso currículo profissional de mais de 45 (quarenta e cinco) anos dedicados ao *judô*; suas comendas e alta graduação, com reconhecimento internacional, chegando a técnico da *seleção brasileira*, bem como o fato de ser demasiado rigoroso com seus alunos, gerando possível descontentamento nas vítimas, seja porque dispensou C.A.A.M. por manter diversos relacionamentos amorosos, inclusive com pessoas do mesmo sexo no ambiente da academia; seja porque não atendeu ao pedido da mãe de L.B.S. para dispensar do instituto a atleta D.M.F., motivada por desentendimentos ocorridos certa feita, em uma competição de judô.

Corroborando a defesa, o funcionário M.A.U. (idem, fls.), acrescentou que as vítimas nunca estavam sozinhas no recinto, sempre havia alguém na academia, sobretudo R.R.M., atleta faixa preta e hoje ex-funcionária, que ratificou as declarações (idem, fls.), declinando que à época nunca foi procurada por nenhuma das vítimas relatando os abusos; O.I. residia na sobreloja da academia e sua esposa lá permanecia a maior parte do tempo.

No mesmo sentido o testemunho de K.O.N. (*idem*, fls.), que nunca desconfiou de nenhum relacionamento envolvendo L.B.S.; negou qualquer conversa com a genitora da vítima, cujo teor dissesse respeito a tais fatos.

A atleta D.M.F., por sua vez, confirmou que a esposa do sentenciado nunca deixava o local e ninguém era levado para trás do biombo onde funcionava o escritório, sem a companhia de uma pessoa (*idem*, fls.).

E.P.B., à época namorado de L.B.S., endossou os relatos e afirmou nunca ter desconfiado sobre a acusação, confirmando que a vítima não ficava a sós com

Acesso ao Sumário

O.I., e não lhe era dispensado tratamento diferenciado; acrescentou que nunca percebeu mudança no comportamento alegre da jovem durante esse período.

E finalmente, em novas declarações, C.A.A.M. afirmou que as gravações das conversas que possuía foram encaminhadas para a sua psicóloga e, posteriormente, seriam remetidas ao Juízo (fls. 198), o que não ocorreu.

O relatório emitido pela *Secretaria Municipal de Saúde de Embú-Guaçu*, (fls. 190 e 246), informa que as jovens frequentaram o atendimento psicológico apresentando inicialmente possível quadro de *transtorno misto ansioso e depressivo* (CID 10 F 41.2), acompanhado de mal-estar por queda repentina de pressão provocada, segundo L.B.S., por melodias que escutava e remetiam a fatos ocorridos na academia. Hoje estuda em escola particular e é boa aluna, enquanto C.A.A.M. se convalesceu; hoje emocionalmente estável e vivenciando relacionamento homoafetivo.

Diante desse panorama, merecem destaque as ponderações do MM. Juízo de origem ao examinar o conjunto das provas (fls. 303):

> *(...) como se vê, realmente as versões das vítimas e da genitora de L. não restaram confirmadas de forma firme e segura pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório judicial. Por mais que se considere que, delitos dessa natureza são praticados na clandestinidade, os informes das vítimas vieram regados a algumas contradições, que não permitem concluir, com a segurança necessária, para a ocorrência dos atos libidinosos descritos na inicial. Na verdade a versão de L. foi lançada de forma um tanto diversa do quanto informado ao Conselho Tutelar (fls. 49), onde foram narrados atos distintos pelo sentenciado, tais como a utilização de seu pênis (...) Acresça-se que o fato do denunciado cortar o próprio abdômen não restou comprovado, a existência de som na academia (fls. 102), nem, tampouco, a ausência da esposa do denunciado no local.*

Com efeito, não há elementos que expressem ou indiquem com a segurança necessária a ocorrência dos crimes; tampouco a existência de *constrangimento* com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, se os laudos periciais de fls. 61/62 e 63/64, produzidos em 22 de janeiro de 2013, foram inconclusivos quanto à prática libidinosa, assim como o estudo psicológico realizado por profissional do Juízo (fls. 100/105), que constatou simples *indícios* de vitimização sexual das jovens, havendo dúvida palpável, que não se pode desprezar em face da gravidade da conduta e do juízo de certeza que se exige a respeito, para a condenação.

Acesso ao Sumário

Nessa esteira de raciocínio, as declarações prestadas pelas vítimas não admite cisão para valorá-las de forma diversa conforme a matéria. Se o Juízo

de origem constatou contradições nos relatos, todo o testemunho se encontra viciado e não somente parte dele. Em se tratando de acusação de atos libidinosos praticados sob constrangimento, estes devem ser demonstrados a partir da totalidade do quanto afirmado em Juízo, ou nada do que se afirmou pode ser utilizado, porque não há como saber, com precisão, em que momento foi dito a verdade.

O processo penal é regido pelo princípio segundo o qual a prova, para alicerçar um decreto condenatório, deve ser irretorquível. A condenação penal é juízo de certeza, consubstanciado em prova incontestável. A eventual dúvida sobre a culpabilidade de alguém, por menor que seja, é fundamento idôneo para determinar sua absolvição.

Anoto não se poder rechaçar sumariamente a hipótese de que o sentenciado tenha efetivamente abusado sexualmente das vítimas, ou lhes constrangido com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual valendo-se de sua ascendência sobre as jovens, mas consoante a prova, conclui-se que nenhuma foi produzida em Juízo para sustentar com necessária segurança a procedência da ação, não se admitindo a solução adotada na r. sentença impugnada, remanescendo ainda duvidosa a participação O.I.

Sob esse enfoque, se a autoria não ficou inequivocamente demonstrada, embora haja indícios, na dúvida não pode o Magistrado decidir pela condenação; acolhe-se, por cautela, o princípio do *in dubio pro reo.*

Portanto, diante do frágil quadro probatório e em consonância com a principiologia que orienta a interpretação do Código Penal, comporta acolhimento o recurso da Defesa pugnando pela absolvição de O.I. da imputação relativa à prática do delito capitulado no artigo 216-A, §2º, do Código Penal, por duas vezes, em concurso material de crimes, por insuficiência de prova, solução que mais se afigura adequada para a espécie.

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso para julgar improcedente a pretensão punitiva e **ABSOLVER** O.I., qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 216-A, §2º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000466-37.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante/apelado THIAGO PRADELA CASTALDINI, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelado MATEUS PRADELA CASTALDINI.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares arguidas e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso da acusação apenas para decretar o perdimento em favor da União do veículo Fiat/Stilo, placa EIJ-4348 e da motocicleta Honda CBR 1000RR, placa EOG 3370, e deram parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir as penas do réu Thiago Pradela Castaldini para dois anos e seis meses de reclusão, mais o pagamento de duzentos e cinquenta dias-multa, no valor mínimo legal, substituída a pena corporal por duas restritivas de direito, na forma acima especificada, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º- B, inc. I, do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.064)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 27 de abril de 2017.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação Criminal – MANTER EM DEPÓSITO MEDICAMENTOS PARA VENDA e POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. Crime de posse de armas de fogo e munições. Manutenção da absolvição. Autorização do Ministério da Defesa para o transporte das armas e munições. Art. 273 - Falta de registro no órgão competente. Nulidades. Inconstitucionalidade do artigo 273 do CP. Decisão do órgão especial do E. Tribunal de Justiça. Cerceamento de defesa e Prova ilícita. Não ocorrência. Mérito. Conjunto probatório firme apenas para manter a decisão condenatória de um dos réus. Elementos frágeis em relação ao réu absolvido. Desclassificação para o art. 278, do Código Penal. Impossibilidade. Laudo expresso em afirmar os fins medicinais das substâncias apreendidas. Decretação da perda dos bens. Veículos diretamente utilizados na entrega das substâncias. Pena. Ausência de proporcionalidade. Alteração. Regime aberto. Parcial provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

VOTO

THIAGO PRADELA CASTALDINI foi condenado a cumprir penas de **dez anos de reclusão**, em regime inicial fechado, pela prática de manter em

depósito para a venda de produtos destinados a fins medicinais sem registro no órgão competente - ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária - como incurso no artigo 273, § 1º-B, incisos I e IV, do Código Penal, bem como foi absolvido da prática dos crimes previstos no artigo 12, *caput* e 16, *caput*, ambos da Lei 10.826/2003.

A mesma decisão absolveu o réu **MATHEUS PRADELA CASTALDINI** da prática dos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, incisos I e IV, do Código Penal e art. 12, *caput*, da Lei 10.826/2003 (fls. 1084/1084 e 1097).

Irresignado o Ministério Público apela visando a condenação do réu Matheus nos termos da denúncia, assim como a condenação do réu Thiago também pela prática do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei 10.826/2003, com a fixação da pena acima do mínimo, para ambos os réus. Pleiteia, ainda, a decretação da perda dos automóveis e motocicletas descritos a fls. 443, pois que utilizados para a prática criminosa ou adquiridos com recursos financeiros provenientes da venda de anabolizantes (fls. 1125/1134).

O réu Thiago também apelou, visando, preliminarmente, a declaração de inconstitucionalidade incidental do artigo 273, do Código Penal ou de seu preceito secundário; a ocorrência de cerceamento de defesa em razão da ausência de intimação da defesa da decisão proferida no incidente de constitucionalidade ou não do preceito secundário do art. 273, do Código Penal, com a consequente nulidade de todos os atos praticados a partir de referido julgado e a nulidade absoluta das investigações e das provas produzidas. No mérito, almeja a absolvição, pois os produtos apreendidos não eram destinados para a venda, mas, sim, para uso pessoal do apelante ou, ainda, a desclassificação da conduta prevista no art. 273 para aquela prevista no art. 278, do Código Penal. Alternativamente, requer a correção da pena em conformidade com o princípio da proporcionalidade, aplicando-se a pena mínima prevista ao crime de tráfico de drogas, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime prisional aberto (fls. 1328/1371).

Recursos contra-arrazoados (fls. 1138/1151, 1167/1185 e 1380/1391).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo parcial provimento do recurso ministerial e improvimento do apelo defensivo (fls. 1392/1398).

É O RELATÓRIO.

Os apelantes foram denunciados e processados porque, nas condições descritas na denúncia, agindo em concurso, previamente associados e com identidade de propósitos, mantinham em depósito para a venda produtos destinados a fins medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária e de procedência ignorada, consistentes em um frasco contendo 100 comprimidos de Metandrostenolona; um frasco contendo 100 comprimidos de Oxiandrolona, dois

Acesso ao Sumário

frascos contendo 10 miligramas em um e 2 miligramas em outro da substância Testosterona Enantato, um frasco contendo 15 miligramas de Stanozolol e um frasco com 81 comprimidos de Melatonin. Foram processados, ainda, por posse de arma de fogo e munições de uso permitido e, em relação ao réu Thiago, foi processado também por posse de uma munição de uso restrito.

Ao final, sobreveio decisão absolutória para o réu Mateus, sendo Thiago condenado apenas pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inc. I e IV, do Código Penal.

Passo à apreciação da matéria preliminar arguida pela defesa do réu Thiago.

Como por mim já decidido em processo similar, não há qualquer inconstitucionalidade aparente no dispositivo penal previsto no artigo 273 e seguintes do Código Penal, sendo inviável o reconhecimento de sua invalidade de modo incidental. Pretende o apelante uma revaloração da opção do legislador ordinário em relação ao bem jurídico penalmente tutelado pelo mencionado dispositivo legal.

É de conhecimento cogente que a ciência penal, de cunho normativo e cultural, tem por principal missão determinar condutas humanas, prescrevendo-as, a fim de adequá-las aos valores eleitos pela sociedade como dignos de proteção em *ultima ratio*. São os chamados bens jurídicos de natureza individual ou coletiva[1] penalmente tutelados.

Vislumbra-se que a opção legislativa caminhou no sentido de efetiva tutela ao **valor saúde pública (bem jurídico de natureza difusa),** cujos principais delineamentos encontram-se na própria Constituição Federal nos artigos 6º, 196 e seguintes e na Lei 8080/90. Em conjunto com os institutos da previdência e assistência social formam o tripé da Seguridade Social, compondo o substrato dos diretos sociais, cujas raízes históricas encontram-se no pós-guerra, tendo sido, após, positivado gradativamente nas Constituições democráticas dos países civilizados, no capítulo dos direitos fundamentais. Bem indisponível e irrenunciável, portanto.

Acesso ao Sumário

Não por outra razão, o legislador ordinário penal, com base nesse interesse e de modo legítimo, aliado às outras formas de controle social, prescreveu, em homenagem ao princípio da legalidade, algumas condutas proibidas, visando a efetiva tutela desse valor[2].

No caso, o comportamento de ter em depósito para venda e expor à venda medicamentos sem o devido registro nos órgãos competentes, sem sombra de

1 SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O conceito de bem jurídico penal difuso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 437, 17 set. 2004. Disponível em: (Endereço eletrônico constante do texto original). Acesso em: 10 fev. 2011.

2 AITH, Fernando: Curso de Direito Sanitário – A proteção do Direito à Saúde no Brasil – 1ª edição, Quartier Latin, São Paulo, p. 131.

dúvidas, merece, sem prejuízo das demais formas de controle social, a proteção penal, não havendo, portanto, que se falar em desrespeito aos princípios da ofensividade, lesividade ou da intervenção mínima.

A mais ampla proteção ao bem jurídico em tela justifica-se pelas sérias e imprevisíveis consequências que os comportamentos imputados geram no seio social, vitimando difusamente as pessoas atingidas, consumidores vulneráveis. Daí a necessidade do legislador antecipar-se prescrevendo condutas ilícitas. E o faz por meio dos delitos de perigo abstrato, sem que haja vício de constitucionalidade que os invalide.

Por política criminal e, em atenção à força normativa dos princípios constitucionais, em especial ao da saúde pública e de forma indireta a própria vida, o legislador ordinário concedeu-lhes, ao contrário, efetividade, além de cumprir ainda comando constitucional (proteção à saúde pública) ao timbrar a conduta imputada com a marca da hediondez (artigo 1º, inciso VII-B, da Lei 8072/90), tornando, assim, legítima a sua atuação legiferante.

Corroborando o quanto afirmado, verificam-se as lúcidas e sábias ponderações ofertadas pelo Professor gaúcho Dr. Lenio Luiz Streck[3] sobre a abrangência do direito penal para tutela desses novos direitos, outorgando novo alcance aos direitos fundamentais em relação às normas penais, aliado aos princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente.

Leciona que a tutela dos direitos fundamentais deve ser realizada de dois modos. Frente ao Estado e através do Estado, até mesmo por meio do direito punitivo, já que o cidadão também tem direito de ver os seus direitos fundamentais protegidos contra a agressão de outros indivíduos.

O Estado, assim, deve deixar de ser visto como contrário aos direitos fundamentais, mas ser considerado um auxiliar de seu pleno desenvolvimento, aliando a função clássica de proteção contra o arbítrio, com a obrigação de concretizar os direitos prestacionais, além de protegê-los contra as violações decorrentes de comportamentos delitivos, motivo pelo qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais.

Por fim, este E. Tribunal, por seu órgão especial, já rechaçou a tese da inconstitucionalidade do mencionado dispositivo em recente julgamento[4].

Inviável, assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade incidental do mencionado dispositivo.

Nem mesmo o reconhecimento do cerceamento de defesa por eventual ausência de intimação quanto à decisão do *incidenter tantum* sobre a

3 STRECH, Lenio Luiz. O Dever de Proteção do Estado (*SCHUTZPFLICHT*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre o crime de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes". (Endereço eletrônico constante do texto original). Acesso em 12 fev. 2011.

4 Argüição de Inconstitucionalidade nº 990.10.311265-2 – Órgão Especial – Rel. Desembargador Dr. José Reynaldo, julgado em 22/10/2010.

Acesso ao Sumário

constitucionalidade do art. 273, do Código Penal, pode ser acolhida. Note-se que, como bem fundamentado a fls. 1.110, em 26 de janeiro de 2015 a defesa fez carga dos autos, tomando ciência, portanto, quanto o decidido nos autos em apenso, de modo que não é possível a pretendida anulação dos atos produzidos a partir do referido julgamento do incidente.

Melhor sorte não tem a defesa quanto à alegação de ilicitude da prova colhida.

Os testemunhos da testemunha Diego que, conforme aduz a defesa, sem qualquer comprovação, seria inimigo íntimo do acusado Thiago, não foi o único meio de prova que amparou a decisão condenatória.

Outros elementos, em especial os de natureza oral, também serviram para subsidiar o juízo de convicção à luz do princípio da persuasão racional motivada, além de interceptações telefônicas e laudos periciais.

Por fim, era ônus da parte a comprovação efetiva do prejuízo de ordem processual que teria sofrido em virtude da conduta ilegal alegada em observância ao disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal, vez que não subsiste mais na jurisprudência a vetusta divisão entre as nulidades, se relativa ou absoluta[5], presumindo-se o prejuízo.

Afasto, assim, as nulidades arguidas, seja pela falta de efetivo prejuízo, seja pela sua não ocorrência.

No mérito, a materialidade é incontroversa, comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02/21), boletim de ocorrência (fls. 23/31), auto de exibição e apreensão (fls. 33/38), laudo da divisão de Vigilância e Saúde da Prefeitura de Franca atestando a irregularidade dos medicamentos (fls. 68/69), laudo de armas e munições (fls. 116/119) e laudo pericial do Instituto de Criminalística (fls. 332/335).

A autoria do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inc. I é seguramente demonstrada pelos elementos de convicção coligidos apenas em relação ao réu Thiago.

Quanto ao apelado Mateus, como bem ressaltado na decisão atacada, a prova se mostrou demasiadamente frágil para assegurar uma decisão condenatória.

Nenhuma das testemunhas ouvidas aos autos se manifestou no sentido de ter negociado ou adquirido as substâncias anabolizantes com Mateus. Ao revés, a maioria delas sequer conhecia o acusado.

A própria transcrição das escutas telefônicas realizadas é efetivamente precária para fins de comprovar eventual vínculo associativo de Mateus com seu irmão Thiago para a venda das referidas substâncias.

Acesso ao Sumário

5 HC nº 230.471/SP – Superior Tribunal de Justiça – Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5º Turma, julgado em 08/05/2014.

Assim, a manutenção da decisão absolutória quanto a Mateus é medida que se impõe.

Situação diversa é a de seu irmão, o corréu Thiago.

O próprio réu confessou a propriedade das substâncias apreendidas, embora afirme que eram para uso pessoal.

A negativa quanto à distribuição comercial das substâncias anabolizantes restou frágil e não convence. De fato, pela quantidade de produtos apreendidos, testemunhas ouvidas que confirmaram já terem adquirido anabolizantes com o réu, bem como os depoimentos dos policiais e interceptações telefônicas, tudo demonstra a efetiva comercialização ilegal de tais produtos (fls. 746 e 842).

Melhor sorte não tem a defesa ao sustentar a desclassificação da conduta prevista no art. 273 para aquela descrita no art. 278, do Código Penal, pois os produtos apreendidos com o réu Thiago não consistiriam em medicamentos, mas, sim, apenas produtos para uso veterinário.

A alegação mostra-se frágil e frontalmente afastada, haja vista que o laudo elaborado pela Divisão de Vigilância em Saúde da Prefeitura de Franca atesta expressamente a utilização das substâncias apreendidas para fins medicamentais, destinados também ao uso em humanos como, por exemplo, para reposição hormonal (Enantato de Testosterona, Stanazol, Metandrostenolona, Oxandroland) ou para a regulação do ciclo do sono (Melatonin).

Afasto apenas a incidência do inciso IV, do § 1º-B, do art. 273, pois, como bem ressaltado pela defesa, não há laudo comprobatório da redução do valor terapêutico dos medicamentos apreendidos. Permanece a condenação, entretanto, pelo inciso I, pois os documentos existentes nos autos comprovam com clareza a inexistência de registro no órgão competente (laudos 68/69 e 332/335).

Necessária, assim, a manutenção da condenação do acusado Thiago pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, com o perdimento em favor da União do veículo *Fiat/Stilo*, placa EIJ-4348 e da motocicleta *Honda CBR 1000RR*, placa EOG 3370, visto que diretamente utilizados para a prática delitiva.

Realmente, o depoimento das testemunhas João Pedro e Gabriel é firme quanto à efetivação de diversas entregas dos produtos anabolizantes pelo réu Thiago, sempre na utilização do veículo *Stilo*, da cor prata e da motocicleta *Honda CBR 1000.*

Em relação aos bens relacionados ao acusado Mateus, o pedido de decretação do perdimento encontra-se prejudicado ante a sua absolvição.

No que se refere aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, razão não assiste ao Ministério Público ao pleitear a condenação dos réus pelos.

Acesso ao Sumário

Restou comprovado nos autos que ambos os recorridos tinham registro das armas de fogo no Ministério da Defesa – Exército Brasileiro, com autorização para transporte tanto da pistola marca Imbel, calibre .380, nº 43445, pertencente ao réu Thiago e a pistola marca Glock, calibre .380, nº RGL075, pertencente ao réu Mateus.

É o que se observa da leitura dos documentos de fls. 951, que comprova os registros das armas sob nº 239162 e 663227, do Sistema de Gerenciamento Militar de Armas (SIGMA), bem como os documentos de fls. 261 e 419 que autorizavam o transporte para ambos os réus não somente das referidas armas de fogo, como de suas respectivas munições (até o limite de trezentos cartuchos).

No caso, as armas e munições foram apreendidas nas respectivas residências dos réus (note-se que, segundo as declarações constantes dos autos, Mateus residia com a namorada, tanto que no momento da apreensão da arma ele estava na residência da companheira), tratando-se, portanto, de eventual prática do crime de posse de arma de fogo e munições e, não, porte ilegal de arma de fogo.

Por outro lado, restou incontroverso nos autos a prática de tiro esportivo por ambos os acusados, devidamente associados ao Clube de Tiro Edleo, com sede na comarca de Ribeirão Preto.

Assim, os recorridos eram associados a um clube devidamente regulamentado para a prática de tiro esportivo e possuíam autorização do Ministério da Defesa – Exército Brasileiro, para o transporte de suas respectivas armas e munições.

Ainda que inexistente a autorização da Polícia Federal para o porte de armas de fogo, a situação verificada nos autos era de mera posse de arma de fogo, sendo certo que ambos os réus possuíam registro das armas junto ao Exército. No que se refere às respectivas munições do mesmo calibre, a autorização do Ministério da Defesa compreendia o transporte de até 300 cartuchos, sendo certo que foram apreendidas na casa dos réus número muito inferior ao que tinham autorização para transportar.

Situação diversa é a relativa à única munição, de calibre .40 – portanto, de uso restrito, de propriedade do réu Thiago. Quanto à referida munição, Thiago afirmou que ganhou da testemunha Diego, policial civil, e que a guardava apenas como *souvenir.*

Independentemente da forma como Thiago teve acesso ao artefato, o fato é que não foi apreendida com o réu qualquer arma do calibre referente à munição apreendida. É de se destacar, também, que apenas uma munição de calibre .40 foi localizada em sua casa, o que reforça a credibilidade da versão apresentada de se tratar de um mero *souvenir*, ainda mais por se tratar de pessoa praticante de tiro esportivo, com interesse justificado em referido armamento.

Por tais motivos, mantenho a absolvição dos réus em relação aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento.

Passo à análise da pena imposta ao réu Thiago quanto ao crime remanescente.

Como já decidido por mim em julgamento similar realizado por esta Colenda Câmara Criminal não cabe ao julgador realizar, apenas, a subsunção dos fatos à norma positiva, ainda mais quando causadora de injustiças no caso concreto, restringindo-se a um singelo juízo de fato. Ao contrário, deve valorar cada situação prática que lhe é trazida à apreciação.

Para fazê-lo, sem deixar de legitimar a sua atuação jurisdicional, deve se apoiar nos valores constitucionais, corrigindo-se, por dever, as distorções do sistema normativo, quando geradora de injustiças no caso concreto, sem se apegar, porém, a meros tecnicismos jurídicos.

Nesse sentido, apesar da gravidade da conduta imputada e suas sérias conseqüências sociais, a reprimenda cominada pelo artigo 273, § 1º-B, inciso I e IV, do Código Penal, de 10(dez) a 15(quinze) anos de reclusão, está em desacordo com o princípio da proporcionalidade, na vertente necessidade, devendo, pois, ser corrigidas, neste caso. O intérprete, no embate entre a legalidade estrita e os critérios de justiça do caso concreto, deve se inclinar por este.

Deste modo, o mais consentâneo ao caso e sem prejuízo à segurança jurídica, diante da similitude entre os bens jurídicos lesados (saúde pública), será utilizar-se, neste caso, das reprimendas inerentes ao crime de tráfico de drogas. Nesse sentido, decisão desta Câmara[6] e do Colendo Superior Tribunal de Justiça[7].

Deste modo, fixo para o apelante a pena-base no mínimo legal, no montante de 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa. Note-se que a acusação pede a fixação de pena-base acima do mínimo legal em razão do eventual descumprimento de determinação judicial de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, confirme relatório de fls. 597/616, produzido na fase inquisitiva. Observo que a questão sobre eventual descumprimento de condição imposta foi devidamente levada ao conhecimento do magistrado de origem (fls. 667), sendo certo que o suposto descumprimento poderia apenas e tão somente servir para a revogação da liberdade provisória concedida, mas, não, como elemento idôneo para a majoração da pena-base imposta ao réu.

Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase da dosimetria, considerando a primariedade do réu e

Acesso ao Sumário

6 Apelação nº 0009891-97.2009.8.26.0400 – 10ª Câmara Criminal – Rel. Desembargador Carlos Bueno, julgado em 16.08.2012.

7 REsp 1256992/RS – Sexta Turma – Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado aos 19/04/2016.

o preenchimento dos demais requisitos, a sanção penal deve ser reduzida por aplicação do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, em metade, o que torna definitiva a pena em dois anos e seis meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal. A redução máxima pretendida pela defesa não é possível em razão das circunstâncias concretas do delito, em especial, quantidade de substâncias apreendidas.

Por estarem presentes os requisitos legais, substituo a pena privativa de liberdade imposta ao réu por uma pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo Juízo das Execuções Criminais, pelo tempo restante de pena a ser cumprida, e multa, que fixo em dez dias-multa, no valor mínimo legal.

Em caso de descumprimento, o regime a ser observado será o **aberto**, considerando o montante de pena aplicada, nos termos do artigo 33 do Código Penal.

Posto isto, pelo meu voto, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso da acusação apenas para decretar o perdimento em favor da União do veículo *Fiat/Stilo*, placa EIJ-4348 e da motocicleta *Honda CBR 1000RR*, placa EOG 3370, e dou parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir as penas do réu Thiago Pradela Castaldini para **dois anos e seis meses de reclusão**, mais o pagamento de duzentos e cinquenta dias-multa, no valor mínimo legal, substituída a pena corporal por duas restritivas de direito, na forma acima especificada, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0072371-55.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELO SCHEIFER RIZZO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver o réu Marcelo Scheifer Rizzo da acusação de ter praticado o crime do artigo 359 do Código Penal e, mantida a condenação pelo crime de ameaça, reduzir-lhe a pena a 1 mês e 5 dias de detenção. V.U. Sustentou oralmente o Advogado Felipe Pereira Ferraz de Oliveira 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 27.076)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 8 de junho de 2017.

JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa:

1. Apelação Criminal – Ameaça (artigo 147 do Código Penal) e desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (artigo 359 do Código Penal) – Crimes cometidos pelo réu contra a ex-namorada.

2. Recurso defensivo buscando a absolvição.

3. Com relação ao crime de ameaça, a materialidade delitiva e a autoria ficaram comprovadas por boletim de ocorrência e prova oral, em especial pela palavra da vítima e de testemunha não presencial – Condenação mantida.

4. Quanto ao crime do artigo 359 do Código Penal, a conduta é atípica, pois o descumprimento da ordem de não aproximação de determinada pessoa não configura descumprimento do exercício de função, atividade, direito, autoridade ou múnus – Absolvição.

5. Pena corretamente dosada, dentro da legalidade e com critério de razoabilidade – Pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa – Impossibilidade que decorre do disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, e no artigo 17 da Lei nº 11.340/06.

6. Recurso parcialmente provido, para absolver o réu do crime de desobediência e reduzir a pena para 1 mês e 5 dias de detenção.

VOTO

Vistos.

I- Marcelo Scheifer Rizzo foi condenado como infrator do artigo 359 (por duas vezes), combinado com o artigo 71, e do artigo 147, ambos combinados com o artigo 61, inciso II, alínea "*f*", na forma do artigo 69, todos do Código Penal, a 5 meses e 7 dias de detenção, no regime aberto, sendo-lhe concedido o benefício da suspensão condicional da pena pelo período de 2 anos, com a condição da alínea "*b*" do § 2º do artigo 78 do Código Penal. A r. sentença

reconheceu que no dia 24 de maio de 2013, no interior do Clube Paulistano, nesta capital, o acusado ameaçou agredir sua ex-namorada Luciana Veiga de Toledo Arruda, com palavras, bem como que, por duas vezes (nos dias 23 de maio e 7 de junho de 2014), o réu desobedeceu medida protetiva que o impedia de aproximar-se da vítima (imposta em virtude da ameaça).

Inconformado com o resultado da causa, o réu apelou (fls. 249). Em suas razões recursais, pleiteou a respectiva absolvição ao argumento de que a prova coligida é insuficiente para atribuir-lhe a prática dos delitos. Subsidiariamente, pediu o afastamento da agravante reconhecida na sentença (artigo 61, inciso II, alínea *f*, do Código Penal) e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (fls. 255/263).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 265/268) e a ilustrada Procuradoria de Justiça proferiu parecer no sentido do provimento parcial do recurso, para se absolver o réu da acusação de haver violado o artigo 359 do Código Penal (fls. 273/276).

Esse é o relatório que se soma ao da r. sentença de fls. 223/241, prolatada pela dedicada juíza Elaine Cristina Monteiro Cavalcante.

II- No que concerne ao crime de ameaça, asseguram-no o boletim de ocorrência (fls. 3/4) e a prova oral, em especial a palavra da vítima (fls. 5, 7 e 135/151) e da testemunha Roberto Bittar.

Nada obstante o réu negasse a existência de ameaça (admitiu que teve contato com a vítima na data dos fatos, mas negou tê-la ameaçado, dizendo que apenas pediu que ela não fosse à festa no clube porque ainda estava muito abalado com a recente separação – fls. 36/37 e 192/197), ficou comprovada pelas firmes e harmônicas declarações prestadas pela ofendida nas duas fases da persecução penal (ocasião em que afirmou que o réu a ameaçou ao afirmar que se não o obedecesse bateria nela fls. 5, 7/8 e 135/151).

Note-se que a palavra da vítima assume especial importância nos crimes de violência dessa natureza. Nesse sentido é firme a jurisprudência: "*APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR LAUDO PERICIAL. ACERVO COESO. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PENA. ADEQUAÇÃO. SURSIS PENAL. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. Nos crimes cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a palavra da vítima possui especial força probatória e pode embasar o decreto condenatório, máxime quando confortada por laudo pericial que a confirma. Precedentes*" (TJDF, Apelação Criminal nº 20130310108988, relator Souza e Avila);

"*APELAÇÃO CRIME VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. PALAVRA DA VÍTIMA ALIADA AO LAUDO DE EXAME DE LESÕES CORPORAIS. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO*" (TJPR, Apelação Criminal nº 1178623-9, relator Campos

Acesso ao Sumário

Marques);

"*A palavra da vítima tem especial relevância em crimes cometidos com violência doméstica. Não havendo elementos nos autos que a contrarie, não há por que desacreditá-la, sobremaneira quando amparada por outros elementos de convicção. RECURSO IMPROVIDO*" (TJRS, Apelação Criminal nº 70052901790, relator Julio Cesar Finger).

E, na espécie, a versão apresentada pela vítima ainda é consentânea com os depoimentos de Roberto Bittar, atual namorado da ofendida, que embora não tenha presenciado a ameaça, afirmou que a vítima lhe contou que após a separação Marcelo passou a ter um comportamento agressivo e a importuná-la com palavras e posturas intimidadoras, chegando mesmo a persegui-la bem como às filhas dela. Relatou ainda que certa feita, em uma festa no clube, o réu deles se aproximou (do casal) e atirou-lhes um copo de cerveja (fls. 154/160).

Depreende-se dos autos que o réu foi suspenso do Clube Paulistano porque riscou o carro da ofendida, que desarrumou o retrovisor da skuter a ela pertencente e que estava estacionada no local de trabalho dela, que ele perseguiu no clube as filhas da vítima, que a "encarava" de forma ameaçadora, bem como a Roberto, quando os encontrava. Há, ainda, notícia de que namorada anterior do acusado também procurou a polícia em razão de comportamento do réu, motivado por desavença afetiva.

A certeza quanto à inconformidade do acusado para com o rompimento da relação amorosa e de anterior comportamento agressivo decorrente desse descontentamento credibilizam a palavra da vítima, que por não mais relacionar-se com o réu não teria motivo (e nenhuma prova há nestes autos em contrário) para incriminá-lo falsamente.

Ademais, nada há, além da interessada versão do réu, que contrarie a palavra da vítima e da testemunha, até porque as testemunhas arroladas pela defesa não presenciaram a conversa na qual ocorreu a ameaça em apreço, mas apenas depuseram sobre os antecedentes do réu (fls. 163/189).

Na análise da prova oral, aliás, a sentença foi precisa e detalhada: "*A absolvição alvitrada pela defesa é inviável. A tese de insuficiência de provas deve desde logo ser rejeitada. A vítima relatou com riqueza de detalhes como se passaram os fatos, confirmando ter sido ameaçada de agressão, razão pela qual ficou atemorizada (fls. 136). Por outro lado, o réu foi cientificado em 15 de agosto de 2103 (fls. 57 dos autos de medida cautelar em apenso) de que estava proibido de se aproximar da vítima pela distância de 300 metros; de manter contato com ela por qualquer meio e de comparecer ao local de trabalho, estudo ou residência dela, mas mesmo assim, exerceu tais direitos que haviam sido suspensos por decisão judicial. A vítima relatou que, no mínimo duas vezes o acusado manteve contato com ela em festas (fls. 141 e 149) relatando inúmeras situações de constrangimentos (fls. 139), prejuízos (fls. 140) e transtornos (fls. 143/144). Oportuna, a propósito, a citação do seguinte*

Acesso ao Sumário

*julgado sobre o valor probante das declarações da vítima: "**Sabe-se que as palavras das vítimas para casos como o presente e especialmente nos crimes cometidos no âmbito domiciliar, têm preponderante importância, notadamente porque nada consta haver de sua parte contra o acusado. Ao reverso. A entender-se diversamente grassaria a impunidade, porque se sabe o quão difícil é a presença de outras pessoas ao cometimento de delitos desta espécie. Não pode ser assim, entretanto. Não havendo porque duvidar das palavras da vítima, nestas hipóteses, o mínimo a ser feito é aceitá-las, como tem feito a doutrina e a jurisprudência**." (TJSP, Ap. 004077, j. 15.02.2011, Rel. Luis Soares de Mello) (CUNHA, Rogério Sanches et. al., Violência Doméstica, Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012). E, a corroborar as declarações da ofendida está o depoimento de Roberto Bittar, que confirmou a aproximação do acusado em uma festa do clube, oportunidade em criou um conflito jogando cerveja no rosto do depoente. Ademais, não há por que duvidar do depoimento dessa testemunha, que foi devidamente compromissada e não contraditada no momento processual oportuno. Ressalte-se que os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa não foram aptos a derruir a prova acusatória. A testemunha Priscila Talita Silva Araújo não admitiu a aproximação dele em relação à vítima, mas também não negou, afirmando que poderia não ter sido intencional (fls. 164). As testemunhas Daniel Polidoro Mamedi e Cristiano Antonio Chehin praticamente nada esclareceram sobre os fatos, se limitando a tecer considerações sobre o temperamento e a personalidade do réu. A testemunha Ulysses Fagundes, por seu turno, também não descartou a possibilidade de o acusado ter se aproximado da vítima no clube (fls. 185) e soube por ouvir dizer que o réu havia danificado o veículo da vítima (fls. 183). De tudo deflui, que a melhor prova foi produzida pela acusação.*" (fls. 239/240).

Dessa forma, há prova suficiente para a condenação do acusado pelo crime tipificado no artigo 147 do Código Penal.

IV- Quanto ao crime do artigo 359 do Código Penal, não obstante o réu tenha descumprido medida judicial protetiva, sua conduta não se ajusta àquele tipo penal.

Já decidiu este Tribunal que "*o artigo 359 do Código Penal tipifica como tal delito a conduta de "**Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial**". **In casu**, apesar de haver decisão judicial determinando o afastamento do apelante do lar, devendo ele manter distância mínima de 200 (duzentos) metros da vítima (fls. 10), certo é que tais restrições não se referem à atividade ou direito necessários à tipificação do artigo 359 do Código Penal. Com efeito, como bem preleciona Rogério Greco, ao tratar do artigo 359 do CP diz: **"...a proibição diz respeito à prática de qualquer ato que importe em desobediência à decisão judicial que tenha suspenso ou privado o sujeito do exercício de: ...<u>atividade</u>, que encerra as espécies de <u>profissão, ofício ou ministério</u>:** direito**, como o <u>pátrio poder, autoridade parental, político</u> etc...". (in** Código*

Penal Comentado, 7ª edição, editora Impetus, página 1100) (grifos meus). Não se nega que o apelante tenha descumprido decisão judicial, da qual tinha ciência (o que ficou evidenciado pela prova oral colhida, aliás, foi admitido pelo próprio apelante); todavia, o ato praticado por ele não se trata de atividade ou direito suspenso ou privado. Nesse sentido também comenta Guilherme de Souza Nucci: ***"Afastamento do cônjuge do lar: as medidas restritivas, previstas na Lei de Violência Doméstica (art. 22, II e III, Lei 11.340/2006), proibindo o marido ou companheiro de se aproximar da mulher ou determinando o seu afastamento do lar constituem ordens judiciais. Logo, nesses casos, se descumpridas, acarretam o crime de desobediência (art. 330, CP). Não se configura o delito do art. 359, pois a situação de marido ou companheiro não constitui função, atividade, direito, autoridade ou múnus."*** *(in Código Penal Comentado, 13ª edição, editora Revista dos Tribunais, página 1300). Ademais, o próprio mandado de afastamento expressamente menciona como consequência de seu descumprimento o cometimento do crime de desobediência, e não o de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, o que é específico em relação àquele*." (TJSP, Apel. Criminal nº 0003527-23.2010.8.26.0094, relator Louri Barbiero).

Também não é o caso de aplicar-se o disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal para enquadrar-se a desobediência ao tipo penal descrito no artigo 330 do Código Penal.

É que o crime de desobediência não se caracteriza nas hipóteses em que há previsão de específica sanção para o descumprimento da ordem.

Ao tratar do crime do artigo 330 do Código Penal, Nelson Hungria afirmou que "*se pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame salvo se dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330*" (Comentários ao Código Penal, vol. 9, pág. 420, Forense, 1959, Rio de Janeiro). Na mesma linha estão Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, pág. 1190/1191, RT, 11ª edição, São Paulo), Magalhães de Noronha (Direito Penal, vol.4, pág. 417, Saraiva, 2003, São Paulo), Damásio E. de Jesus (Direito Penal – Parte Especial, pág. 221, Saraiva, 2005, São Paulo), entre outros. Outra não é a orientação do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 86254/RS, n.º 88452/RS e n.º 86047/SP; RHC n.º 59.610 e n.º 641242; RTJ n.º 613/413 e 104/599; RT 613/419 etc).

A seu turno, as medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar previstas no artigo 22 da Lei n.º 11.340/06, cujo rol é exemplificativo (consoante dispõe expressamente o respectivo § 1º), podem ser aplicadas cumulativa ou isoladamente (artigo 19, § 2º), obedecem à cláusula *rebus sic stantibus* (artigo 19, § 2º e 3º) e não inibem a decretação da prisão preventiva, quando presentes as razões legais para sua imposição (artigo 20). Embora esta última não esteja prevista na Lei n.º 11.340/06 como resposta

Acesso ao Sumário

estatal ao descumprimento da medida de urgência – para o que essa norma só previu a possibilidade de auxílio da força policial como forma de garantir a efetividade da medida (artigo 22, § 4º) – o Código de Processo Penal previu a decretação da prisão preventiva (artigo 282, § 4º e 312, § único) para a hipótese de descumprimento das medidas cautelares pessoais nele estabelecidas (artigos 319 e 320) e para garantir a execução das medidas protetivas de urgência em hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (artigo 313, inciso III).

Assim, foi prevista resposta estatal de natureza não penal (mas processual) para o desrespeito a medidas de urgência. Daí existirem precedentes deste Tribunal no sentido de que o descumprimento das medidas protetivas não tipifica o crime de desobediência (Apel. Criminal nº 0011690-84.2012.8.26.0073, relator França Carvalho, Apel. Criminal n.º 0000867-31.2011.8.26.0382, relator Roberto Midolla).

Não se desconhece que são coisas distintas a previsão de sanção pelo descumprimento de uma ordem e a possibilidade de assegurar-se a obediência ao ato desatendido pela força. Na primeira há punição, podendo o ato de descumprimento persistir. Nela há uma compensação pela ilicitude. Na segunda não há retribuição à conduta infracional, mas resposta estatal que assegura a realização do ato desejado. E a prisão preventiva para assegurar o respeito à medida protetiva não tem natureza de sanção *stricto sensu*, mas configura mecanismo de execução da ordem.

Todavia, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a desatenção à medida cautelar de urgência não tipifica o crime de desobediência: "*1. Ressalvado o meu posicionamento a respeito do tema, ambas as Turmas Criminais deste Tribunal Superior entendem que o descumprimento de medida protetiva de urgência não configura o crime de desobediência, em face da existência de outras sanções previstas no ordenamento jurídico para a hipótese. 2. Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 305448/RS, 6ª Turma, rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, j. 30.6.2015).

"*III- Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, não configura crime de desobediência o descumprimento de medida protetiva de urgência da Lei 11.340/06. (Lei Maria da Penha), haja vista a previsão de imposição de outras medidas civis e administrativas, bem como a possibilidade de decretação de prisão preventiva, conforme o disposto no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal. (Precedentes).* (*Habeas Corpus* nº 305442/RS, 5ª Turma, rel. FÉLIX FISCHER, j. 3.3.2015)."

A mesma orientação foi repetida no Ag. Reg. do REsp 159850/DF e no *habeas corpus* n.º 2205123-39.2015.8.26.0000 da relatoria do desembargador Juvenal Duarte: "*Com efeito, a Lei nº 11.340/06 estabelece que, se for descumprida a medida protetiva imposta ao agente, o magistrado, com arrimo*

Acesso ao Sumário

no artigo 20, da lei em tela e artigo 313, III, do Código de Processo Penal, poderá decretar a sua prisão preventiva. Nesse passo, dessume-se claro que a Lei Maria da Penha prevê consequência administrativa específica para a hipótese, resultando inconcebível, pois, a imputação da prática de crime de desobediência ao paciente, em razão da subsidiariedade do tipo pela em tela, a revelar atípica a conduta que lhe foi imputada."

Assim, a conduta do acusado, embora reprovável, não caracteriza os crimes dos artigos 330 e 359 do Código Penal.

V- No que concerne à pena atinente ao crime de ameaça, não comporta reparo.

A agravante descrita na alínea "*f*" do inciso II do artigo 61 do Código Penal (*"*II - *ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica"*) foi corretamente reconhecida, uma vez que o réu foi namorado da vítima por cerca de um ano e meio e a ameaça decorreu dessa relação, do inconformismo para com o rompimento da relação afetiva. Trata-se da chamada "violência de gênero" prevista nos artigos 5º, incisos I, II e III, da Lei nº 11.340/06 (*artigo 5º da Lei nº 11.340/06: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;* ***III) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação****"*).

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, inclusive: "*Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim de relação de namoro, restando demonstrado nos autos o nexo causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima"* (CC 103.813/MG); *"I. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimento jurisprudencial no sentido da configuração de violência doméstica contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado. II. Em tais circunstâncias, há o pressuposto de uma relação íntima de afeto a ser protegida, por ocasião do anterior convívio do agressor com a vítima, ainda que não tenham coabitado.*" (HC 181.217/RS).

VI- No tocante ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a pretensão do acusado não pode ser acolhida em

Acesso ao Sumário

virtude do disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal ("*As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo*;"). Sobre o tema há precedente desta 6ª Câmara: "*Ao contrário do que busca a Defesa, igualmente acertada e justificada a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o réu cometeu o delito com violência à pessoa (artigo 44, inciso I, do Estatuto Repressivo), motivo que impede a concessão dessa benesse*." (Apelação Criminal nº 0054098-67.2011.8.26.0577, relator Marco Antônio Marques da Silva).

E a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por multa, pretendida pela defesa, decorre ainda do disposto no artigo 17 da Lei n° 11.340/06: "*É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa*".

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver o réu **Marcelo Scheifer Rizzo** da acusação de ter praticado o crime do artigo 359 do Código Penal e, mantida a condenação pelo crime de ameaça, reduzir-lhe a pena a 1 mês e 5 dias de detenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001504-72.2015.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que é apelante V.M.O., 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: "Rejeitadas as matérias preliminares, negaram provimento ao recurso. O acusado está preso desde 23.9.2015 (cf. fls. 264 e 268), então, iniciem-se as execuções das penas após decorrido eventual prazo para embargos de declaração em (se for o caso) embargos infringentes ou, na falta destes, após o termo final do prazo para os declaratórios, em consonância com jurisprudência consolidada pelo Col. Pretório Excelso, vide o julgamento em 17.2.2016 do HC 126.292/SP. O relator do caso, Min. TEORI ZAVASCKI, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Col. STF ou E. STJ, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. E, assim afirmou, *verbis*: "Ressalvada

Acesso ao Sumário

a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado". Anoto ainda que, recentemente, idêntica orientação na mesma Corte foi repetida por ocasião do julgamento do HC 135.608, rel. Min. CARMEN LÚCIA. Aliás, o mesmo Col. Pretório Excelso definiu a questão por ocasião do julgamento que indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, ocorrido em 5.10.2016, bem como reconheceu a repercussão geral da questão constitucional em 10.11.2016, suscitada no ARE 964.246, e, no mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.551)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SOUZA NERY.

São Paulo, 11 de maio de 2017.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Prisão preventiva ratificada na r. sentença. Pretensão de que o apelo seja processado com o apelante solto. Questão que remanesceu prejudicada pela agilidade da Câmara em julgar a causa criminal. Incidência da orientação jurisprudencial das Cortes superiores, segundo a qual não teria razão outorgar liberdade provisória na fase recursal para alguém que ficou preso durante a instrução, foi condenado naquela instância e cujo resultado acabou mantido pelo Tribunal.

Processo Penal. Tempestividade do recurso de apelação. Procuradoria Geral de Justiça que emite r. parecer pelo não conhecimento. Preliminar rejeitada. Confirmação material da interposição do recurso no último dia disponível para tanto, assim objetivamente atendido o contido no art. 593 do CPP. Veiculação da chamada em 11.8.2016 e certidão de fl. 432 dos autos que refere como data de publicação a sexta feira seguinte, 12.8.2016. Recurso interposto no dia 17, em sintonia com o art. 798, §1º do CPP.

Estupro de vulnerável. Condenação confirmada. Não se pode descartar declarações da vítima que, a priori, não indicam insinceridade. Pequenas diferenças sem a relevância apontada e que se podem justificar porque

Acesso ao Sumário

a primeira fala foi tomada pelo método tradicional. De qualquer modo, na piscina, por ocasião dos toques manuais na vagina da menor, além do apelante, somente haviam crianças. Declarações em juízo firmes a apontar o increpado como autor do desatino.

Arquivamento de imagens pornográficas provada por perícia no equipamento. Admissão do apelante. Alegação de erro não convincente. Não exclui, pelo tipo violado, a suposta confiança de que, inicialmente, se estava tratando com mulher maior e capaz. Manutenção das imagens mesmo depois de ter descoberto estava interagindo com menores. Depoimentos das ofendidas firmes e incisivos naquele sentido. Contexto probatório autorizador do resultado.

Dosimetria das penas no mínimo possível. Incensurabilidade.

Matérias preliminares rejeitadas e apelo desprovido.

VOTO

RELATÓRIO

Consta que ainda na origem o ora apelante acabou condenado como incurso nos arts. 217-A do Cód. Penal e 241-B da lei 8.069/90 (ECA), este último delito por 2 vezes (vítimas as menores R. e N.), em concurso material, devendo cumprir, a partir do regime fechado, 8 anos de reclusão pela primeira infração, mais 2 anos de reclusão, além do pagamento de 20 dias-multa pelas derradeiras, mantida a custódia preventiva (fls. 407/415).

Não resignado, apelou. Quer responder ao apelo em liberdade e deu fundamentos para tanto. Deu conta de que o resultado se debitaria à circunstância de que um Juiz recebeu a denúncia, outro fez a instrução e um terceiro editou a r. sentença, sem ter ouvido as fontes de informação. Afirma ser vítima de uma maquinação e implicitamente acusa de insinceridades as menores e as demais testemunhas que as acompanharam, garantindo que tudo não passou de uma maquinação. Deu conta de que uma das vítimas, na fase policial, foi ouvida, ausente o defensor do increpado. Nem perdeu a oportunidade para questionar a validade do depoimento infantil. Asseverou que o laudo de fls. 297/307 é inconclusivo. Destacou inexistir prova da materialidade, mesmo porque impossível perpetrar a falta a ele imputada, o manuseio da genitália da menor dentro da piscina (fls. 439/458).

Nos autos encontramos as contrarrazões ministeriais (fls. 461/466), com

preliminar de não conhecimento pela intempestividade do recurso, sem olvidar do r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, ambos pelo desprovimento (fls. 489/497).

Voto n. 35.551

A denúncia dá conta de que em fevereiro de 2015, data e horário não determinados, o apelante recebeu crianças em sua residência, localizada no (...), Conchas, na rua (...), dentre elas, R.V.C.S., de apenas 10 anos de idade.

E estando dentro da piscina, aproveitando-se que R. mergulhava, acariciou sua vagina praticando ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Igualmente consta que entre fevereiro e abril daquele 2015, em horários indeterminados, na mesma rua (...), o apelante armazenou no seu computador e em notebook marca Asus, fotografias pornográficas da adolescente N.M.L.Z., de 12 anos de idade, bem como de R.V.C.S., de 10 anos de idade.

Para tanto, por meio do facebook, manteve contato com N., inicialmente utilizando-se do perfil da criança J.R.A. E durante a conversa insistiu para que a adolescente a ele enviasse fotos suas em estado de nudez, no que por ela foi atendido.

Dias depois repetiu o contato e recebeu fotos de N., mais precisamente de seus seios, seguido de silêncio, obrigando-o a tentar novos contatos via redes sociais.

E não satisfeito repetiu com a menor R. a mesma conversa, recebendo mais tarde vídeo e fotos suas em estado de nudez.

É o resumo da acusação.

Respeitosamente, o recurso defensivo é tempestivo, cf. adiante explico, e, com isto, rechaço a matéria preliminar agitada pelo Ministério Público do Est. de S. Paulo.

Incontroverso que o apelo foi interposto no dia 17.8.2016 (fl. 435), sendo que os advogados do apelante foram intimados para aquele mister no dia 11 antecedente (fl. 432), em cuja certidão está literalmente expresso*, verbis*:

"Certifico e dou fé que o ato abaixo, constante da relação nº 0336/2016, foi disponibilizado na página 1989 do Diário da Justiça Eletrônico em 11/08/2016. Considera-se data da publicação, o primeiro dia útil subsequente à data acima mencionada".

Especialmente destacando a frase derradeira acima transcrita, "*considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente à data acima mencionada*", revelou-se, nesta quadra, bastante oportuna a invocação *ipsis literis* do art. 798, §1º do Cód. de Processo Penal:

"Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

Acesso ao Sumário

§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento".

No prazo em questão, pois, não se computa o dia da publicação.

E essa elasticidade vem em apreço à ampla defesa e para garantia de todos os demais direitos processuais.

O dia 11 de agosto de 2016 era uma 5ª feira e, desse modo, considerando a veiculação na imprensa e a lei adjetiva, a publicação aconteceu no dia 12, expressamente extraída aquela efeméride para contagem dos 5 dias do art. 593 do mesmo Cód. de Processo Penal.

Daí que, por ocasião da interposição no dia 17, feitas as contas, quando do protocolo do recurso, a parte estava dentro do prazo.

Outrossim, não se há falar em recurso em liberdade. Anoto que o réu está preso desde 23.9.2015 (fls. 264 e 268).

Com efeito, devidamente justificável a negativa do aludido benefício. Igualmente certo que a fundamentação podia mesmo ser sucinta e simples, bastando que a r. sentença indicasse, como de fato indicou, os elementos dos autos em que o MM Juiz se apoiou para negar o apelo em liberdade ao increpado.

Novamente em acordo com outra lição do e. Des. Guilherme de Souza Nucci, "Havendo motivo justo, deve o réu ser recolhido ao cárcere, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (...) Tudo depende do caso concreto" (cf. Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., RT, 2011, art. 387, nº 58- A, pág. 737).

No mesmo sentido a elevada jurisprudência do Col. Pretório Excelso, cf. o inserido no HC 100.595/SP, relª. Minª. Ellen Gracie, DJe – 045 de 10/03/11., sem olvidar ainda os seguintes julgados HC 103.945/SP, rel. Min. Dias Toffoli, DJe – 107 de 06/06/11 e HC 97.883/MG, relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe – 152 de 14/08/09 in LexSTF, 368/481.

Deveras, o fato de o apelante cautelarmente ter permanecido preso durante a instrução processual, a esta altura pelo menos, afasta qualquer razoabilidade em relação ao pleito de concessão de liberdade provisória.

Acesso ao Sumário

Este pronunciamento, como retro destacado, faz mesmo coro a orientações dos tribunais superiores, confira-se novo excerto sobre o tema: "(...) não existe lógica em (se) permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF – HC 89.824/MS, 1.ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08 e STJ – RHC 36.941/MG, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. de 19/11/13).

O assunto nem é controvertido, confira-se mais: STJ, 5ª T., HC 196.709/MG, rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 25/08/11; STJ, 5ª T., HC 154.080/MG,

rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 17/08/11; STJ, 5ª T., HC 192.024/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 09/08/11; STJ, 5ª T., HC 174.905/SC, relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 09/09/11.

Os delitos cometidos (armazenamento de pornografia infantil, por duas vezes, e estupro de vulnerável) são daqueles que evidentemente causam perplexidade à população ordeira, susto somente superado se o benefício da liberdade provisória fosse deferido para quem está na iminência de ser julgado por uma Câmara Criminal que não tem acervos e está em dia com os feitos que caminham pelos seus gabinetes.

Nem se há falar em ausência de fundamentação, pois aqui a fundamentação é o expressivo conjunto dos fatos em si mesmos. O que mais há para falar além do que objetivamente está posto na r. sentença?

Com relação a mais outra matéria preliminar, convenhamos, objetivamente não se alegou violação ao preceito do juiz natural. Apenas foi referido no apelo que o MM Juiz que editou sua r. sentença não é o mesmo que instruiu a causa.

Respeitosamente, não bastasse a constatação de que o MM Juiz que julgou a causa é o mesmo que presidiu a derradeira audiência em 22.3.2016 (fls. 364 e 407), ou seja, o e. Dr. Fábio Fernandes Lima, o que *per se* autoriza imediato descarte do argumento, ainda, é de se convir, a título de mero reforço, que a identidade física do MM Juiz, no âmbito do processo penal, não é absoluta. Aqui incidia o disposto no art. 132 do velho CPC, que autorizava excepcionalmente que outro magistrado concluísse a prestação jurisdicional em determinadas hipóteses.

Então, nesta quadra, pareceu-nos oportuno remeter ao elevado magistério de Nelson Nery Júnior, em obra conjunta com Rosa Maria Andrade Nery, quando discorreram sobre o tema ora debatido (in "Código de Processo Civil Comentado", pág. 392, nota 5, ed. Revista dos Tribunais, 10ª edição):

"Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara; remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias (grifo do relator), licença- prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (Assessor, Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça etc)".

Dado o espírito da celeridade contido no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal, nada desautorizava o MM. Juiz, se fosse o caso, a ser ocasionalmente substituído por outro na hipótese de impedido, podendo, nesta hipótese, um 3º magistrado proferir a r. sentença.

E nesse mesmo sentir o aresto do e. Superior Tribunal de Justiça: HC 133407/RS, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 03/02/2011, v.u.

Acesso ao Sumário

E ainda respondendo a parte sobre temas que logicamente antecedem o enfrentamento do *meritum causae*, data vênia, aqui não se há falar em desclassificação para a figura contravencional nem mesmo para aquela outra, a do art. 218-A do Cód. Penal, porque a exordial descreve o fato imputado ao varão: durante frequência à piscina, na casa do acusado, a menina R. teve sua genitália acariciada pelo varão.

Conforme orientação do e. STJ, ato libidinoso diverso da conjunção carnal 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, confira-se no julgamento do AgRg REsp n. 1.154.806/RS, do e. STJ, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 21/3/2012, mais o AgRg no AREsp 398.710/DF, da mesma Corte, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16.3.2017.

E, recentemente, respondendo diretamente ao apelante, em 2.6.2016 (DJe 15.6.2016), a e. 5ª Turma do e. STJ, rel. o Min. Felix Fischer, quando do julgamento do AgRg no AREsp 746.018/DF, refutou a tese sobre a qual erigida a presente pretensão de desclassificação, confira-se a ementa:

"(...) PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. BEIJOS NA NUCA, CARÍCIAS NOS SEIOS, TOQUE NA VAGINA SOBRE A ROUPA ÍNTIMA E DIRETAMENTE NO ÓRGÃO GENITAL E COLOCAÇÃO DO PÊNIS NA MÃO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. ATOS QUE NÃO RESVALAM NA SIMPLES INCONVENIÊNCIA. CONDUTA DE CUNHO SEXUAL, ALTAMENTE REPROVÁVEL, GRAVE E DE EXPLÍCITA INTENÇÃO LASCIVA. DELITO DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL".

Nem se há falar em falta de materialidade, pois, como acima referido, a imputação é de gesto de evidente cunho sexual, todavia, daqueles que não deixam marcas, qual seja, a manipulação da vagina.

Tais circunstâncias, pareceu-nos óbvio, autorizam sim a interpretação flexível do mandamento processual pelo qual imprescindível prova técnica da materialidade nos fatos típicos que deixam rastros, já que as infrações descritas e alegadas, diversamente da hipótese geral, não produziram aquele resultado.

Cf. escólio do Des. Jarbas Mazzoni, deste Tribunal de Justiça, "A ausência de sequelas físicas, em muitos casos, ao contrário, é a regra geral, como ocorre, p. ex., na cópula anal preambular, no coito interfemural, na *fellatio* e na *irrumatio in ore*, no *osculum illicebrosum*, no toque ou afago das partes pudendas, na heteromasturbação etc" (RT 607/304).

Adequado igualmente invocar o escólio do Min. Cid Flaquer Scartezzini,

no julgamento, novamente no e. Superior Tribunal de Justiça, do RHC 4823/SP, em 13.9.1995, para quem "a conclusão do laudo de exame de corpo de delito pela inexistência de estupro, não é suficiente para desconstituir o crime previsto no art. 214, *caput* do CP, cuja consumação não exige conjunção carnal".

E não é só, veja-se a ementa que segue:

"a prova técnica não é a única que comprova a existência do delito, sobretudo no crime de atentado violento ao pudor que, por dispensar conjunção carnal, pode ser consumado de diferentes formas, várias delas que não deixam vestígios" (HC nº 44.491/PA, STJ, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJ 10/10/2005).

Em nossa Corte a orientação tem sido a mesma, RJTJSP 98/453; RT 397/66 e JTJ 142/339.

O mais é prova e o delito em comento (art. 217-A do CP), ainda que houvessem mais pessoas no local, uma piscina, dadas as peculiaridades das circunstâncias, adota – e por que não seria assim? – contornos de clandestinidade.

Nos crimes sexuais, como retro referido, normalmente praticados sem a presença de testemunhas, a jurisprudência tem dado especial relevo aos depoimentos das vítimas, mormente quando confirmados pelo contexto probatório. Nesse sentido mais uma vez nos socorremos da jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 53.877/PE – rel. Min. Paulo Gallotti – j. 18.12.2006; HC 46.597/MG – rel. Min. Félix Fischer – DJU 13.2.2006; HC 32.342/MG – rel. Min. Laurita Vaz – DJU 17.5.2004; HC 29.421/RJ – rel. Min. Jorge Scartezzini – 98 DJU 19.12.2003.

Aliás, neste caso não ficou demonstrado que as vítimas tivessem algum interesse em incriminar o réu.

Assim sendo, o reconhecimento pessoal por parte das vítimas, no campo processual penal, assume, em delitos desta ordem, inegável valor probante, e somente não poderiam ser considerados quando presente alguma circunstância que tornasse suspeita a identificação, o que não é o caso dos autos, onde não se vislumbra qualquer motivação no sentido de se acusar pessoa supostamente inocente.

Fernando da Costa Tourinho Filho, sobre o ônus da prova, ensina que "(...) A regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo *princípio actori incumbit probatio*, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada (...) Se o réu invoca um álibi, o ônus da prova é seu (...) Se alegar e não provar, a decepção também será sua (...)" (vide o seu "Código de Processo Penal Comentado", v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356).

A citação seria até despicienda na medida do que dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal, ou seja, "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)".

É que no processo penal o réu assume o papel de reconvinte do processo

Acesso ao Sumário

civil (RT 542/418), de sorte que, para serem acolhidas, as versões de suposta maquinação, de temeridade das imputações partidas das menores, deveriam emergir incontroversas do contexto probatório (RT 671/346), quanto mais porque a prova acusatória colhida no inquérito foi confirmada no fórum e não temos motivo algum para não considerá-la.

Se a vítima incrimina peremptoriamente seu agressor, ausente qualquer indicativo sério de que a acusação causasse dúvida, seu comportamento positivo passa, então, a justificar sua adoção como fator preponderante e goza da presunção da veracidade, tomando especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo total crédito, não sendo crível à condição humana que alguém incriminasse irresponsavelmente pessoa idônea, daí porque o relato merece todo o crédito, porque não teriam as acusadoras qualquer proveito em mentir.

Tal orientação hermenêutica foi acolhida neste Sodalício, e em condições aproximadas, confira-se nos julgamentos das Apel. 0004446-22.2010.8.26.0220 – 2ª Câm. Criminal – rel. Des. Almeida Sampaio – J. 10.10.2011 e 0006429-96.2009.8.26.0606 – 16ª Câm. Criminal – rel. Des. Newton Neves – J. 29.11.2011.

Ocupou-se o Dr. Defensor de também contestar a validade referencial dos depoimentos mirins, o que, sempre com o mais elevado respeito, não deve ser tomado como regra geral. Sobre o assunto transcrevo, então, a elevada lição posta no REsp 849.715/SE, rel. o Min. Nilson Naves, lá no e. STJ, e que não só cai como luva no caso em questão, como igualmente é adotada pelo relator como modo de decidir:

"(...) A criança, a despeito de sua imaturidade, não é mentirosa por princípio, especialmente quando se trata de imputar a alguém, contra quem nada tem aparentemente, crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade e de seu anonimato (...)".

Repetidamente, o nosso Tribunal de Justiça vem examinando o assunto, sempre com idênticas indicações, útil para o caso em tela, a título de exemplo, as transcrições de parte do voto do Des. Otávio Henrique, do tempo em que se encontrava neste 5º Grupo de Câmaras:

"(...) O estudo do depoimento infantil deve ser realizado caso a caso, sendo defeso desconsiderá-lo, de plano, por pequenas discrepâncias em detalhes circundantes e não essenciais, do contrário, nos crimes perpetrados contra crianças, além de instituir-se a impunidade, se estaria negando a proteção legal e constitucional a elas reservada em atenção à condição especial de pessoas em desenvolvimento (...)" (TJSP, Revisão Criminal n. 0253683-51.2012.8.26.0000, j. 8.5.2014).

E há também o pronunciamento do Des. Cesar Augusto Andrade de

Acesso ao Sumário

Castro:

"(...) Nem é preciso mencionar a relevância da palavra da vítima em delitos da natureza e espécie como o aqui tratado, porquanto perpetrados às escondidas, de modo que as pessoas que se submetem a esse tipo de violência são as únicas que tem condições de denunciá-la, de revelá-la. Não seria demais afirmar que, apesar de se tratar de uma criança, o relato da vítima ocorreu de forma coerente e firme, sem qualquer indício de fantasia ou indução por terceiros. O depoimento infantil tem valor probatório, principalmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. E o convencimento aumenta quando ele é confortado pelo conjunto probatório (RT 709/330) (...)" (TJSP, Apel. n. 0016094-48.2003.8.26.0477, 4ª Câm. Criminal Extraordinária, J. 27.3.2014).

Minuciosamente, portanto, ficaram rejeitados, um a um, todos os óbices postos no apelo, passando, este relator, agora, a examinar o conteúdo da prova no processo em tela.

E a condenação era mesmo de rigor.

Com relação ao estupro de vulnerável, não bastasse o exame da prova feito em 1º grau pelo MM Juiz, relemos as afirmações de R., prestadas a fls. 163/164, ao Dr. Delegado, comparando-as com a mídia que acompanha o feito, colhida no fórum. Ainda que inicialmente disse ter sentido a manipulação de sua vagina quando nadava na piscina da casa do increpado, garantiu que o mesmo estava ali, diante dela. Os demais eram menores que a acompanhavam, crianças se divertindo sem conotação sexual. E mais tarde, diante do Magistrado, foi firme e confirmou o conteúdo da denúncia, imputando o ato (carícias em sua genitália) ao ora apelante. Descompasso, se houvesse, poderia ser debitado à diferença na forma de captação dos depoimentos. De todo o modo, porém, sempre ela acusou o varão em comento.

Não bastasse, ainda houve confirmação dos contatos via facebook, os pedidos de fotografias, achados por laudo nos arquivos guardados pelo réu, o que ele sequer contestou, apenas dando conta e que pensava estar tratando com mulher adulta, parecida com a irmã de uma das ofendidas, explicação inconvincente e que, convenhamos, apenas serviu para chamar atenção para a sexualidade do acusado.

A menina N. foi igualmente convincente (fls. 11/13 e mídia), tendo esta relatado constrangimento para que fornecesse cenas fixadas em fotos de seu corpo nu.

Não tem relevância o argumento de que R. disponibilizou suas fotografias ao acusado (vide mídia onde captadas suas declarações sob o pálio do contraditório), por conta de não ter idade para anuir e o tipo, no qual implicado o ora réu, contém verbos que descartam aquela minúcia: *adquirir, possuir* ou

Acesso ao Sumário

armazenar. Estando, como assim fazem provas os laudos de fls. 60, 62, 63, 64, 303 e 304, as cenas dos corpos nus arquivadas nos computadores, o crime descrito no ECA também ficou configurado.

Pese as penas terem ficado elevadas, foram fixadas nos respectivos mínimos legais – 8 anos para o estupro de vulnerável e, para cada violação do art. 241-B do ECA, 1 ano e multa –, inviável cogitar abrandamento em razão do limite mínimo correspondente e os ditames do verbete 231 do e. STJ.

O regime fechado é igualmente produto de imposições legais (art. 1º, VI da lei 8.072/90 mais o disposto nos arts. 33, §2º, letra "a" e seu §3º c.c. 59, todos do CP).

ANTE O EXPOSTO, pelo meu voto, rejeitadas as matérias preliminares, proponho à e. Turma Julgadora que **NEGUE PROVIMENTO.**

O acusado está preso desde 23.9.2015 (cf. fls. 264 e 268), então, iniciem-se as execuções das penas após decorrido eventual prazo para embargos de declaração em (se for o caso) embargos infringentes ou, na falta destes, após o termo final do prazo para os declaratórios, em consonância com jurisprudência consolidada pelo Col. Pretório Excelso, vide o julgamento em 17.2.2016 do HC 126.292/SP. O relator do caso, Min. TEORI ZAVASCKI, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Col. STF ou E. STJ, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. E, assim afirmou, *verbis*: "Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado". Anoto ainda que, recentemente, idêntica orientação na mesma Corte foi repetida por ocasião do julgamento do HC 135.608, rel. Min. CARMEN LÚCIA. Aliás, o mesmo Col. Pretório Excelso definiu a questão por ocasião do julgamento que indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, ocorrido em 5.10.2016, bem como reconheceu a repercussão geral da questão constitucional em 10.11.2016, suscitada no ARE 964.246, e, no mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000698-98.2016.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que são apelantes JEFFERSON LUIS CANDIDO e IGOR BIRAES MINETO, é apelado

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.879)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Tráfico. Art. 33, *caput*, Lei nº 11.343/06. Conjunto probatório robusto para lastrear o decreto condenatório para ambos os réus. Prova da finalidade de entrega a terceiros, advinda da forma de embalagem e da quantidade de droga. Aplicação da diminuição com base no artigo 33, §4º, Lei de Drogas. Incabível - Requisitos do benefício não foram satisfeitos. Pena e regime mantidos. Recursos improvidos.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença proferida em 13 de julho de 2016 (fls. 205/223) pela Vara Criminal da comarca de Votorantim/SP, acrescenta-se que os apelantes JEFFERSON LUIS CANDIDO (vulgo "Pilha") e IGOR BIRAES MINETTO restaram condenados à pena de cinco anos de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, e a pena de multa equivalente a quinhentos dias-multa, fixados no mínimo legal, ambos pela prática da conduta prevista no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

A defesa do corréu Jefferson se insurgiu contra a r. sentença, apresentando recurso de apelação (fls. 255/261), alegando, em síntese que as provas constantes dos autos não são suficientes para embasar a condenação do réu pelo delito á ele imputado. Demanda assim, a absolvição do réu, e subsidiariamente, requer a fixação da pena-base em seu patamar mínimo legal, a redução da pena imposta ante o disposto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, além da fixação de regime inicial mais brando, e a aplicação do instituto da detração.

Igualmente inconformado, o corréu Igor, através de sua defesa técnica, interpôs recurso de apelação (fls. 233/240), por meio do qual requer a diminuição da pena-base fixada, a concessão do benefício previsto pelo artigo 33, § 4º, da

Acesso ao Sumário

Lei de Drogas, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, bem como o estabelecimento de regime inicial mais brando.

Devidamente contra-arrazoados os recursos (fls. 265/274), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo integral improvimento dos recursos de apelação (fls. 284/291).

É o relatório.

Depreende-se do conjunto probatório que em 29 de fevereiro de 2016, após o recebimento de denúncia anônima informando que dois indivíduos, dentre eles a pessoa de alcunha "pilha", estariam praticando o tráfico de drogas na Rua Sorocaba, nº 08, Vila Sominguinho, na cidade de Votorantim/SP. Por volta das 20h, policiais militares se dirigiram até o imóvel indicado, onde flagraram os réus juntos em um dos cômodos embalando porções de narcóticos.

Eis que ao serem surpreendidos pelos milicianos, o corréu Jefferson teria tentado se desfazer das drogas, atirando-as pela janela, contudo, o objeto foi devidamente recuperado pelos milicianos, restando apreendidas assim duzentas e trinta porções de "crack", duas porções de "*Cannabis sativa L* ("maconha"), bem como a quantia de quinhentos e setenta reais em espécie.

A absolvição é inatendível, tendo em vista que as provas corroboram com os fatos expostos na denúncia.

A materialidade delitiva do crime restou claramente demonstrada nos autos, através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/03), do Boletim de Ocorrência (fls. 04/06), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 15/16), do Laudo de Constatação (fls. 26/27), do Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 185/190), e pela prova oral colhida nos autos.

Também é certa a autoria do delito.

Em depoimento coerente e verossímil, proferido em ambas as fases da persecução penal, o policial militar responsável pelas diligências Ariel Charles Oliveira de Souza ratificou a versão acusatória, relatando que quando do ocorrido foi recebida denúncia via ROCAM informando que dois indivíduos, um deles conhecido como "pilha", estariam preparando narcóticos para venda, diante disso o miliciano comunicou seu comandante, requisitando reforços, e seguiu até o imóvel indicado, onde deparou-se com o padrasto do corréu Jefferson, o qual alegou nada saber a respeito da denúncia, e autorizou a entrada dos policiais, eis que ao ingressar no quarto do réu Jefferson, se depararam com ambos os réus no local embalando entorpecentes, sendo que o corréu Jefferson ao notar a chegada dos policiais tentou se desfazer das drogas, arremessando-as pela janela, mas as mesmas restaram devidamente recuperadas, assim foi dada voz de prisão aos réus, restando apreendidas no local duzentas e trinta porções de "crack", duas

Acesso ao Sumário

porções de "maconha", além da quantia de quinhentos e sessenta e sete reais em espécie. Afirmando ainda que ao serem questionados os réus confessaram o intento de venda das drogas, pois precisavam de dinheiro. Ressaltando também que em data posterior já havia realizado a abordagem de ambos os réus em local conhecido por ser ponto de venda de drogas.

O depoimento acima foi inteiramente ratificado pelo policial militar Fábio da Silva, que também participou da diligência, em sua oitiva administrativa.

Tais depoimentos não devem ser desqualificados, tão-só pela condição profissional das testemunhas, pois não teriam qualquer motivo para imputar falsamente a conduta criminosa aos recorrentes. Além disso, nada há de concreto nos autos que pudesse desmerecer essa prova.

Este é o entendimento adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"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" (Habeas Corpus nº 74.608-0, rel. CELSO DE MELLO, j. 18.2.97).

No mesmo diapasão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) 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" (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – 6ª Turma, j. 15.5.2011, DJe 1.6.2011).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório" (HC 136.220/MT – Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – 5ª Turma, j. 23.2.2010, DJe 22.3.2010).

Acesso ao Sumário

Outrossim, não há porque duvidar dos depoimentos destes que 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 os acusados.

Também não parece plausível que os policiais se dariam ao capricho de alterar a dinâmica dos fatos e juntar a mencionada quantidade de drogas e dinheiro apenas para incriminar os apelantes gratuitamente.

Com efeito, não se pode presumir que a ação do policial, investido pelo Estado em função de vigilância e repressão, tenha por destinação a incriminação de um cidadão inocente. Seria preciso, para tanto, a existência de indícios mínimos a respeito. E a prova colhida não revela qualquer traço de irregularidade na conduta dos policiais.

Portanto, não há nos autos qualquer indício de falsa imputação de crime a inocente.

Ouvido em juízo, Jerre Adriane Ribeiro Silva, padrasto do corréu Jefferson, afirmou que na data dos fatos estava saindo de casa quando se deparou com os policiais, os quais informaram acerca da denúncia existente contra o referido corréu, ao que o depoente permitiu o ingresso dos policiais, os quais se dirigiram ao quarto do corréu e bateram na porta, após o que o depoente não mais presenciou a ação policial, sendo avisado posteriormente acerca da apreensão de drogas. Acrescentou ainda que sabia do vício do enteado, e buscava ajudar o mesmo.

Ao passo que as testemunhas de defesa Alexandre, Antônio Araújo Gonçalves, Ana Lúcia Biraes Minetto, Tiago Felix de Oliveira, e Vinicius Camargo Justino em nada acrescentaram, vez que não presenciaram os fatos, limitando-se a atestarem pela boa índole dos corréus.

Por sua vez, o recorrente Jefferson negou ter qualquer relação com o narcotráfico, alegando em juízo, que na data do ocorrido estava em sua residência, e ao sair do banho foi informado que o corréu Igor estava lhe esperando em seu quarto, e encontrando-se com o mesmo fechou a porta, pois ele havia trazido duas porções de "maconha", porém nesse momento ouviu batidas na porta, mas antes que pudesse abri-la, a mesma foi arrombada por policiais, os quais ordenaram que se deitassem no chão, questionando se possuíam alguma coisa, ao que teriam respondido afirmativamente, que Igor estava com duas porções de droga, enquanto Jefferson possuía a quantia de quinhentos e setenta reais, tendo os mesmos então sido conduzidos até a Delegacia. Alegou que estavam em posse apenas de "maconha" a qual se destinava ao consumo próprio, e que a quantia em espécie era proveniente de seu trabalho, nada sabendo acerca das demais drogas apreendidas.

Ao passo que o corréu, em seu interrogatório judicial, de igual forma

Acesso ao Sumário

negou o intento de tráfico, alegando que teria adquirido duas porções de "maconha" em uma praça, após o que se dirigiu á casa de Jefferson para juntos consumirem, mas os mesmos acabaram detidos pelos policiais. Disse ainda que não tinha qualquer conhecimento acerca da "cocaína" e do dinheiro portado pelo corréu Jefferson.

No entanto, tal versão não convence, pois, além de não ter sido comprovada, restou completamente dissociada dos demais elementos de convicção colhidos.

Ressalta-se também que ambos os réus permaneceram em silêncio na fase administrativa, comportamento esse, que, embora escudado em garantia constitucional, não condiz com o normal e esperado de pessoa inocente. Pelo contrário, aquele que é injustamente acusado procura demonstrar à exaustão sua inocência, o que, porém, não ocorreu no caso dos autos.

Tal entendimento encontra respaldo na doutrina moderna:

"Releva notar que a prova do fato criminoso não consistiu somente no testemunho dos policiais; o primeiro indício que se elevou dos autos, poderoso a abafar os protestos de inocência do réu, foi o silêncio a que se restituiu, na fase do inquérito (fl. 7). Como nada respondesse à autoridade policial a respeito da grave imputação de que era arguido, nisso mesmo deu a conhecer sua culpa. É que ninguém deixa de repelir com todas as forças injusta acusação, notadamente se da gravidade da que ao réu desfechou o órgão do Ministério Público. Segundo aquilo do jurisconsulto Paulo, no Digesto (50, 17, 142): Quem cala não confessa, mas também não nega ("Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare"). Ainda: "Muito embora o silêncio do interrogando seja uma faculdade procedimental, é difícil acreditar que alguém, preso e acusado de delito grave, mantenha-se calado só para fazer uso de uma prerrogativa constitucional" (RJTACrimSP, vol. 36, p. 325: rel. José Habice). (TJSP, Apelação Criminal nº 993.05.001105-4, São Paulo, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. CARLOS BIASOTTI, j. 25.6.2009).

Assim, em face da natureza, da considerável quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos, do fato de estarem embalados individualmente e prontos para entregar á terceiros, e também do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante, fica patente a destinação comercial dos mesmos.

Ademais, o tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é um crime de conteúdo múltiplo, descrevendo diversas condutas, mas para a sua caracterização basta à prática de apenas uma delas.

Nesse sentido:

"Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização" (RT 714/357).

Eis que, em que pese os argumentos apresentados pela combativa defesa, revela-se não só correta, como necessária a condenação de ambos os recorrentes

Acesso ao Sumário

pelo delito de tráfico, pois encontra-se suficientemente baseada no conjunto probatório carreado aos presentes autos.

Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas, e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da *persecutio criminis.*

Com relação a fixação das penas, agiu corretamente o M.M. juízo *a quo*, posto que as mesmas foram fixadas dentro dos limites legais, e se encontram devidamente motivadas, individualizadas e adequadas à hipótese dos autos, não se cogitando de redução. Tendo a pena base aplicada a ambos os réus sido estabelecida corretamente acima de seu patamar mínimo legal, vez que a conduta dos mesmos se mostra altamente reprovável, pois foram detidas em poder de ambos, mais de duzentas porções de drogas, o que não permite que a pena permaneça em seu mínimo legal, indicando maior afetação ao bem juridicamente tutelado, e um maior risco á saúde pública, conforme o disposto no artigo 42, da Lei de Drogas.

A sanção de ambos os corréus foi em seguida reduzida devido a presença da circunstância atenuante disposta no artigo 65, inciso I, do Código Penal, qual seja, o fato dos mesmos possuírem menos de vinte e um anos quando dos fatos. Fazendo com que a pena retorne ao patamar mínimo legal.

Note-se, portanto, que o pedido de redução da pena-base formulado pelas combativas defesas, revela-se inócuo, posto que mesmo que a pena-base fosse inicialmente fixada em seu patamar mínimo, é certo que as circunstâncias atenuantes não tem o condão de reduzir a mesma aquém do mínimo legal. Dessa forma não haveria qualquer alteração prática das penas.

Também deve ser afastado o pleito defensivo de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, no caso em tela, ante ao fato que, como ficou bem comprovado, os réus dedicava-se intensamente às atividades criminosas, vez que estavam de maneira organizada, embalando e preparando para a venda, nada menos que duzentas e trinta e duas porções de drogas, tendo os mesmos já sido anteriormente abordados em local conhecido por ser ponto de venda de drogas, sendo afirmado pelos milicianos que ao serem questionados os corréus admitiram o intuito de venda dos narcóticos para obtenção de lucro, restando claro que os mesmos eram responsáveis pela manutenção do consumo de diversos usuários, controlando a venda de inúmeras porções de drogas, não se estando diante de pequeno traficante, o qual o legislador buscou beneficiar com tal dispositivo legal.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"PENA – Fixação – Tráfico de entorpecentes – Redução – Beneficiamento

do agente que faz do comércio de drogas sua atividade com caráter permanente e habitual, revelando envolvimento em atividade criminosa, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – Impossibilidade – Aplicação apenas ao traficante eventual – Observância – Recurso não provido neste aspecto." (TJSP – Apelação Criminal nº 1.180.451-3/5, Taubaté, 5ª Câmara Criminal, Rel. MARCOS ZANUZZI, j. 24.4.08, v.u., voto nº 15.940).

Note-se também grande parte do entorpecente encontrado em poder dos réus, era "cocaína", em sua forma "crack", substância que se revela ainda mais nociva do que as demais.

A propósito:

"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).

Dessa forma, a pena resulta em cinco anos de reclusão, e pagamento de quinhentos dias-multa para ambos os corréus. Penas estas que se tornam definitivas devido à ausência de demais causas modificativas. E, portanto, não comportam qualquer alteração.

Quanto ao pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a concessão de tal benefício não se mostra possível no presente caso, vez que o *quantum* de pena privativa de liberdade fixado na r. sentença, e mantido por este acórdão, como relatado acima, impede a concessão do mesmo. Vez que, o próprio artigo 44 do Código Penal em seu inciso I estabelece como condição para a concessão de tal benefício que ao réu não seja aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Requisito este que não se faz presente no caso em tela, vedando, portanto, a concessão deste benefício.

Acesso ao Sumário

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado. Sendo que tal tratamento mais severo corresponde 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.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos. O que faz com que a conduta dos réus 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).

Ainda, entende este relator que não é automática a aplicação do instituto da *detração*, em primeiro lugar em razão de tal instituto não ter sido previsto como um critério para fixação do regime inicial de cumprimento de pena e, especialmente na falta de elementos subjetivos do acusado. A aplicação do instituto não pode, pura e simplesmente, *progredir* de regime o condenado levando-se em conta somente o tempo de prisão já cumprido sem a aplicação de qualquer outro critério.

O benefício da detração em sede de apreciação de recuso de apelação não merece ser provido em razão de ser inviável, no atual estágio de cognição, a análise quanto à possibilidade de progressão a regime menos severo, posto que ausentes nos autos elementos necessários à aferição dos requisitos de ordem subjetiva.

Nesse sentido, também já se pronunciou a Colenda 6ª Câmara de Direito Criminal, no julgamento da Apelação nº 3009948-55.2013.8.26.0099, cujo preciso voto, do E. Desembargador Marco Antônio Marques da Silva, merece destaque:

"Observo, ainda, que a aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal carece de uma melhor regulamentação, visto que é dispositivo que se assemelha aos regramentos da progressão de regime, matéria pertinente ao juízo das execuções criminais. Com efeito, para a fixação de um regime mais brando com fundamento no tempo de custódia cautelar, o Juízo a quo necessitaria ter acesso a dados pessoais do réu, como atestado de comportamento carcerário, a fim de averiguar se possui os requisitos objetivo e subjetivo. Tal análise, a nosso ver, deve ser feita no âmbito da execução penal. Além disso, uma interpretação literal do referido dispositivo legal poderia propiciar situações de flagrante injustiça, pois, por exemplo, aquele indivíduo que respondeu preso ao processo e foi condenado à pena privativa de liberdade terá o abatimento do período em que permaneceu recolhido por ordem do Magistrado que proferiu a sentença, o que possibilitaria sua progressão de regime tendo por base somente o preenchimento do requisito objetivo; por sua vez, o condenado que respondeu o processo em liberdade só obterá a mesma benesse desde que preencha os requisitos do artigo 112, da Lei de Execuções Penais, fato este que caracterizaria violação ao princípio da isonomia. Portanto, a fim de se evitar incoerências dessa natureza, mais prudente que a matéria atinente à detração penal seja analisada pelo Juízo da Execução"

Importante ressaltar também que a detração deve ser pleiteada no Juízo da Execução da pena ante a inexistência de qualquer informação acerca das condições subjetivas do acusado, especialmente o mérito e o comportamento do acusado na prisão.

Arrematando-se, para efeito de prequestionamento, ressalta-se que não houve qualquer violação a qualquer dispositivo da Constituição Federal, Código

Acesso ao Sumário

de Processo Penal, Código Penal, ou súmulas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos, mantendo-se, a r. sentença impugnada, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040100-22.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ ROBERTO FERREIRA MILITÃO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "afastada a preliminar, CONHECERAM e DERAM PROVIMENTO ao recurso de apelação para reformar a r. sentença e absolver o apelante JOSÉ ROBERTO FERREIRA MILITÃO da imputação do crime de calúnia contra funcionário público no exercício da função, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.349)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 24 de maio de 2017.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Calúnia contra funcionário público no exercício da função em concurso formal – Recurso defensivo buscando, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia e, no mérito, a absolvição por insuficiência probatória ou por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, a redução da pena – Preliminar afastada – Absolvição que se impõe – Provas frágeis a comprovar o dolo específico em macular a honra das vítimas – Conduta praticada com *animus defendendi* – Inteligência do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal – Apelo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 439/443 e 454/455, acrescenta-se que o réu **JOSÉ ROBERTO FERREIRA MILITÃO** foi condenado, como incurso no art. 138, c.c. o art. 141, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, à pena de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, e pagamento de 26 (vinte de seis) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos.

Inconformado, apelo o réu buscando, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia e, no mérito, a absolvição por insuficiência probatória, por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, a redução da pena (fls. 459/518).

Processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 549/554).

É o relatório.

A arguição de inépcia da denúncia não merece guarida, uma vez que cumpriu as formalidades legais, de acordo com o art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a possibilitar a plena e ampla defesa. Disso resta evidente que todos os princípios do processo legal foram observados.

Afastada a preliminar, passa-se a análise do mérito.

O presente apelo comporta provimento.

Em que pese a conclusão da r. sentença, a prova constante nos autos não autoriza o desate condenatório.

Analisando o conjunto probatório, principalmente as mídias, não está devidamente demonstrado que a intenção do apelante em imputar diretamente à pessoa da Magistrada e do Promotor de Justiça o crime de racismo.

Extrai-se dos autos que o apelante estava atuando como defensor em causa própria em ação penal que lhe era atribuída a prática de crime de estelionato. Tudo transcorria normalmente durante a audiência, até que de forma inusitada a Magistrada determinou a ele que se retirasse da sala a fim de que a vítima prestasse suas declarações.

Absolutamente descabido o procedimento na condução da audiência. A Magistrada, sem justificativa plausível, cerceou o direito de defesa do acusado, mesmo porque em um simples processo de estelionato, nada estaria a impor constrangimento a quem quer que seja, tão pouco a pessoa da vítima.

Pretender que o Defensor exercitasse a ampla defesa posteriormente, com postergação do contraditório, é de todo inadmissível, e dessa forma o protesto do acusado na condição de Advogado, foi plenamente justificado. Realmente era de ficar pasmo com tamanhos equívocos na condução dos trabalhos em audiência.

Na sua legítima reação, o *animus defendendi*, o acusado foi praticamente

Acesso ao Sumário

compelido pela Magistrada a repetir perante a câmera de gravação, palavras ditas anteriormente em momento de exaltação.

Todavia, na questão técnica de fundo quanto ao tipo penal constante da peça incoativa, reveste de fundamental importância o fato de em nenhum momento o apelante ter se dirigido especificamente à pessoa do Promotor de Justiça ou à pessoa da Juíza de Direito. Limitou-se a dizer que estava acontecendo um preconceito institucional, donde pode ser afirmado que inexistiu a tipificação, porque não há na espécie o sujeito subjetivo certo e determinado.

Pelo exame atento das provas, em especial pela audição da mídia em que está gravada a fatídica audiência (fls. 387), é possível concluir que não houve *animus caluniandi* na conduta do réu, pois ele foi categórico em afirmar, em todas as oportunidades em que foi questionado, que, na realidade, ele estava sendo vítima de "***racismo institucional***", o que impõe entender a ausência de dolo direto e a inexistência do crime. Vejamos:

O apelante afirmou naquela oportunidade: "*Uma vez que o Juízo esta impedindo que o Advogado em causa própria assista ao depoimento da pretensa vítima reafirmo o que foi afirmado em habeas corpus que estou sendo vítima de processo em que incide racismo institucional por parte do Estado, uma vez que o Estado está promovendo uma ação criminal de um trabalho lícito, correto, executado durante 30 meses sob a falsa imputação de um estelionato. Os documentos que constam nos autos, comprovando a prestação de serviço, comprovando a cobrança parcial dos honorários de Advogado, e o Ministério Público sem ler com a devida atenção aos documentos juntados no Inquérito Policial fez uma esdruxula denúncia, sem fundamento legal, que foi recebida nesse Digno Juízo, sem fundamento legal, na fase do art. 397 do Código de Processo Penal, esse juízo deixou de apreciar as provas constantes nos autos e isso só pode ter uma razão, que vem lá da origem do Inquérito Policial. Uma denúncia em racismo, em que as autoridades estão deixando de cumprir o devido processo legal para imputar a um trabalhador, 61 anos de idade, 36 anos de profissão, que jamais respondeu a qualquer inquérito policial, a qualquer lesão a patrimônio de quem que seja.(...)"* Ainda, *"registro como protesta, uma vez que o Digno Juízo numa ação que não envolve nenhum indício de violência, nenhum indício de ameaça as vítimas ou às pretensas vítimas, impeça o advogado em causa própria de ouvir a oitiva e formular as reperguntas necessárias dirigidas a elucidar o Digno Juízo, que é o único objetivo deste advogado em defesa de causa própria. Elucidar o Juízo para que se pratique Justiça e para que não se consolide o racismo institucional apontado, em que as pessoas pretas e pardas neste País recebem um tratamento discriminatórios dos poderes estatais: na saúde, na Justiça, na Segurança Pública*".

Acesso ao Sumário

A corroborar, em juízo, a testemunha de acusação Fernando Luís de Pontes, escrevente judiciário presente na sala de audiência no dia dos fatos,

disse que o réu atuava em causa própria e, após não concordar com a decisão da Magistrada, alegou que o processo era resultado de racismo institucional. Não se recordou se a ofensa foi dirigida diretamente ao Promotor ou à Magistrada. Ainda, não conseguiu distinguir a ofensa dirigida ao exercício da função da ofensa pessoal.

Ainda é de se dizer que o fato de o réu ter agido com *animus* de defender um direito, de externar divergências de cunho profissional, ainda que de forma mais contundente, não configura o crime de calúnia, pois não há a comprovação de ter havido a intenção clara de provocar a ofensa moral.

Como é cediço, sabe-se que para a configuração do referido crime, há necessidade da comprovação do dolo. A doutrina nos ensina que:

> "9. Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há a forma culposa. Entretanto, exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo". (Nucci, Guilherme de Souza – Código Penal Comentado, 14ª edição, editora Forense, pág. 746).
>
> "Dolo direto e eventual
>
> Na figura do caput, o dolo pode ser direto ou eventual; na do § 1º, somente direto.
>
> *'Animus defendendi'*: ausência de dolo
>
> Não há *animus caluniandi* na conduta de quem se limita a analisar e argumentar dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação. Na verdade, postura comportamental como essa caracteriza tão-somente o *animus defendendi*, na qual não há a visível intenção de ofender.
>
> (...)
>
> Elemento subjetivo especial: *'animus caluniandi'*
>
> Além do dolo, é indispensável o *animus caluniandi*, elemento subjetivo especial do tipo, que parte da doutrina entende desnecessário. A calúnia exige, afinal, o especial fim de caluniar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido, que, se não existir, não tipificará o crime". (Bitencourt, Cézar Roberto – Código Penal Comentado, 4ª edição, editora Saraiva, pág. 533).
>
> "*Animus caluniandi*: Se a intenção era outra, como defender alguma coisa, narrar, criticar, etc., não se configura a calúnia, ainda que as palavras, frases ou expressões, analisadas objetivamente, sejam aptas a ofender (TRF da 4ª R. RT 818/720)" (Demanto, Celso – Código Penal

Acesso ao Sumário

Comentado, 8ª edição, editora Saraiva, pág. 505).

Ante o exposto, por meu voto, afastada a preliminar, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação para reformar a r. sentença e absolver o apelante **JOSÉ ROBERTO FERREIRA MILITÃO** da imputação do crime de calúnia contra funcionário público no exercício da função, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0054743-03.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GILBERTO DA SILVA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso - V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.455)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 18 de maio de 2017.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Sentença condenatória. Defesa objetiva absolvição. Conduta imprudente do réu ao dirigir na contramão de direção em razão de sonolência. Materialidade e autoria induvidosas. Imprudência configurada. Condenação mantida. Penas bem dosadas Apelo defensivo não provido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que se acolhe, acresço que GILBERTO DA SILVA SANTOS foi condenado, pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital, à pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, além de suspensão ou proibição de obter habilitação para dirigir veículo automotor por 03 (três) meses, por incurso nos artigos 302, *caput*, da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Acesso ao Sumário

A carcerária foi substituída por prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena e limitação de fim de semana.

Irresignada com o desfecho (cf. termo de recurso à fl. 406), a Defesa apela (Razões de Apelação de fls. 349/378) almejando, em síntese, absolvição.

Contrarrazões devidamente ofertadas às fls. 380/383 (Ministério Público) e 388/402 (Assistente de Acusação – *Dra. Luana Paschoal, OAB/SP 163.626*).

Regularmente processado o recurso, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo seu parcial provimento (fls. 409/414).

RELATADOS, passo a decidir.

A r. sentença condenatória deve ser mantida por seus próprios fundamentos, ora adotados como razão de decidir.

Consta na denúncia que, em 04 de agosto de 2013, por volta das 06h45min, na Avenida Carlos Caldeira Filho, altura do nº 125, nesta Capital, GILBERTO DA SILVA SANTOS, agindo com culpa na modalidade imprudência, praticou homicídio na condução de veículo automotor, causando acidente que culminou em vítima fatal, *Alex Korniloviez.*

Segundo apurado, GILBERTO *"(...) conduzia o veículo Fiat/Siena, de placas DMI-9738/SP, pela Avenida Carlos Caldeira Filho no sentido centro/bairro, ocasião em que, repentinamente, invadiu a faixa de sentido oposto, completamente na contramão de direção. Gilberto colidiu com a motocicleta que era conduzida por ALEX, lançando-o metros a frente. Consta que a motocicleta foi prensada contra o automóvel de FERNANDA SOUZA".*

Ainda, após a colisão com a moto, em seguida colidiu contra o veículo Ford/Ka, que era conduzido por *Fernanda Souza* e, com o impacto, os veículos se incendiaram.

A vítima *Alex* faleceu no local do acidente (cf. denúncia de fls. 01d/03d).

A materialidade delitiva foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02/08), boletim de ocorrência de autoria conhecida (fls. 09/13), laudo de exame necroscópico (fls. 61/62), laudos periciais (fls. 66/87), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria e a conduta imprudente do réu também são induvidosas.

Silente em distrito policial (fl. 08), sob o manto do contraditório GILBERTO disse que saiu de casa por volta das 04h00 para levar seu irmão ao aeroporto. Quando retornava, teve um mal estar e desmaiou, de modo que perdeu o controle do veículo, havendo assim a colisão. Relatou que os policiais apenas lhe perguntaram se havia ingerido bebida alcoólica (cf. mídia digital de fl. 251).

A testemunha *Valdeci Moreira Brandão* declinou que viu quando o veículo conduzido por GILBERTO começou a "comer faixa", e acabou colidindo com a

Acesso ao Sumário

moto conduzida pela vítima. Disse que conversou com GILBERTO, que narrou que estava cansado e dormiu ao volante, e não relatou nada sobre mal súbito (cf. fl. 07 e mídia digital de fl. 217).

A testemunha *Fernanda de Souza* declinou que estava indo trabalhar quando de repente viu algo vindo em sua direção e freou o carro, quando um corpo colidiu em seu veículo e em seguida, outro automotor a atingiu. No momento, acabou batendo a cabeça. Após alguns instantes, retomou a consciência e falou com GILBERTO, que pediu desculpas e disse que estava com muito sono, por isso acabou invadindo a contramão e atingiu o motociclista (cf. mídia digital de fl. 217).

A mãe da vítima, *Maria José*, relatou que conversou com GILBERTO após o acidente e ele disse que havia dormido enquanto dirigia (cf. mídia digital de fl. 217).

As testemunhas de defesa *Cícera Lira da Silva, Juracy Pereira da Silva, Vicente Barbosa da Silva, Paulo da Silva Santos e Ednaldo João da Silv*a nada declinaram sobre os fatos ora tratados, apenas relatando que GILBERTO se trata de boa pessoa e de bom convívio, sendo que souberam posteriormente que teria tido mal súbito e se envolveu em acidente automobilístico (cf. mídia digital de fl. 251).

O policial *Eric Paulo* narrou que foram acionados para atender ocorrência de acidente. Chegando ao local, Alex já estava morto. No mais, relatou que soube que GILBERTO disse que havia deixado um parente no aeroporto e, ao retornar, acabou dormido ao volante (cf. mídia digital de fl. 217).

O policial *Cícero de Lima Bezerra* declinou que conversou com GILBERTO e ele disse que não se lembrava do ocorrido (cf. mídia digital de fl. 229).

O policial *Gastão Santiago Neto* declinou que se recorda pouco dos fatos, mas que ao chegarem ao local, encontraram a vítima caída, que foi socorrida de imediato e GILBERTO permaneceu no local, mas não conversou com ele (cf. mídia digital de fl. 229).

Acesso ao Sumário

A conclusão do laudo de local e as provas colhidas não deixam dúvidas de como o acidente ocorreu: o Réu dormiu na condução do veículo e acabou invadindo a contramão, provocando o infortúnio que culminou na morte de *Alex.*

O laudo pericial à fl. 172 constatou que *Alex* faleceu *"(...) em decorrência de POLITRAUMATISMO produzidos por instrumento contundente acidente de trânsito".*

A alegação de que teve um mal súbito e que tal fato reveste-se de caso fortuito não restou minimamente comprovada nos autos.

Ao contrário, dos depoimentos das testemunhas se infere claramente que alegou que estava sonolento.

Ademais, se estivesse se sentindo mal, o correto seria que parasse seu veículo, até que retomasse as condições para prosseguir.

Analisado o caso por qualquer vertente, restou plenamente configurada a imprudência.

Assim, sobejamente caracterizada a responsabilidade do Réu, porquanto a sonolência poderia ter sido evitada, pela simples adoção de interrupção da viagem, já que, diante dos primeiros sinais de cansaço, resta claro para qualquer motorista a incapacidade de prosseguir viagem, de modo que inegável a imprudência.

Nesse sentido, já decidiu esta C. 9ª Câmara de Direito Criminal:

"Trânsito. Homicídio culposo e lesões corporais culposas. Recurso em que repetidamente se admitiu que o acusado estava excessivamente cansado quando invadiu a contramão e colheu a motocicleta que vinha em sentido contrário. Culpa configurada. Imprudência"[1]

Portanto, a causa determinante para o evento foi a maneira imprudente de condução do automóvel pelo Réu.

É fato: se o Réu estivesse dirigindo com prudência e atenção, indispensáveis à segurança no trânsito, e com capacidade psicomotora incólume, talvez o acidente pudesse ter sido evitado.

Portanto, bem lançada a condenação.

Passo à análise da dosimetria da pena.

A pena foi mantida no mínimo legal.

A suspensão da habilitação por 03 (três) meses se deu em decorrência das circunstâncias do caso em exame.

Estabelecido o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda corporal.

Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, houve a substituição da carcerária por prestação de serviços à comunidade e por limitação de final de semana.

Ante o exposto, **NEGA-SE** provimento ao apelo, mantendo-se a r. sentença, *in totum*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004032-91.2012.8.26.0660, da Comarca de Viradouro, em que é apelante JULIO CESAR

1 Apelação nº 0003872-97.2012.8.26.0197, Relator Roberto Costabile e Solimene, j. 30/04/2015.

Acesso ao Sumário

BARBOSA DE BRITO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reclamo da defesa, mantendo-se integralmente a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.906)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COSTABILE E SOLIMENE (Presidente sem voto), SOUZA NERY e SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 19 de maio de 2017.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Homicídio qualificado – Afastamento das qualificadoras na segunda fase da dosimetria, ante a impossibilidade de aumentarem a pena como se agravantes fossem – Inexistente obrigatoriedade no sentido de que deveria ocasionar aumento apenas na primeira fase – Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 446/448, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal para condenar **JULIO CESAR BARBOSA DE BRITO**, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, §2º, incisos I, III e IV, do Código Penal, ao cumprimento de 21 (vinte e um) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Por meio de recurso, a defesa pretende sejam afastadas as duas qualificadoras aplicadas na 2ª fase da dosimetria, porquanto a presença de mais de uma qualificadora deveria ocasionar aumento apenas na 1ª fase (fls. 478/482).

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões de fls. 484/491, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo seu desprovimento (fls. 502/505).

É o relatório.

Por primeiro, anoto que o réu manifestou desejo em recorrer da r. sentença na própria sessão, como consta do termo à fl. 451, sendo que a apresentação das razões fora do prazo, como ocorreu, constitui mera irregularidade que não obsta o conhecimento do apelo.

Superada essa questão, tenho que o recurso não deve ser provido.

Acesso ao Sumário

Verifica-se da denúncia que, em 07/10/2012, o réu matou a vítima Marcos Donizete Inácio, com emprego de fogo, por motivo torpe e com a utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Apurou-se que o réu estava embriagado e avistou a vítima do outro lado da rua. Na sequência, o ora apelante desferiu um chute no rosto de Marcos, derrubando-o e, neste momento, despejou sobre ele um líquido inflamável que trazia consigo, ateou fogo no corpo, ocasionando, pois, o óbito da vítima.

Embora o apelante tenha relatado prévio contato com a vítima na data dos fatos, ao que tudo indica não passou de uma simples discussão, longe de justificar um ataque brutal.

Anote-se que o réu disse se lembrar de todo o ocorrido, mas sobre o momento homicídio limitou-se a dizer que "não sabia o que estava fazendo". Além disto, de certa forma, tentou eximir sua responsabilidade por ter consumido drogas e bebidas alcoólicas na noite anterior.

O próprio juiz de primeiro grau extraiu pelo relato do insurgente que a aproximação ocorrida na rua se deu justamente com a finalidade de ceifar a vida de Marcos.

Com isso, é possível concluir que justa a condenação do insurgente.

Da mesma maneira, entendo que deve permanecer intacta a fixação da pena.

A pena-base foi majorada em 1/3 (um terço), em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, perfazendo 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Na segunda fase, o fato de o d. magistrado ter considerado duas das qualificadoras como agravantes não revela atecnia de sua parte, como pretende fazer crer a defesa, uma vez que não existe obrigatoriedade nesse sentido.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciaram acerca dessa possibilidade, ou seja, é plenamente possível que uma circunstância qualificadora preste-se a formar o tipo qualificado, e as demais qualificadoras sejam consideradas como circunstâncias agravantes, quando previstas como tais no artigo 61 do Código Penal, como o caso em questão: recurso que dificultou a defesa do ofendido e o motivo torpe – que foram suficientes a majorar a pena em 1/3 (um terço), na segunda fase, totalizando 21 (vinte e um) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Em razão do *quantum* da pena aplicada, além da natureza hedionda do delito, o regime fechado é o mais indicado e por isto deve ser mantido.

Assim sendo, nega-se provimento ao reclamo da defesa, mantendo-se integralmente a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001734-88.2015.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que são apelantes G.F.O. e R.S.N., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos recursos para condenar G.F.O. e R.S.N. como incursos no artigo 180, "caput", do CÓDIGO PENAL à pena de um ano e três meses de reclusão; como incursos no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, às penas de dois anos de reclusão e como incursos no artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, às penas de um ano e três meses de reclusão. Mantida a pena de multa fixada na sentença e o regime inicial semiaberto. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.309)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente sem voto), AIRTON VIEIRA e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 6 de junho de 2017.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: RECEPTAÇÃO – PORTE DE ARMA – CORRUPÇÃO DE MENORES: veículo de luxo, recente, sem demonstração de que os menores tivessem condições para aquela ostentação. Adesão das condutas de uns, às dos outros. Conhecimento da arma de fogo no veículo: visível para todos que ali estavam, inclusive levando a que procurassem se desfazer dela durante a perseguição policial. Corrupção de menores: todo ato lesivo ao caráter do menor é corrosivo e leva à tipificação da conduta. Policial é testemunha como qualquer pessoa e impugnação a seu depoimento deve ser específica, fundamentada, não genérica pela origem.

Pena fundamentada, art. 59, CP, regime prisional com previsão legal. Aplicação da circunstância atenuante genérica de menoridade como sugerido pelo Procurador de Justiça oficiante, em 1/6 sobre as penas originalmente fixadas. Regime prisional semiaberto que se mostra adequado e fica mantido.

Acesso ao Sumário

DADO parcial PROVIMENTO AOS RECURSOS.

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 229/232verso dos autos, contra ela apresentam recursos de apelação ambos condenados, pedindo sua reforma. Os apelantes foram condenados por fato de 01 de fevereiro de 2015, como incursos nos artigos 180, "*caput*", do CÓDIGO PENAL, artigo 14, da Lei nº 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento e artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, às penas de, respectivamente, um ano e seis meses; dois anos e seis meses e um ano e seis meses de reclusão para todos os delitos – no total de cinco anos e seis meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa.

Tese comum: Entendendo insuficiente o conjunto probatório, destacando suas versões negatórias dos fatos, criticando a prova colhida em seu desfavor, mormente a derivada de policial, pleiteiam as respectivas absolvições. Destacam que os menores já eram corrompidos anteriormente e que não aderiram por qualquer modo à vontade ou atitudes destes.

Recursos tempestivos, arrazoados, respondidos. Manifestando-se nos autos neste Grau o Procurador de Justiça, por seu membro oficiante nestes autos, **Dr. JOSÉ CARLOS MELONI SÍCOLI**, se posicionou pelo não acolhimento do pleito, mantendo a sentença em seus termos e extensão quanto ao mérito. No que tange as penas, se posicionou pela aplicação da circunstância atenuante genérica de menoridade.

É O RELATÓRIO.

Em Juízo os apelantes negaram as práticas delituosas que lhes vêm sendo imputadas. Relataram encontro casual com os menores, que já ocupavam o carro produto de subtração anterior e disso não desconfiaram, com eles seguindo para encontrar algumas garotas.

Na forma do artigo 156, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, os apelantes não se desincumbiram de provar nenhuma de suas alegações, ou seja, minimamente, que tais garotas com as quais iriam se encontrar existissem, bem como que tivessem combinado com elas para isso.

Quanto a estarem em carro produto de subtração anterior, tudo se pretende descarregar para a responsabilidade do menor inimputável que o veículo conduzia, bem como para seu acompanhante, Y. e W. Mas os apelantes não conseguiram esclarecer como tais menores se apresentaram para eles com veículo automotor, de vez que eram conhecidos e não demonstravam potencial econômico para tal aquisição. De se notar que tal veículo, pela descrição de fls. 39, é Ano 2012 e Modelo 2013, ou seja, sequer é daquele modelo antigo; é moderno.

Acesso ao Sumário

Os apelantes em que pese sejam primários, não são deslocados do mundo e, portanto, têm noção do custo de veículo nessas condições. Estando os menores na posse do mesmo, sequer necessária a providência ensaiada em razões de apelação de consultar órgão público de trânsito para se informar a respeito. Era a disparidade da coisa com aqueles que a detinham que demonstrava que aquilo era produto de crime anterior, como bem reconhecido pela sentença atacada. Rejeito todas as ponderações da Defesa Apelante que sejam contrárias ao reconhecimento agora exposto.

No que tange ao porte de arma de fogo, esta se fazia visível para todos que estavam naquele veículo. Era preponderante, tanto que durante a perseguição foi jogada fora, ou seja, se se tratasse de instrumento oculto, por certo que não se preocupariam com essa providência. Mas o simples fato de procurarem se desfazer disso já traz a intensidade de visibilidade que tal arma tinha e, portanto, se referindo a todos eles.

Ainda que de uso de qualquer um deles, o ajuste para que tivessem aquela arma era comum a todos. Estava naquele carro que ocupavam, que se pretendeu fosse de menor inimputável, que não aparentava nenhuma condição econômica para ter o bem, e acessível. Na fundamentação da sentença atacada, também fica mantida essa parte da condenação. Rejeito todas as ponderações da Defesa Apelante que sejam contrárias ao reconhecimento agora exposto.

Adolescentes, jovens, são sugestionáveis e perante as dificuldades da vida e promessa de lucro fácil com subtrações, são levados a tanto como uma ascensão social, mesmo. Não há como se negar que nesses ambientes o crime é carismático. Ainda que corrompido anteriormente, cada ato de corrosão é sedimentador de mais uma agravante.

Os adolescentes são personagens sujeitos a influências externas; estão em formação constante nessa fase, hormônios e alterações físicas se apresentando e na parte psíquica, a necessidade de auto afirmação se fazendo presentes. A indução para o trabalho como para o crime podem se apresentar simultânea e uniformemente, mas o mais favorável, menos trabalhoso e com possibilidade de refletir sobre certos ambientes é o que será acolhido.

Ainda que corrompido anteriormente o menor, não é menos certo que todo e qualquer ato que novamente o expõe é um acréscimo à deterioração do caráter. Jovens em formação, atraídos pelo lucro apresentado como fácil e querendo se distanciar do labor, em ambientes nos quais o mau proceder é sinônimo de ascensão social, são presas fáceis.

A corrupção do menor, personalidade em formação, assume especial pelo encaminhamento indevido, errado principalmente, dele. Pode ser desviado do caminho certo e pelas dificuldades de ascensão social, econômica, manutenção de família regular em razão de estudo ou dedicação ao trabalho, confrontando

Acesso ao Sumário

com prestígio do crime, a atração ao ser em evolução, formando-se, é gritante. Isso leva ao encaminhamento da conduta.

Participo do entendimento de que qualquer ato de corrosão do caráter de menor é suficiente para o encaminhar ou manter no crime. Está-se lidando com um adolescente, pessoa em formação de órgãos, hormônios construindo corpo e mente, facilmente sugestionável.

Reiterando: ainda que com passagens anteriores por infrações, a renovação desse proceder se torna nova corrosão para o caráter do menor. Rejeito todas as ponderações da Defesa Apelante que sejam contrárias ao reconhecimento agora exposto.

Policiais são testemunhas como qualquer outra pessoa, levando a que a impugnação contra eles dirigida seja específica, demonstrando a ausência de imparcialidade ao depor, não genérica pela origem, o que não pode ser acolhido.

Ademais, além de assumir o compromisso legal e responder pelo falso testemunho, se comprovado, policiais além disso que é comum ao particular podem ter problemas funcionais intransponíveis, levando ao cuidado em seus depoimentos.

Ainda: em ambientes desse tipo, nos quais não há testemunha isenta ou que não tema revanchismo, policiais acabam sendo os únicos que podem informar de modo idôneo o que ali se desenvolveu. Faltando com a verdade, deverá ser demonstrado o ponto crítico.

No confronto entre a negativa do apelante quanto a autoria do crime e a palavra de vítima e testemunha, há que se sopesar o valor do trazido por cada uma delas. Enquanto o acusado em processo criminal não é obrigado a produzir prova contra si próprio e não tem compromisso com a verdade, vítima e testemunhas respondem criminalmente caso seja imputado crime falsamente ou se falte com a verdade em afirmação. Por certo que os que têm compromisso com a verdade devem ser mais valorizados.

Em atenção ao artigo 59, do Código Penal, há fundamentação da pena, obedecidos os critérios trifásico, condições objetivas e subjetivas. No que tange a ponderação do I. Procurador de Justiça oficiante, de se aplicar, realmente, a circunstância atenuante genérica de menoridade relativa dos apelantes, pelo que as penas passam a ter a seguinte dosagem, para cada um deles: ficam G.F.O. e R.S.N., condenados como incursos no artigo 180, "*caput*", do CÓDIGO PENAL à pena de um ano e três meses de reclusão; como incursos no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, às penas de dois anos de reclusão e como incursos no artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, às penas de um ano e três meses de reclusão. A circunstância atenuante genérica foi aplicada em um sexto considerando a pena exasperada. A pena de multa para cada delito já estava no mínimo e não é a circunstância

Acesso ao Sumário

atenuante genérica redutor, mas balizador entre o mínimo e o máximo, assim permanecendo. O regime prisional, outrossim, se mostra compatível com o resultado aguardado pelo Magistrado "a quo" e permanece o semiaberto inicial.

Tendo sido expedida Guia de Recolhimento provisória, fls. 308/309 e 310/311 dos autos, deixo de apreciar a detração penal, posto que já está ocorrendo por aquele meio. Outrossim, a falta de informes quanto as condições subjetivas de cumprimento da pena também é prejudicial.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo dos apelos apresentados por G.F.O. e R.S., é **DADO PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 2042606-53.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é suscitante JOSÉ ROBERTO FERNANDES, são suscitados 10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL e 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em Turma Especial - Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o pedido de assistência litisconsorcial e julgaram improcedente o presente conflito de competência, fazendo-se as comunicações necessárias. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.303)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente), ALMEIDA SAMPAIO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, GERALDO WOHLERS, JUVENAL DUARTE, RICARDO SALE JÚNIOR, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, OTAVIO ROCHA, FRANÇA CARVALHO e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 26 de maio de 2017.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Conflito de Competência. Alegação de conexão entre os feitos. Improcedência. Crimes independentes, praticados com dolos distintos e apurados em procedimentos investigatórios diversos. Não acolhimento do pedido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de dúvida de competência, suscitada por **JOSÉ ROBERTO FERNANDES**, entre as Colendas 10ª e 12ª Câmaras de Direito Criminal.

Em síntese, alega conexão entre os feitos que tramitam perante as 1ª e 2ª Varas Criminais da Comarca de Sorocaba, e recursos julgados em segundo grau.

Em liminar, requereu a suspensão de todas as ações, até decisão final do presente incidente. A medida foi deferida, sendo designadas a 2ª Vara Criminal de Sorocaba e 12ª Câmara de Direito Criminal, para solução de medidas urgentes.

Vieram aos autos as informações das autoridades envolvidas, bem como o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, no sentido de ser julgado improcedente o pedido.

Márcio Miranda Maia e Mauro Luis Almeida dos Anjos formularam,[1] no bojo dos autos, pleito de assistência litisconsorcial. O pedido, acompanhado de documentos, e formulado às vésperas da sessão em que este caso deveria ser apreciado pela C. Turma Especial de Direito Criminal, acarretou o adiamento do julgamento, para permitir a manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça.[2]

É o relatório.

Antes de ingressar no mérito da questão, é imperioso o exame da pretensão, digamos, colateral, formulada por Márcio Miranda Maia e Mauro Luis Almeida dos Anjos.

A esse respeito, e tal como bem destacou o ilustre parecerista, improcedente a pretensão, desconhecida pelo processo penal, e que não pode ser aplicada por analogia, como deixa claro a jurisprudência trazida à colação na manifestação ministerial.

Efetivamente, não é possível, nem desejável nos estritos limites do presente incidente de conflito de competência, saber-se qual a situação dos peticionários e de suas empresas na investigação que se realiza em primeiro grau, de tal sorte que, por meu voto, proponho se indefira a pretensão, nos exatos termos em que vazada a manifestação do ilustre representante do Ministério Público, que adoto como razão de decidir.

Já com relação ao mérito do presente conflito de competência, entendo, assim como o nobre parecerista, ser o caso de manter as competências das 1ª e 2ª Varas Criminais da Comarca de Sorocaba e 10ª e 12ª Câmaras Criminais deste Tribunal, por ausência de conexão entre os feitos.

Vejamos:

A partir do depoimento prestado pelo doleiro Alberto Youssef, foi

Acesso ao Sumário

1 Fls. 474-77.

2 Fls. 525-35.

instaurado Procedimento Investigatório Criminal (PIC 05/15), para apurar suposta associação criminosa formada por Auditores Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo, pela prática de delitos previstos no artigo 3º (II), da Lei nº 8.137/90 e art. 288, do CP, tendo como vítima a empresa Prysmian Energia Cabos e Sistemas do Brasil S/A.

Em síntese, os agentes fiscais teriam exigido, por diversas vezes, vantagem indevida (grandes somas em dinheiro) para redução dos valores impostos em autos de infração, sob a ameaça de que, caso a vítima não cedesse, a continuidade da empresa ficaria comprometida em função dos valores das multas que seriam aplicadas.

Na oportunidade, os Promotores de Justiça formularam pedido para decretação da prisão temporária dos envolvidos (dentre eles o suscitante), sendo o feito distribuído para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba. A prisão foi decretada, sendo ainda deferidas medidas cautelares de busca e apreensão e quebra de sigilo bancário. Com a prisão, o suscitante impetrou *habeas corpus* perante o Egrégio Tribunal de Justiça, sendo distribuído para a Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal, sob a relatoria do Exmo. Desembargador Paulo Rossi.[3]

Posteriormente, foi oferecida denúncia, sendo ela distribuída para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba,[4] em razão da prevenção. Todos os recursos relacionados a tais acusações, em detrimento da empresa Prysmian foram distribuídos para a 12ª Câmara Criminal.

Durante as investigações, os Promotores descobriram que o suscitante e outros agentes teriam praticado crimes contra a empresa PPE Fios Esmaltados S/A, fato que motivou a instauração do PIC 12/2015, em que se investigava a prática de eventual crime de lavagem de capitais e ocultação de bens. Por tratar-se da apuração de outros fatos e outra empresa vítima, a ação foi distribuída para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba.

Inconformado com a determinação de sequestro de bens, o suscitante ingressou com medida cautelar inominada (visando dar efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto contra o seqüestro de bens, determinado pelo MMº Juiz da 1ª Vara Criminal),[5] sendo ela distribuída livremente para a Colenda 10ª Câmara de Direito Criminal, da relatoria do Exmo. Des. Fábio Gouvêa.

Muito bem.

A meu ver, não há conexão entre os fatos apurados nos procedimentos 05/15 e 12/15.

No primeiro, investiga-se o fato do suscitante e outros agentes terem

Acesso ao Sumário

3 HC 2151101-31.2015.8.26.0000.

4 Ação nº 1021956-73.2015.8.26.0602.

5 Nº 2245176-62.2015.8.26.0000.

supostamente se associado para, juntos, praticarem crimes contra a ordem tributária, exigindo valores da empresa Prysmian para redução de valores impostos em diversas autuações. Já no segundo procedimento, investiga-se a prática de lavagem de capitais e ocultação de bens (tendo ainda como vítima empresa diversa, a PPE Fios Esmaltados S/A.).

O fato do suscitante estar sendo investigado em ambos os procedimentos, não autoriza a reunião dos feitos (que, aliás, contam com expressivo número de investigados), que apuram a prática de crimes distintos e autônomos.

De acordo como disposto no artigo 3º (II), da Lei nº 8.137/90 (PIC 05/15), constitui crime funcional contra a ordem tributária, exigir, solicitar ou receber vantagem indevida para deixar de lançar ou cobrar tributo ou cobrá-lo parcialmente.

Já o crime previsto no artigo 1º, da Lei nº 9.613/98 (PIC 12/15), dispõe ser crime de "lavagem" ou ocultação de bens, ocultar ou dissimular a natureza, origem ... ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de infração penal.

São condutas com dolos distintos. Portanto, crimes independentes.

O artigo 2º (II), da Lei nº 9.613/98, dispõe que o processo e julgamento dos crimes previstos na referida Lei independem do processo e julgamento de crime antecedente. E o § 1º, dispõe que a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Confirma, portanto, o caráter autônomo da infração, autorizando eventual condenação, independente do resultado obtido no processo de crime antecedente.

Assim, a meu ver, o caso dos autos não se enquadra na hipótese prevista no artigo 76 (II) do CPP, por serem, como já dito, delitos independentes (além da considerável diversidade e número de investigados).

Dessa forma, não vislumbro conexão entre as ações, devendo ser mantida a competência da 12ª Câmara de Direito Criminal, para análise dos feitos provenientes da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba[6] (PIC 05/15), e da 10ª Câmara de Direito Criminal para os feitos oriundos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba,[7] referentes ao PIC 12/15.

Pelo meu voto, pois, indeferido o pedido de assistência litisconsorcial, proponho se julgue improcedente o presente conflito de competência, fazendo-se as comunicações necessárias.

É como voto.

6 Ação Penal nº 1021956-73.2015.8.26.0602.

7 Ação Penal nº 1027847-75.2015.8.26.0602.

Acesso ao Sumário

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 2252254-73.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é corrigente/a.m.p BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu CARLOS VAISMAN.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Dr. Bruno Salles Pereira Ribeiro, e uso da palavra pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic, Afastaram a preliminar aduzida pela d. Procuradoria Geral de Justiça e deram provimento ao recurso para afastar o recebimento da apelação interposta contra a decisão. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.275)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEME GARCIA (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – Ataque à decisão que recebeu apelação interposta contra decisão que, ao manter o recebimento da denúncia após anulação da anterior decisão pelo C. STJ, fez menção acerca da manutenção de arresto deferido anteriormente em ação cautelar própria – Mérito da medida constritiva já apreciada por esta C. Corte em anterior recurso de apelação – Decisão irrecorrível – Admissibilidade do recurso que implica afronta ao princípio da unirrecorribilidade – Correição deferida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de correição parcial interposta pelo Banco Santander (Brasil) S.A., assistente de acusação nos autos da ação penal n.º 0055600-80.2005.8.26.0050 – 3ª Vara Criminal da Capital, contra decisão que recebeu recurso de apelação interposto contra decisão que manteve arresto cautelar (fls. 265).

Indica o corrigente que os autos onde proferida a r. decisão estão nesta C.

Corte para o Juízo de Admissibilidade de recursos especiais e extraordinários (fls. 227, 251 e 241) interpostos contra V. Acórdão (apelação n.º 0065744-69.2012.8.26.0050 – fls. 211/224) desta C. 16ª Câmara de Direito Criminal, que negou provimento, v.u., j. 02/02/16, a recursos de apelação tirados contra a decisão que havia deferido a cautelar de arresto (fls. 70/71 e 73) requerida pelo ora corrigente, assistente de acusação do Ministério Público nos autos de origem, ação penal ajuizada contra Carlos Vaisman, Ricardo Hallak e Maria Fernanda Colassuono Hallak.

Sustenta o corrigente, neste contexto, que a decisão atacada está maculada de *error in procedendo*, já que afronta ao princípio da unirrecorribilidade porque a cautelar de arresto – que já fora deferida pelo Juízo de origem e reconhecida como legal por este E. Tribunal de Justiça – foi atacada por recurso especial e extraordinário com Juízo de admissibilidade a ser apreciado pela E. Presidência da Seção Criminal desta C. Corte.

Finalmente, aponta que o fato de ter o C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC n.º 59/870, determinado a anulação da ação penal a partir da decisão denegatória de absolvição sumária (fls. 82/103) em nada altera a situação fática em que havia sido determinada a constrição cautelar.

Pede a concessão da liminar para que seja determinado o não recebimento do recurso interposto nos autos da ação penal n.º 0055600-80.2005.8.26.0050 – 3ª Vara Criminal da Capital e, no mérito, que seja mantida a decisão liminar, tornando sem efeito a decisão atacada.

A liminar foi indeferida (fls. 342/344) e foi determinado o processamento do recurso, nos termos do art. 212, do RITJSP e art. 1.019, inciso II, do NCPC.

O Juízo prestou as informações (fls. 353/354).

A d. Procuradoria Geral de Justiça requereu preliminarmente a conversão do julgamento em diligência para a vinda de resposta do acusado, manifestação da Promotoria de Justiça e decisão sobre juízo de retratação pelo Juízo *a quo*, com posterior nova vista dos autos e, no mérito, propôs o indeferimento da correição parcial (fls. 349/350).

É o relatório.

De início não prospera o requerimento preliminar da d. Procuradoria Geral de Justiça.

Ataca o recorrente, assistente de acusação nos autos da ação penal de origem, decisão de recebimento de apelo interposto contra manutenção de decisão de arresto relativo à ação penal.

Deste modo, esta correição parcial está centrada no ataque ao juízo de admissibilidade de recurso tirado contra medida cautelar de cunho eminentemente patrimonial, não surtindo reflexos na liberdade de locomoção dos denunciados naquela ação, razão pela qual desnecessária é a manifestação das partes na ação

Acesso ao Sumário

penal de origem.

Do mesmo modo, e nos termos do art. 1.019, inciso II, do NCPC, aqui aplicável consoante art. 212, do RITJSP, não mais previsto o juízo de retratação.

E finalmente, observado o princípio da eventualidade, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se sobre o mérito da correição parcial, observado nestes autos a oitiva do Ministério Público como fiscal da lei.

Superada a preliminar, no mérito, a correição deve ser deferida.

A correição parcial é medida administrativa que visa atacar decisões judiciais abusivas, que sejam frutos de erro de procedimento (*error in procedendo*) e que impliquem em tumulto processual.

No caso dos autos a correição é meio adequado de impugnação da decisão e, no mérito, o d. Juízo *a quo* incorreu em *error in procedendo*, razão pela qual a correição deve ser deferida.

Como feito nos autos do *habeas corpus* n.º 2236195-10.2016.8.26.0000, antes do enfrentamento do mérito desta correição parcial, cumpre anotar os anteriores julgados desta C. Corte e do Superior Tribunal de Justiça acerca dos trâmites do processo de origem.

Ricardo Hallak, Maria Fernanda Colasuonno Hallak e Carlos Vaisman foram denunciados como incursos no art. 171, *caput*, c.c. art. 71, ambos do Código Penal porque, no período de março a junho de 2004, mediante meio fraudulento, induziram em erro o Banco do Estado de São Paulo S/A – Banespa, com sede na Avenida Guido Caloi, n.º 1000 e, em seu prejuízo, obtiveram vantagem ilícita de R$3.793.255,76 (três milhões, setecentos e noventa e três mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e setenta e seis centavos).

A denúncia foi recebida e, após rejeitadas as alegações iniciais, mantido o seu recebimento.

A atribuição da competência desta C. 16ª Câmara de Direito Criminal se deu em razão da distribuição, por sorteio, do *habeas corpus* n.º 2059395-35.2013, impetrado em favor de Maria Fernanda Colasuonno Hallak e Ricardo Hallak contra ato do Juízo que determinou a inclusão de seus nomes no Sistema Nacional de Procurados e Impedidos, julgada extinta a impetração pela desistência manifestada por decisão de 15/01/14.

Posteriormente, em favor de Carlos Vaisman, também denunciado nos autos de origem, foi impetrado o *habeas corpus* n.º 0026665-68.2014, aduzindo ilegalidade em ato da autoridade impetrada consistente na manutenção do recebimento da denúncia, denegada a ordem, m.v., j. 09/12/14.

Contra essa decisão impetrada foi ordem de *habeas corpus* junto ao Col. STJ, com resultado que adiante se pontua.

No curso da ação penal o corrigente ajuizou ação cautelar de arresto (fls.

Acesso ao Sumário

58), que foi julgada procedente.

Esta C. 16ª Câmara de Direito Criminal, apreciando recurso interposto por Carlos Vaismann, Ricardo Hallak e Maria Fernanda Colasuonno Hallak contra decisão proferida em ação cautelar de arresto, por julgamento realizado em 02/02/16, v.u., negou provimento à apelação (n.º 0065744-69.2012.8.26.0050).

Ao final da instrução, na ação penal o MM. Juízo de origem, acolhendo manifestação do Ministério Público, declinou da competência remetendo os autos para a Justiça Federal, mantendo válidos os atos da ação cautelar de arresto.

Esta C. Câmara, por maioria de votos, vencido este Relator, em 03/05/16, concedeu ordem em mandado de segurança (n.º 2013115-98.2016) impetrado por Carlos Vaismann para atribuir efeito suspensivo à decisão que reconheceu a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento do processo penal e declinou da competência em favor da Justiça Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (capital), até a apreciação do recurso em sentido estrito n.º 0014608-91.2016.8.26.0050, interposto contra referida decisão que reconheceu a incompetência da Justiça Estadual.

Posteriormente, foi homologada a desistência expressamente manifestada no mencionado recurso em sentido estrito.

Acolhendo cota do Ministério Público Federal, a Justiça Federal determinou o retorno dos autos à 3ª Vara Criminal da Capital.

E com relação à ação penal, o C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso em *habeas corpus* n.º 59.870/SP, através da C. 5ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06/10/16, deu parcial provimento ao reclamo para anular a ação penal, a partir da decisão denegatória da absolvição sumária, tão somente pela ausência de fundamentação, determinando que outra fosse proferida, apreciando-se os termos da resposta à acusação (fls. 82/103).

Sobreveio, finalmente, em 24/10/16, a decisão pela qual o Juízo rejeitou as teses expostas em resposta à acusação e manteve o recebimento da denúncia (fls. 147/154).

A manutenção do recebimento da denúncia foi atacada por *habeas corpus* interposto em favor do denunciado Carlos Vaisman (HC n.º 2236195-10.2016) e, por julgamento realizado em 31/01/17, v.u., foi a ordem denegada, com a seguinte ementa: *"HABEAS CORPUS – Alegação de ilegalidade no ato do Juízo que manteve o recebimento da denúncia (art. 399, do CPP) – Denúncia que atende os requisitos do art. 41, do CPP – Não verificação de atipicidade do fato descrito nem de inépcia da denúncia – Precedente V. Acórdão do STJ reconhecendo que a denúncia não é inepta e que o fato narrado não é atípico – Ordem denegada – (voto nº 31670)".*

Na decisão pela qual mantido foi o recebimento da denúncia a d. magistrada consignou a manutenção da medida cautelar de arresto sob os

Acesso ao Sumário

seguintes fundamentos:

"3 – Quanto ao pedido de retirada da constrição dos bens dos acusados, não há motivos para o levantamento da medida.

De fato, a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça é expressa no sentido de anular o processo a partir da decisão denegatória da absolvição sumária para que sejam enfrentadas as teses da defesa relevantes e urgentes.

Certamente, se o réu fosse absolvido sumariamente nesta oportunidade, seria o caso de levantamento do arresto dos bens.

Entretanto, observo que a decisão cautelarmente proferida deve ser mantida, muito embora seja posterior.

Isso porque, assim como para as demais cautelares já decretadas neste feito, permanece inalterada a situação fático processual que a ensejou.

Estão ainda presentes os requisitos do perigo da demora e da fumaça do bom direito, com ênfase à deflagração da ação penal em novembro de 2011.

Ainda há patente risco de, no decorrer do processo, ocorrer a transferência de bens pelos acusados a terceiros.

Não bastasse isso, observa-se que a medida visa garantir a futura indenização da vítima, bem como a reparação pelo cometimento da infração penal, com custeio das despesas processuais ou penas pecuniárias, além de impedir o locupletamento indevido.

Assim, permanece a determinação do arresto de bens."

Contra a manutenção do arresto, Carlos Vaisman interpôs apelação (fls. 156).

O d. Juízo recebeu o recurso pela decisão atacada por esta correição, sob os seguintes fundamentos:

"1 – Fls. 5111/5112: recebo o recurso de apelação interposto pela defesa do réu Carlos, observando que as razões serão interpostas diretamente na Superior Instância.

A decisão diz respeito, primordialmente, ao discutido nos autos do processo n.º 0065744-69.2012.8.26.0050, que se encontra em grau de recurso.

Assim, em se tratando de questão incidental, para evitar qualquer problema em relação ao trâmite deste feito, determino a extração de cópias dos autos, a partir de fl. 4796 até o presente despacho, encaminhando-se o presente recurso de apelação como vinculado ao processo n.º 0065744-69.2012.8.26.0050, que já se encontra em grau de recurso no Tribunal.

Dessa forma, ato seguinte, extraídas as cópias, remetam-se os autos à Egrégio Superior Instância para processamento, com as cautelas e anotações de praxe e as nossas homenagens" (fls. 265, com destaques do original).

Acesso ao Sumário

A decisão, portanto, está claramente eivada de erro que resulta ofensa à ordem legal do processo.

Tocante à manutenção do recebimento da denúncia, esta C. Corte já se

manifestou pela sua manutenção, como já analisado.

E a decisão combatida pela apelação cujo recebimento é alvo de ataque por esta correição apenas fez menção da prevalência da medida constritiva patrimonial, questão esta também já enfrentada na ação cautelar própria e cuja legalidade foi reconhecida por este E. Tribunal de Justiça nos autos da apelação n.º 0065744-69.2012.8.26.0050, v.u., j. 02/02/16 (fls. 211/224).

O V. Acórdão transitou em julgado em 07/03/17 para Ricardo Hallak e Maria Fernanda Colasuonno Hallak.

A D. Presidência da Seção Criminal desta C. Corte em 08/02/17 não admitiu o recurso especial e extraordinário (fls. 227, 251 e 241) interposto contra o V. Acórdão e, conforme consulta feita em 06/04/17 junto ao sistema SAJ desta C. Corte, em 03/04/17 os autos foram remetidos à d. Procuradoria Geral de Justiça para oferecer contraminuta ao recurso de agravo interposto contra a não admissão dos recursos especial e extraordinário.

O debate acerca da medida cautelar de arresto já foi apreciada por este E. Tribunal de Justiça e ainda é passível de recurso, pendente de apreciação pela Superior Instância o recurso de agravo de instrumento interposto contra despacho denegatório de recurso especial e extraordinário.

Admitir-se o processamento de apelação contra decisão que apenas fez menção da prevalência da medida constritiva cuja legalidade já foi alvo de recurso próprio causaria, evidentemente, inversão tumultuária ao processo além de representar clara ofensa ao princípio da unirrecorribilidade.

A decisão do C. Superior Tribunal de Justiça anulou a decisão que manteve o recebimento da denúncia, reconhecida a ilegalidade da decisão como havia sido proferida.

Não anulou, contudo, a autônoma ação cautelar de arresto, de cunho eminentemente patrimonial, como exaurientemente exposto por ocasião do julgamento da apelação interposta contra a medida cautelar imposta (fls. 211/224).

Finalmente, é irrecorrível a decisão pela qual, no âmbito do art. 399, do CPP, após superada a fase do art. 396-A, do CPP, é ratificado o recebimento da denúncia, embora atacável por *habeas corpus*, como aqui se verificou, com a denegação da ordem.

Do exposto, e pelo meu voto, afasto a preliminar aduzida pela d. Procuradoria Geral de Justiça e, no mérito, dou provimento ao recurso para afastar o recebimento da apelação interposta contra a decisão de fls. 147/154.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2018847-26.2017.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é impetrante BRENO CÉSAR DA SILVA MEDEIROS e Paciente JULIO CESAR GOMES DA SILVA, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ATIBAIA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ratificaram a liminar e concederam a ordem impetrada para determinar a expedição de salvo conduto em favor de Júlio Cesar Gomes da Silva, até a restituição do valor recolhido erroneamente perante a Fazenda Pública Estadual e devida regularização na origem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21547)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 11 de abril de 2017.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Crime de embriaguez ao volante – Fiança arbitrada na origem – Pagamento realizado em guia diversa – Regularização que está pendente de ação na Fazenda Pública – Constrangimento ilegal evidenciado – Extensão do prazo para regularização da fiança quitada – Salvo conduto até a restituição do valor recolhido erroneamente perante aquele órgão – Salvo conduto – Ordem concedida, convalidando-se a liminar.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelo advogado **Breno César da Silva Medeiros**, em favor de **Júlio Cesar Gomes da Silva**, acusado pela suposta prática do crime de embriaguez ao volante, apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia**, pleiteando salvo conduto para impedir que o juízo decrete a prisão preventiva do paciente ou, caso já encarcerado, seja

expedido contramandado de prisão, enquanto durar o prazo de restituição do valor por parte da Fazenda Pública estadual.

Sustenta o impetrante, em síntese, que a impetrada fixou fiança no valor de um salário mínimo, a qual foi efetivamente paga pelo paciente, sendo expedido alvará de soltura em seu favor.

Contudo, alega que, no momento em que quitada a fiança, o funcionário do Banco do Brasil teria recolhido o valor devido em guia errada, qual seja, DARE do Estado de São Paulo.

Narra que, após a soltura do paciente e informada a serventia acerca dos fatos, a impetrada determinou a regularização do pagamento para que fosse recolhida a guia correta perante o Banco do Brasil. Ao retornar a este estabelecimento, o paciente foi informado que não lograria estornar tal quitação indevida. Ou seja, para restituição do valor, seria necessária solicitação em face da Fazenda Pública estadual, após recolhimento da guia de fiança correta.

No entanto, alega que o paciente não tem condições de arcar com novo recolhimento de um salário mínimo sem que lhe seja restituído o valor indevidamente pago.

Sendo assim, a autoridade reputada coatora determinou o recolhimento correto, no prazo de 48 horas, sob pena de prisão, uma vez que o juízo não deu causa ao recolhimento indevido.

O pedido liminar foi concedido por este Relator para estender o prazo concedido pela impetrada para 20 dias, a fim de que o paciente regularizasse o recolhimento da fiança, fazendo a devida comprovação (fls. 45/47). Foram prestadas as informações de estilo (fls. 50/68), tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pela concessão da ordem (fls. 70/72).

O impetrante peticionou a fls. 74/75, reiterando o pedido de salvo conduto enquanto durar o prazo da restituição do valor por parte da fazenda pública.

É o relatório.

É caso de concessão do *writ.*

Consta dos autos que o paciente, em tese, no dia 18/01/2017, por volta das 21h30min, na Rod. Fernão Dias, km 45, na cidade e Comarca de Atibaia, conduziu o veículo "Fiat/Punto ELX", placas EGC-3773, Jundiaí/SP, com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros.

Segundo restou apurado, o paciente supostamente conduzia seu carro pela via pública de maneira temerária, em alta velocidade, fazendo "ziguezague", fechando outros automóveis e circulando algumas vezes pelo acostamento, momento em que foi visto por um funcionário da concessionária, responsável pela manutenção da estrada, o qual acionou a Polícia Rodoviária.

Acesso ao Sumário

Assim, policiais conseguiram abordar o paciente e perceberam sinais de embriaguez, como fala pastosa, hálito etílico, andar cambaleante, olhos avermelhados e confusão mental (cf. denúncia constante do sítio eletrônico deste E. Tribunal de Justiça).

Em 23/01/2017, a autoridade reputada coatora concedeu a liberdade provisória ao paciente, mediante imposição de medidas cautelares alternativas ao cárcere e recolhimento de fiança no valor de um salário mínimo (cf. fls. 43/44 dos autos digitais), a qual foi recolhida em 24/01/2017 (fls. 46).

Contudo, o pagamento da fiança se deu de maneira diversa da prevista nas Normas da Corregedoria Geral da Justiça, sendo concedido à defesa o prazo de 24 horas para comprovação do recolhimento de maneira correta, sob pena de decretação da prisão preventiva do paciente (fls. 49). Posteriormente, o prazo foi estendido para 48 horas a fim de que o paciente regularizasse a situação (fls. 63).

O impetrante, então, protocolou pedido em primeira instância para concessão de prazo para regularização do procedimento, uma vez que recolhida guia equivocada, qual seja, DARE pertencente à Fazenda Pública Estadual, ao invés da emitida no sítio eletrônico do "Banco do Brasil". No entanto, para realizar o pagamento da guia correta e regularizar sua situação, explicou a necessidade do ressarcimento do valor pago anteriormente, sendo que aquele órgão deu o prazo de 15 dias para restituição da taxa (fls. 71).

A impetrada indeferiu o pleito supra, sob o seguinte fundamento: "*O ressarcimento é direito do averiguado e só está sendo necessário diante do equívoco da forma de recolhimento do valor devido. Assim, diante da natureza da verba, qual seja, fiança, não pode o Juízo aguardar a regularização de um problema que não deu causa. Concedo o prazo improrrogável de 24 horas para comprovação do recolhimento da fiança de forma correta, sob pena de decretação de sua prisão preventiva*" (fls. 75).

Pois bem.

De fato, conforme documentação acostada aos autos, apesar de o Juízo não ter dado causa, de rigor a extensão do prazo até a restituição do valor recolhido erroneamente perante a Fazenda Pública Estadual, visto que o paciente tomou todas as providências exigidas pela administração para correção da irregularidade.

Ademais, já foi requerida a devolução do valor no dia 27/01/2017, junto ao órgão supra (cf. fls. 42/43 dos autos do presente HC), tendo o impetrante informado que a família do paciente dirigiu-se ao "Banco do Brasil" para quitar a fiança arbitrada e entregou o valor a determinado funcionário, que procedeu à recolha em guia diversa da prevista. Aduziu, ainda, que o paciente não possui meios de suportar um novo recolhimento sem o devido ressarcimento e, o que é pior, teve sua liberdade de locomoção ameaçada por tal razão.

Acesso ao Sumário

Como bem apontado pela douta Procuradoria de Justiça, "*Também como sabido e ressabido pelo contribuinte, é bem difícil transitar pelos desvãos da burocracia estatal e bancária, para saber realmente quem tem a competência para arrecadar a fiança estipulada nesses casos. Assim, como medida de Justiça e equidade, eventual erro do contribuinte, ou do funcionário que recebeu o recolhimento, não pode conduzir à medida extrema de sua prisão. Como está em jogo a liberdade da pessoa, não cabe o centenário brocardo do Direito Civil que diz: quem paga mal, paga duas vezes. Também não seria razoável exigir do réu, para evitar a cassação do benefício, o procedimento de tentar rapidamente estornar quantia recolhida aos cofres do Estado (e aí a tarefa é bem difícil), para novamente depositar a modo e gosto do Banco do Brasil*" (fls. 71/72).

Ante o exposto, pelo meu voto, **ratifico a liminar e concedo a ordem impetrada para determinar a expedição de salvo conduto em favor de Júlio Cesar Gomes da Silva, até a restituição do valor recolhido erroneamente perante a Fazenda Pública Estadual e devida regularização na origem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2013128-63.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente LOURIVAL JOSÉ DE SOUZA, Impetrantes RICARDO MAMORU UENO e EDUARDO SAMOEL FONSECA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, convalidada a liminar, concederam a ordem para, por força da garantia constitucional da autodefesa, assegurar ao paciente Lourival José de Souza o direito de não participar da instrução probatória, no processo em questão", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.802)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa. *Habeas Corpus*. Liminar. Arts. 159, *caput*, § 1º; 157, § 2º, I, II e V; 288, parágrafo único, CP. Audiência designada fora da Comarca de domicílio do paciente. Direito de não comparecer ao ato. Advogado constituído. Ausência de prejuízo à

Acesso ao Sumário

marcha do processo. - A garantia constitucional da ampla defesa desdobra-se em defesa técnica e autodefesa, que se expressa pela efetiva participação do acusado (direito de audiência e direito à presença). A autodefesa é renunciável. O acusado tem o direito de deixar de exercer sua defesa. Tem o direito de não colaborar. A garantia constitucional da defesa técnica é indisponível, posto que pressuposto da prestação jurisdicional. Em se tratando de acusado, que solto responde ao processo, regularmente citado, a participação nos atos processuais pode se dar através dos defensores constituídos. Ordem concedida para, convalidada a liminar, por força da garantia constitucional da autodefesa, assegurar ao paciente o direito de não participar da instrução probatória, no processo em questão.

VOTO

Os ilustres advogados Eduardo Samoel Fonseca e Ricardo Mamoru Ueno, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da 22ª Vara Criminal da Comarca da Capital, impetram o presente *habeas corpus*, em favor de *Lourival José de Souza*, visando seja assegurado o direito de não comparecer à audiência designada, fora da Comarca de domicílio. Aduzem que, citado, o paciente constituiu advogado e apresentou defesa preliminar; afastadas as alegações, apresentadas na defesa, fora designada audiência, para o dia 3 de fevereiro de 2017. Informam que, vez que o paciente reside, em Praia Grande, e pendente o cumprimento de cartas precatórias, requereu fosse assegurado o direito de não estar presente, à audiência, representado por seus patronos. Alegam que o pedido foi indeferido, por decisão, sem justificativa idônea e que o comparecimento em juízo é faculdade, não dever processual. Sustentam que, pendente o cumprimento de cartas precatórias, em uma das quais, designada audiência, para o dia 25 de abril de 2017, a ausência do paciente ao ato não acarretará prejuízo à marcha do processo (fls. 1/7). Acompanham os documentos de fls. 8/32.

Concedida a liminar, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 39/40).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, convalidada a liminar, opina pela concessão da ordem (fls. 42/43).

É o relatório.

O paciente *Lourival José de Souza (Loro)* foi denunciado como incurso

Acesso ao Sumário

nos artigos 159, *caput* e § 1º, 157, § 2º, I, II e V, e 288, parágrafo único (bando armado), todos do Código Penal, porquanto, por atos praticados principalmente a partir da manhã de 24 de julho de 2006 e até 24 de agosto de 2006, mas também em momentos anteriores, em diversos locais da área metropolitana de São Paulo, especialmente nas proximidades da Rua Fortuna, n. 125, Jardim Prosperidade, São Caetano do Sul, em diversas vias públicas e especialmente na Rua Viela Bom Jesus n. 11-A, Cidade Tiradentes, nesta Capital, juntamente com os corréus Gutemberg Santa Rosa dos Santos, José Claudino Azevedo (Capitão), André Luis Domingos (Pelé), Alexandre Jorge Carolino (Cuqui), Wellington Jorge Elizeu e Milton Jorge da Silva Machado, com outras pessoas não identificadas e com os adolescentes Guilherme Silva de Moraes (De Menor e Loucão), teriam se organizado em bando ou quadrilha, para o fim de praticarem crimes, e sequestrado Adriana Okamoto, com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem como condição ou preço do resgate, sendo que o referido sequestro teria durado mais de 24 horas. Consta também da denúncia que quatro dos acusados, logo no primeiro momento em que teriam abordado a vítima na via pública, teriam subtraído dinheiro, carteira, bolsa, telefone, documentos e o automóvel "Citroen C3" de propriedade de Adriana Okamoto, mediante emprego de arma e restrição da liberdade da vítima.

Segundo as informações prestadas pela autoridade judicial impetrada, apontada como coatora, instaurado inquérito policial, encerradas as investigações, após a manifestação do Ministério Público, o feito foi redistribuído à Comarca de São Caetano do Sul. Suscitado conflito de competência, foi prolatado acórdão, em 18 de março de 2013, pela Câmara Especial desta Corte, que, por votação unânime, reconheceu a competência da 22ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Recebida a denúncia, em 17 de julho de 2013, o paciente foi citado e apresentou defesa preliminar. Designada audiência de instrução criminal, para o dia 3 de fevereiro de 2017, e expedidas cartas precatórias, para oitiva de testemunhas e da vítima, para as comarcas de Peruíbe – SP e Petrolina – PE. Levado a efeito o ato, foram designadas, em continuidade, audiências para os dias 17 de março e 28 de abril de 2017.

Em 2 de fevereiro de 2017, em caráter cautelar, esta Relatora concedeu a liminar para assegurar ao paciente Lourival José de Souza o direito de não comparecer à audiência designada. Decisão assim consignada:

> *O disposto nos artigos 366 e 367, ambos do Código de Processo Penal, dá concreta efetividade às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, 5º, LV). De um lado, assegura a todas as pessoas acusadas da prática de delito, o direito de ter conhecimento prévio da acusação. De outro lado, estabelece que, uma vez conhecida a imputação, deverá o acusado exercer sua defesa, arcando com o dever de comunicar*

Acesso ao Sumário

o novo endereço, em caso de mudança, devendo estar presente, ou através de advogado, aos atos processuais.

Assim, resultando evidenciado o fumus boni iuris e o periculum in mora, concede-se a liminar para assegurar ao paciente Lourival José de Souza o direito de não comparecer à audiência designada para o dia de amanhã, 3 de fevereiro de 2017, devendo atuar na defesa de seus interesses os advogados constituídos. Tendo em vista que pendentes de cumprimento cartas precatórias, a providência não obsta o regular andamento do processo. Comunique-se com urgência.

No âmbito do processo penal, a garantia constitucional da ampla defesa, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, deve ser considerada em suas duas faces: defesa técnica e autodefesa.

A defesa técnica, exercida por profissional habilitado para tanto, enfatizada pelo comando constitucional: o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF art. 33).

A autodefesa expressa pela efetiva participação do acusado, no processo, participação essa que deve se revelar pelo *direito de audiência*, direito de ser ouvido pessoalmente pelo juiz, ou seja, o direito de oferecer sua versão dos fatos ao juiz; e pelo *direito à presença*, com a efetiva participação em todos os atos do processo.

A garantia constitucional da ampla defesa se exterioriza, por conseguinte, através da autodefesa, praticada diretamente pelo acusado, ao apresentar depoimento pessoal, em interrogatório, ao participar da produção da prova, desde que tenha prévia entrevista com o defensor constituído ou nomeado. Da mesma forma, exterioriza-se, através da manifestação da defesa técnica que, exercida por profissional habilitado atua de forma indireta e direta, no processo. Indireta, ao esclarecer a seu patrocinado os fatos relevantes a serem apresentados no interrogatório. Direta, ao participar da produção da prova, apresentando quesitos, reperguntas, alegações orais ou escritas, razões de recursos etc.

Acesso ao Sumário

A defesa técnica e a autodefesa devem caminhar de forma harmônica e justaposta, porquanto o exercício da autodefesa pressupõe a atuação da defesa técnica e vice-versa.

Entretanto, necessária a distinção entre defesa técnica e autodefesa.

A autodefesa é renunciável. O acusado tem o direito de deixar de exercer sua defesa. Tem o direito de não colaborar. Assim, o acusado não está obrigado a falar, pode permanecer calado (CF art. 5º, LXIII). Pode optar por deixar de influir no convencimento do juiz através de contribuição pessoal. Não está obrigado a participar da prova, não está obrigado a produzir prova.

Em outras palavras, a garantia constitucional da autodefesa é renunciável, podendo o acusado dela dispor, como lhe parecer conveniente.

Já a garantia constitucional da defesa técnica é imprescindível e indisponível, posto que pressuposto essencial da própria prestação jurisdicional (Grinover, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual, RJ, Forense Universitária, 1990, p.8/10).

Por conseguinte, ainda que o acusado não se disponha a colaborar na sua defesa, há que haver a atuação da defesa técnica, pois garantia constitucional da própria jurisdição, como se extrai do comando do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Na hipótese dos autos, em se tratando de acusado, que solto responde ao processo, uma vez regularmente citado, a participação nos atos processuais, se assim foi a opção adotada, pode se dar através dos defensores constituídos.

O paciente fez opção por não exercer pessoalmente sua defesa, na instrução probatória. Assumiu as consequências daí decorrentes, ou, por outro, não aproveitou a oportunidade para se defender pessoalmente, devendo o processo ter prosseguimento até final julgamento.

Não se pode falar em revelia, se o acusado responde solto ao processo, é citado pessoal e regularmente e indica defensor para atuar e participar dos atos da instrução processual. Como observa Roberto Delmanto Junior, há que se distinguir: "*contumácia ou revelia, que é a omissão total da parte em comparecer e atuar, de outros graus de inatividade, ou seja, a inércia e a ausência*" (Inatividade no Processo Penal Brasileiro - *Coleção de estudos de processo penal*. Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 7. SP:RT, 2004, p. 113/114).

Anote-se, por fim, ainda que a liminar tenha tido efeito satisfativo, no que diz respeito à realização da audiência, necessário se faz assegurar os efeitos dessa decisão aos demais atos da instrução probatória.

Diante do exposto, por votação unânime, convalidada a liminar, concederam a ordem para, por força da garantia constitucional da autodefesa, assegurar ao paciente *Lourival José de Souza* o direito de não participar da instrução probatória, no processo em questão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2050748-12.2017.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é paciente MARCELO ALVES DA SILVA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM para afastar a hediondez do delito do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, determinando que outra decisão seja proferida pelo juízo *a quo*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.131 – digital)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Indulto – Tráfico de Drogas Privilegiado – Artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 – Utilização do remédio heroico como substitutivo de Agravo em Execução Penal – Conhecimento do *writ*, ressalvado posicionamento contrário desta Relatoria – A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas – Nova decisão deve ser proferida, a fim de se evitar supressão de instância – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pela defensora pública Tatiana Mendes Soares Bachega, em favor do paciente Marcelo Alves da Silva, contra ato da MMª. Juíza de Direito da Vara de Execução Criminal da Comarca de Jaú.

Esclarece que o paciente foi condenado pela prática do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, à pena de 03 anos e 09 meses de reclusão, e encontra-se em cumprimento de pena desde 21 de junho de 2014, estando atualmente em regime aberto desde 29 de julho de 2016.

Afirma que foi protocolado pedido de indulto, o qual foi indeferido pela MMª. Magistrada apontada como autoridade coatora, em razão de se tratar de delito equiparado a hediondo, com vedação expressa no artigo 2º, inciso I, da Lei 8.072/90, contrariando jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal.

Pretende a concessão da ordem, a fim de que seja concedido o indulto pleno, nos termos do 1º, incisos I e XVI, c.c. artigo 9º, parágrafo único, do Decreto nº 8.615/2015.

Regularmente processado, a autoridade judiciária apontada como coatora

Acesso ao Sumário

prestou informações (fls. 41/53), a d. Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, manifestou-se pela concessão da Ordem, para determinar que outra decisão seja proferida, excluída a hediondez do crime pelo qual o paciente foi condenado (fls. 55/57).

É o relatório.

2. *Ab initio*, consigno que não seria o caso de se conhecer da presente impetração, porquanto não é o *Habeas Corpus* sucedâneo de recurso legalmente previsto no ordenamento pátrio, a não ser em caso de decisão manifestamente abusiva, ilegal ou teratológica ocasiões em que a ordem deve ser concedida de ofício.

Essa, a posição pacífica das Cortes Superiores.

Todavia, ante o posicionamento diverso da douta maioria da Colenda 2ª Câmara Criminal, reconheço a possibilidade de utilização do remédio heroico como sucedâneo de Agravo em Execução, ressalvada minha diretriz pessoal.

O paciente cumpre pena por infração artigo 33, §4º, da Lei nº 11.313/06, que não possui natureza hedionda ou equiparada.

De fato, o plenário Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, afastou o caráter hediondo do crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, concluindo que há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei nº 8.072/90.

Confira-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça revisou a tese anteriormente firmada, a fim de acolher o novo entendimento, segundo o qual tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (artigo 33, § 4º, da Lei nº

Acesso ao Sumário

11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.

Confira-se, igualmente o referido precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1°, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016). 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600). 3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016).

Assim, não há dúvidas de que o crime pelo qual o agravante foi condenado não possui natureza hedionda ou equiparada.

Portanto, a fim de se evitar supressão de instância, nova decisão deverá ser proferida pelo juízo *a quo*, afastando-se a hediondez do delito de tráfico privilegiado.

3. Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM** para afastar a hediondez do delito do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, determinando

Acesso ao Sumário

que outra decisão seja proferida pelo juízo *a quo.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2004007-11.2017.8.26.0000, da Comarca de Itirapina, em que é paciente VAGNER DA SILVA SANTOS JÚNIOR e Impetrante MARCELO MESQUITA JÚNIOR.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.559)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 11 de maio de 2017.

GRASSI NETO, Relator

Ementa*: Habeas Corpus* – Nulidade – Não intimação da Defesa constituída pelo réu para apresentação de memoriais – Nomeação e intimação errôneas de Defensor dativo – Juiz *a quo* anula a própria sentença ao ser solicitadas informações por Instância Superior – Partes devidamente cientificadas e que não interpuseram o respectivo recurso – Constrangimento ilegal inexistente – Inteligência do art. 572, II e III, do CPP.

É cediço que, nos termos do art. 463, I e II, do CPC (com redação dada pela Lei n. 11.232, de 22.12.2005), após a prolação de sentença, não poderá o Juiz anular a própria decisão, exceção feita para correção de erros materiais ou, ainda, por intermédio de embargos de declaração, pois assim estaria arvorando-se em órgão de apelação de suas próprias decisões. Na hipótese, contudo, de as partes não terem interposto recurso tempestivo contra aludida decisão anulando parte da r. sentença referente a um dos acusados, com supedâneo no art. 572, II e III, do CPP, deverá ser considerada sanada mencionada nulidade que, embora tenha natureza absoluta, acabou sendo

Acesso ao Sumário

tacitamente referendada tanto pelo Ministério Público, como pela Defesa, que agasalharam os seus efeitos. Não se cogita, portanto, de nulidade.

***Habeas Corpus* – Nulidade – Não intimação da Defesa quanto à data designada para prática de ato em Juízo deprecado – Intimação da expedição de carta precatória – Constrangimento ilegal inexistente.**

Uma vez intimada a Defesa da expedição de carta precatória, não se cogita de nulidade por ausência de intimação quanto à data designada para prática de ato em Juízo deprecado.

VOTO

Vistos,

O Advogado Marcelo Mesquita Júnior impetra o presente pedido de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de VAGNER DA SILVA SANTOS JÚNIOR, alegando que este estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo da Vara Única da Comarca de Itirapina, nos autos do processo n. 0007840.02.2014.8.26.0283, que teria prolatado sentença condenatória em desfavor do ora paciente, sem a devida intimação da Defesa para a apresentação de memoriais.

Busca-se, assim, a concessão da ordem, para que seja suspenso o prazo para interposição de recurso de apelação até o julgamento do mérito, bem como, a nulidade absoluta de referido processo, por ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Menciona-se que seria inicialmente patrono do paciente e do corréu Rafael; teria, então, renunciado ao mandato com relação a este último.

Aduz-se, ainda, que teria sido, por erro do cartório, nomeado de defensor dativo para os dois acusados. Após o ato, o Defensor teria ainda participado da audiência, lançando sua assinatura no respectivo termo, sem que tivesse, contudo, impugnado aludido erro. Passou, então, a não mais ser intimado para os atos processuais, como a expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas em outras Comarcas, bem como para a apresentação de memoriais em favor do ora paciente, o que teria causado prejuízos à sua defesa.

Indeferida a liminar (fls. 203) e prestadas as informações, bem como as complementares pela autoridade apontada como coatora, que vieram devidamente acompanhadas de documentos (fls. 206/241, 250/254 e 259/264), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o Relatório.

Acesso ao Sumário

Pretende o impetrante, em razão de sua não intimação para os atos processuais anteriores à prolação da r. sentença, a partir da expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas arroladas pela acusação em outras Comarcas.

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora:

> [...] a serventia, em 12/11/2015, via sistema de convênio Defensoria Pública/OAB-SP, providenciou advogado nomeado aos dois réus (fls. 111) e em sequência excluiu do sistema informatizado o nome dos advogados constituídos pelo réu Vagner [...] finda a instrução processual, foram apresentados memoriais pelo Ministério Público e pelo advogado nomeado ao réu Rafael. Por um lapso, a serventia intimou novamente o advogado nomeado para apresentar memoriais com relação ao réu Vagner, o que foi prontamente atendido por ele (fls. 206).

Esclareceu, ainda, ter sido então proferida sentença que condenou o ora paciente às penas de 11 meses de reclusão, em regime inicial aberto.

Ao receber o ofício da lavra deste Relator, referente ao presente *habeas corpus*, o Juízo *a quo*, de ofício, com fundamento no art. 573 do CPP, declarou nulo os atos que estariam eivados de vícios: a apresentação de memoriais e a sentença quanto ao paciente, observando que, em momento algum teria a Defesa se insurgido perante aquele Juízo (fls. 207 e 254).

Respeitado o entendimento do ilustre Magistrado de Primeiro Grau, fato é que nos termos do art. 463 do CPC, uma vez proferida sentença, estaria esgotada a sua prestação jurisdicional, pelo que não poderia mais o Juízo inovar no feito.

Poderia ocorrer referida situação, na eventualidade de oposição de embargos de declaração, o que não foi o caso dos autos.

A esse respeito, bem explanou o i. Procurador de Justiça:

> [...] após a publicação a sentença só poderá ser alterada para a correção de erros materiais ou lhe retificar erros de cálculo, ou, ainda, por meio de embargos de declaração. Demais disso, encontra-se vasta Jurisprudência reconhecendo a falta de competência do juízo monocrático para anular sua própria sentença. Veja-se Mandado de Segurança MS-RJ 93.02.14939-0 (TRF-02). (fls. 244).

O nobre Juiz *a quo* teria se arvorado em órgão recursal, ao anular a sua própria decisão, o que caberia evidentemente apenas à Superior Instância, constituindo, assim, evidente e inadmissível afronta ao quanto disposto no art. 494 do CPC/2015:

> Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para corrigir lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.

O julgamento do presente *writ* restou, todavia, prejudicado, nos termos do art. 659 do CPP.

Acesso ao Sumário

Em complementação às informações prestadas (fls. 250/254, 259/264 e 269/275), informou o Juízo de primeiro grau que, da decisão que anulou a apresentação de memoriais com relação ao ora paciente e a respectiva sentença (em 25 de janeiro de 2017), não houve manifestação da Defesa quanto à interposição de recurso, consoante certidão de fls. 274.

Verifica-se, outrossim, a fls. 275, que a representante do Ministério Público tomou ciência de referida decisão em 27 de março do corrente ano, quedando-se inerte, então.

Diante desse quadro, nos termos do art. 572, II e III, do CPP, aludida nulidade deve ser considerada sanada, eis que o ato praticado pelo i. Magistrado acabou sendo convalidado pelas próprias partes que, ainda que tacitamente, aceitaram os seus efeitos. Tanto é assim, que consoante as informações prestadas as partes embora cientes da anulação de parte da r. sentença quanto ao paciente, não teriam interposto o devido recurso (fls. 274 e 275).

Quanto a não intimação da Defesa no que concerne à sua intimação para participar das audiências realizadas em outras Comarcas com a finalidade de oitiva de testemunhas (fls. 02), razão tampouco lhe assiste.

A esse respeito, informou o nobre Magistrado de Primeiro Grau:

> Indo adiante, dos autos, verifico que os advogados constituídos pelo réu Vagner esteve presente na colheita de prova (fls. 115), estando ciente, inclusive, da expedição de carta precatória para a comarca de Rio Claro para inquirição de testemunha (fls. 206).

E observa:

> Anoto que a respeito da expedição dessa precatória, em cumprimento à Súm. 273 do STJ, não há necessidade de o juízo intimar a defesa a respeito da data da oitiva a realizar no juízo deprecado (fls. 206).

Tem razão a autoridade apontada como coatora. A Defesa tem que ser intimada da expedição de carta precatória, nos termos do art. 222 do CPP; não há, porém, necessidade de intimação a respeito da data do ato a ser praticado no Juízo deprecado, cabendo ao diligente Advogado informar-se a respeito junto ao juízo deprecado.

Acesso ao Sumário

Neste sentido é, inclusive, o Enunciado n. 273 da Súmula de Jurisprudência do STJ: "Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado".

Como se não bastasse, não se comprovou prejuízo sequer mínimo à ampla defesa da paciente, decorrente de sua ausência (e de seu defensor) no ato impugnado. Com base no princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo CPP em seu art. 563, uma vez não tendo sido comprovado qualquer prejuízo à paciente, não há que se falar em nulidade.

Resta, assim, superado o presente *writ*, pela perda de seu objeto.

Ante o exposto, julga-se prejudicado o *habeas corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2048668-75.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são pacientes IRENE MUNIZ DE SOUZA, ROGÉRIO DE SOUZA PHELIPPE e TATHYANE CRISTINA BICEGLIA, Impetrantes RENATO MARQUES MARTINS e ALBERTO ZACHARIAS TORON, é impetrado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem, cassada a liminar. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.944)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 18 de maio de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: INQUÉRITO POLICIAL. Fraude a licitação e falsidade ideológica. Pleito de trancamento do procedimento investigativo. Reabertura de inquérito já arquivado. Alegações de atipicidade da conduta, de falta de novas provas e da ocorrência da prescrição. Inocorrência. Investigação que abrange, também, fatos diversos dos relatados pelos impetrantes e já apurados em outros procedimentos. Existência de indícios da ocorrência de crimes que não permitem obstaculizar as investigações. Ordem denegada, cassada a liminar.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos Advogados ALBERTO ZACHARIAS TORON e RENATO MARQUES MARTINS, em favor de IRENE MUNIZ DE SOUZA, ROGÉRIO DE SOUZA PHELIPPE e TATHYANE CRISTINA BICEGLIA, sustentando que os pacientes sofrem constrangimento ilegal por parte da PROMOTORA DE JUSTIÇA, Dra. MARIA TEREZA

PENTEADO DE MORAES, que determinou a reabertura de inquérito policial já arquivado, a pedido do próprio Ministério Público, em razão da atipicidade dos fatos, falta de provas e da ocorrência da prescrição.

A medida liminar foi deferida, para o fim de suspender o trâmite do inquérito policial em foco até o julgamento do *writ* pela Egrégia Câmara (fls. 390/394), e a digna autoridade impetrada prestou informações (fls. 401/403).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 404/422).

É o relatório.

Pretende-se, com a presente impetração, o trancamento do inquérito policial nº 0035497-66.2016.8.26.0050, em trâmite perante o DIPO – Departamento de Inquéritos Policiais da Capital, instaurado por requisição ministerial, sob a alegação de que se trata de procedimento já arquivado, a pedido do próprio Ministério Público, por atipicidade dos fatos, falta de provas e pela ocorrência da prescrição.

Alegam os impetrantes, em resumo, que, no ano de 2009, instaurou-se na Polícia Federal de Presidente Prudente o inquérito policial nº 8-0546/09 (autos nº 0005598-58.2010.403.6112, 2ª Vara Federal de Presidente Prudente) para apuração da denúncia de que "***Rogério de Souza Phelippe teria utilizado o nome de sua então funcionária Luciane Macedo da Silva Neves, para formar o quadro societário inicial de diversas empresas, fato especialmente explicitado em relação à instituição da empresa Presseg Serviços de Segurança S/S Ltda***.". Contudo, ao relatar o inquérito, a autoridade policial entendeu não haver em tal conduta eventual infração penal a ser apurada, asseverando que "***formar o quadro societário de uma empresa apenas para única e simplesmente atender a necessidades formais impostas pela lei e posteriormente ver que determinado sócio não exerce poder de gerência, tem-se transfigurado conduta comum, a qual, por si só, é passível de gerar eventuais irregularidades no âmbito civil ou comercial, mas não no âmbito penal, que é campo reservado apenas para casos de alta relevância, em situações que causem dano concreto e real à sociedade, ou seja, quando a proteção desta só seja efetiva por meio da aplicação das sanções penais***". E, por não vislumbrar interesse da União, declinou da competência para a Justiça Estadual, tendo o procedimento sido retombado com o nº 1.525/10 e aforado na 2ª Vara Criminal de Presidente Prudente.

Na Justiça Estadual, após novas diligências, o Ministério Público requereu, em 13 de fevereiro de 2012, o arquivamento do inquérito policial instaurado para apuração do crime de falsidade ideológica atribuído a Rogério de Souza Phellippe, sob o fundamento de que "***as alegações de Luciane no sentido de que não foi sócia do Averiguado não restaram devidamente comprovadas nos autos, não havendo, à exceção de sua irmã Eliane,***

Acesso ao Sumário

testemunhas que confirmasse tal assertiva. Por outro lado, mesmo que ela não fosse efetivamente sócia da empresa, Luciane disse que consentiu com a utilização de seu nome na constituição da empresa pelo averiguado, o que consistia em exigência formal na época em que ocorreram os fatos, em que não se podia constituir uma 'empresa' de responsabilidade limitada com a presença de apenas um sócio. Não há notícia nos autos de que o averiguado tenha se utilizado de referida empresa para fraudar o fisco ou praticar qualquer outro delito. Ademais, consta do contrato social que ele próprio possuía 95% do capital social da empresa, indicando que o Averiguado não visava ocultar sua condição de sócio majoritário e administrador da empresa ao incluir Luciane, devendo sua conduta efetivamente existente, ser apurada e apenada nas esferas cível, comercial e trabalhista".

Assim, dois foram os fundamentos para o requerimento de arquivamento. O primeiro, de ausência de provas. E o segundo, da atipicidade, já que a prática se deu em razão da exigência formal à época, haja vista a impossibilidade de se constituir empresa de responsabilidade limitada com apenas um sócio. Acresceu, ainda, o requerimento de arquivamento feito pelo Ministério Público, o fundamento de não existir notícias de que Rogério tivesse colocado a empresa no nome de terceiros para fraudar o fisco ou cometer qualquer outro delito, o que tem a ver com a elementar do tipo previsto no artigo 299, do Código Penal, qual seja, "***com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante***". Em outros termos, a conduta foi considerada atípica. Além disso, o requerimento de arquivamento formulado pelo Ministério Público ainda teve como fundamento o fato de Rogério possuir 95% do capital social, o que "***indicava que ele não visava ocultar sua condição de sócio majoritário, isto é, não existia dolo, que também atina com atipicidade. E, por fim, mas não menos importante, o fundamento de que a conduta, se o caso, deveria ser apurada apenas nas esferas cível, comercial e trabalhista, mas não na esfera penal***".

Portanto, um dos fundamentos acolhidos pelo douto Juízo para o arquivamento do feito, teria sido o fato de que a conduta não caracterizava crime, porque atípica. E é cediço que o arquivamento do inquérito policial pelo fundamento da atipicidade faz coisa julgada material, não permitindo a reabertura da investigação policial sob nenhum pretexto.

Ademais, o fato está acobertado pela prescrição, visto que a alteração do contrato social por meio da qual Rogério retirou-se da sociedade, nela ingressando sua mãe Irene, a qual, a partir de então, passou a ser sócia de sua esposa Thatyane, ocorreu em 27 de janeiro de 2009. Não existindo denúncia oferecida até a presente data, tem-se o transcurso do prazo prescricional de oito anos previsto no artigo 109, inciso IV, do Código Penal, haja vista que a pena máxima cominada ao delito previsto no artigo 299, também do Código Penal,

Acesso ao Sumário

é de três anos de reclusão, pois se trata de documento particular. Além disso, eventuais alterações posteriores do contrato social não constituem novos crimes.

Afirma-se, ainda, que não há qualquer prova substancialmente nova da suposta prática de falsidade ideológica do contrato social da empresa "PRESSEG", que as notícias extraídas da *Internet* são antigas, sobre fatos ocorridos nos anos de 2007 e 2008, anteriormente, inclusive, ao arquivamento do inquérito policial nº 1.525/10, em 13 de fevereiro de 2012. Também não constituem prova substancialmente nova da suposta falsidade ideológica da empresa "PRESSEG" – "seg", de segurança – a existência da ação penal nº 020331-04.2009.8.26.0515, e da ação civil pública por ato de improbidade administrativa nº 0103652-31.2009.8.26.515, que tramitam pela Vara da Comarca de Rosana e apuram supostas irregularidades praticadas pela empresa "RSP CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS" e pela empresa "PRESSERV" – "serv" de serviços. Assevera que o fato de as mesmas pessoas serem processadas por um mesmo tipo de crime, mas em relação a outros e diferentes fatos, pode, quando muito, após condenação transitada em julgado, refletir na dosimetria penal a título de antecedentes ou da reincidência. Também as diligências feitas pelo CAEX do Ministério Público não trouxeram qualquer prova nova sobre a suposta falsidade ideológica do contrato da empresa "PRESSEG", constituindo mero levantamento de dados da qualificação e endereços dos suspeitos. Aduz que a própria promoção de arquivamento em relação ao ex-Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça (notícia de que a "Presseg" não estaria cumprindo devidamente o contrato de prestação de serviços de vigilância armada, pois o avençado era a prestação de serviços de vigilância armada, e a empresa não estava fornecendo armamento para seus vigilantes), elaborada pelo d. ex-Procurador-Geral de Justiça Marcio Fernando Elias Rosa, é clara em afirmar que "***o processo licitatório transcorreu nos exatos termos da legislação correlata (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02), tendo o Tribunal de Justiça se cercado de todas as cautelas exigidas em lei para que qualquer proponente inidôneo fosse desclassificado***". E, no que toca à execução do contrato, asseverou o d. ex-Procurador-Geral de Justiça que "***da mesma forma procedeu o Tribunal em relação à execução do contrato. Os documentos de fls. 203/278 demonstram que o Tribunal aceitou a justificativa apresentada pela contratada para a falta de implementação do serviço de segurança armada durante os três primeiros meses de execução, baseada em interpretação razoável da Portaria nº 3.233/2012, do Departamento da Polícia Federal, que dispondo sobre as normas relacionadas às atividades de segurança privada, nos termos do Decreto Federal nº 89.056/83, que regulamenta a Lei Federal nº 7.102/83, impõe uma série de condições para a aquisição de armas***". Vale dizer, não há qualquer irregularidade quer na licitação, quer na prestação de serviço da empresa PRESSEG a este Egrégio Tribunal.

Acesso ao Sumário

Por fim, afirmam os impetrantes que não haveria razão para Rogério não constar no contrato social da empresa "PRESSEG", em razão de a Lei nº 7.102/83, que regulamenta as empresas especializadas em segurança, prever que elas não podem operar quando os seus diretores tenham antecedentes criminais. Basta um exame das folhas de antecedentes criminais dos investigados para ver que, embora eles respondam a ações criminais, nenhum deles possui qualquer condenação, sequer em primeira instância, e muito menos com trânsito em julgado, de forma que possam impedi-los de integrar empresa de segurança.

A ordem deve ser denegada.

Com efeito, embora possível, o trancamento de inquérito policial é cabível apenas nas hipóteses excepcionais em que se verifique de pronto, sem maiores indagações, a atipicidade do fato ou a absoluta inexistência de indícios relativos à autoria, situações essas não ocorrentes no caso em exame, em que se apura o cometimento pelos pacientes de crime de fraude relacionada a certames diversos daquele em que figurava a Presidência desta Corte de Justiça e do delito de falsidade ideológica.

Como consta das informações prestadas pela autoridade indicada como coatora, a requisição para instauração de inquérito policial para apuração de crimes relacionados a fraude á licitação, envolvendo a atuação da empresa "Presseg Serviços de Segurança Ltda." foi fundamentada nas cópias encaminhadas pela Procuradoria Geral de Justiça do Protocolado-MP nº 43.0699.0000011/2013-6, instaurado a partir de representação dirigida ao Ministério Público, em 26 de março de 2013, por Midas Francisco de Souza, noticiando eventual fraude relacionada ao processo licitatório nº 87091/12 (sessão pública realizada em 05/11/2012), que culminou na contratação da empresa acima mencionada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para prestação de serviços de segurança armada.

No curso do aludido protocolado, após a instrução devida, concluiu o douto Procurador Geral de Justiça pelo arquivamento dos autos no âmbito da competência originária, por não vislumbrar envolvimento da Presidência do Tribunal de Justiça, mas determinou o encaminhamento de cópias à Promotoria de Justiça da Capital, para averiguação de fraude relacionada ao aludido certame, por parte da sócia da empresa e de Rogério de Souza Phelippe, seu filho, que seria o real gerente da empresa, mormente por haver nos autos informações de fraudes relacionadas a outros certames, conforme cópia de fls. 148/161 (promoção de arquivamento de fls. 378/391).

Assim, afastada a atribuição da Procuradoria Geral de Justiça, pela prerrogativa de foro do então Presidente desta Corte de Justiça, mas havendo sérios indícios de fraude por parte da representante legal da empresa "Presseg Serviços de Segurança Ltda.", Irene Muniz de Souza, e do real gerente, Rogério de Souza Phelippe, relacionados, em princípio, aos fatos ocorridos no certame

Acesso ao Sumário

datado de 05 de novembro 2012 (não prescrito), diversos dos crimes anteriores objeto das ações penais com cópias já mencionadas (em trâmite em comarcas diversas e relacionadas a outros certames), sem prejuízo da apuração de outras fraudes atuais relacionadas à empresa, manifestou-se a autoridade impetrada pela instauração do inquérito policial contra o qual se insurgem os impetrantes.

É o que se colhe da promoção de arquivamento da representação (MP nº 43.0699.0000011/2013-6 – Protocolado 0043491/13), envolvendo licitação aberta por esta Corte de Justiça para a contratação de serviço de vigilância armada para os Fóruns do interior do Estado de São Paulo e o contrato dela decorrente, juntada por cópia a fls. 299/314, no qual consta que, durante as investigações, surgiram "***evidências de que a empresa vencedora do certame (Lotes 2 e 4), Presseg Serviços de Segurança Ltda., se presta à fraude, por meio de simulação. Indícios de que Irene Muniz de Souza, sócia-diretora da contratada, atua como presta-nome para que o seu verdadeiro controlador Rogério de Souza Phelippe, réu em diversos processos cíveis e criminais relacionados a fraude em licitações por meio de interpostas pessoas físicas e jurídicas, permaneça oculto***".

Ao fazer referida afirmação, o representante do Ministério Público deu como exemplo ***"a denúncia oferecida pelo Ministério Público em face de Rogério de Souza Phelippe, Irene Muniz de Souza e outros, na ação penal (Processo nº 0032075-29.2008.8.26.0482) que tramita perante a 1ª Vara Criminal de Presidente Prudente, imputando-lhes a prática do crime de falsidade ideológica porque, "no ano de 2005, o denunciado Rogério comprou uma empresa e alterou sua razão social, passando a denominá-la 'Presserv Serviços de Limpeza e Construções Ltda.', registrando-a em nome de sua genitora Irene, em razão de estar com algumas restrições, e administrando aquele empreendimento por meio de seu irmão, o denunciado Rodrigo" (...).***

Em outras oportunidades Rogério de Souza Phelippe valeu-se desse mesmo expediente (utilização de terceiras pessoas como presta-nome) para frustrar a licitude de processos licitatórios, tal como se extrai da denúncia oferecida pelo Ministério Público nos autos da ação penal (processo nº 0203331-04.2009.8.26.0515) e da petição inicial de ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público (processo nº 0103652-31.2009.8.26.0515), que tramitam na Vara da Comarca de Rosana (...).

Esses dados revelam que Rogério de Souza Phelippe habitualmente se oculta, com o propósito de fraudar processos licitatórios, sob o manto de pessoas jurídicas, tais como "Presserv Serviços de Limpeza e Construções", "RSP Construções e Serviços Ltda." (...), "Phelippe e Santos Ltda.", Phelippe Propaganda Ltda. – ME (...), em unidade de desígnios com pessoas físicas tais como a própria Irene Muniz de Souza, Marcos José Dias, Lucas Alves da Silva, Rodrigo Matheus de Souza

Acesso ao Sumário

Phelippe (...), Jurandir Pinheiro, Antonio Carlos Poliello de Andrade, Jackson Peargentile, Robson Thomas Moreira, José Arlindo da Silva (...) e Nivaldo Marques (...).

E essa ilícita forma habitual de proceder parece não ter poupado a empresa Presseg Serviços de Segurança Ltda.

Em apoio a essa assertiva tem-se o depoimento prestado, (...), em 16 de dezembro de 2014, por Irene Muniz de Souza. Afora o fato de já ter funcionado como presta-nome de seu filho em outras oportunidades, Irene não forneceu explicações satisfatórias sobre a sua condição de sócia-diretora da empresa Presseg Serviços de Segurança Ltda. Não foi convincente quanto à origem dos recursos que lhe permitiram, enquanto dona de casa, adquirir e integralizar, em 2009, cotas da empresa Presseg Serviços de Segurança Ltda. no valor de R$ 112.000,00 (cento e doze mil reais) (...). Incorreu em contradição ao afirmar que desde 2011 trabalham na sede administrativa da empresa cerca de sessenta pessoas (...), ao passo que o CAEX, em visita ao referido lugar, no dia 2 de janeiro de 2014, identificou apenas três funcionários, um vigilante de prenome Celso, a faxineira Vanessa e a administradora Patrícia (...).

Outrossim, a pessoa jurídica denominada Presseg Serviços de Segurança Ltda., constituída em 23 de janeiro de 2009, tinha originalmente como sócios Tathyane Cristina Biceglia que posteriormente descobriu-se (...) se tratar de esposa de Rogério de Souza Phelippe, e o próprio Rogério que, estranhamente, retirou-se da sociedade em 27 de janeiro de 2009, apenas quatro dias após a sua constituição, transferindo suas cotas para Irene Muniz de Souza. Não menos estranho é o fato de que Irene Muniz de Souza retirou-se da sociedade entre 04 de junho de 2010 e 22 de junho de 2010, ou seja, durante apenas 18 dias, cedendo, nesse período, suas cotas para Marcos José Dias, também réu em mais de um dos processos cíveis e criminais acima referidos.

Essas e outras circunstâncias encontradas nos autos são indícios veementes de que a empresa Presseg Serviços de Segurança Ltda., por meio de simulação, foi utilizada por Rogério de Souza Phelippe, mediante a interposta pessoa Irene Muniz de Souza, para obter a adjudicação do objeto da licitação (Pregão eletrônico nº 030/12 – Processo Licitatório nº 87.091/12) e a celebração do contrato (contrato nº 000.362/12) com o Tribunal de Justiça".

Vale ressaltar que, na oportunidade, o Ministério Público pleiteou o arquivamento do feito (MP nº 43.0699.0000011/2013-6 – Protocolado 0043491/13) apenas em relação ao Presidente do Tribunal de Justiça, por entender ausentes indícios do seu envolvimento nos atos supostamente ilícitos relacionados à contratação da empresa "Presseg Serviços de Segurança Ltda.", deixando claro que havia indicação de que foi mantido em erro pela licitante contratada, afastando, dessa forma, em relação a ele, a hipótese de incidência da Lei nº 8.429/92.

Acesso ao Sumário

Contudo, recomendou que fossem adotadas as providências necessárias para verificar eventual hipótese de nulidade da licitação e do contrato e a possível responsabilidade de agentes públicos e terceiros. Além disso, determinou o encaminhamento de cópia dos autos ao Departamento da Polícia Federal para conhecimento dos fatos e adoção das providências cabíveis quanto à autorização de operação concedida à empresa "Presseg Serviços de Segurança Ltda.", bem como ao Promotor de Justiça Criminal da Capital para as medidas de direito em relação à hipótese, em tese, de simulação e fraude antes mencionada.

Portanto, a investigação em curso, cujo procedimento se pretende ver trancado, como bem salientado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, nada tem a ver com os inquéritos arquivados e muito menos se restringe ao artigo de lei mencionado na impetração como atingido pela prescrição (fls. 414).

Anote-se que a falsidade ideológica que ora se apura é mais abrangente, uma vez que após a conduta mencionada no inquérito policial nº 1.525/10 – Presidente Prudente, que foi arquivado a pedido do Ministério Público (fls. 52/54 e 56), várias alterações do contrato social da empresa "Presseg – Serviços de Segurança" foram realizadas, pelo que se verifica dos documentos de fls. 35/39 e conforme já salientado, não estando atingidas pela prescrição, motivo pelo qual devem ser investigadas.

Para a instauração de inquérito policial não se exige prova plena, mas, como no caso, apenas a existência de indícios da ocorrência de crime, pois o fim precípuo do procedimento inquisitorial é exatamente o de fornecer subsídios ao titular da ação penal que lhe permitam oferecer denúncia contra o autor do fato ou requerer o arquivamento do procedimento. E, como já visto, há indícios da existência, em tese, dos crimes de fraude à licitação e falsidade ideológica, indícios esses que não permitem obstaculizar as investigações.

Ressalte-se que, somente se determina o trancamento de inquérito policial quando se pode observar, sem exame aprofundado e interpretativo da prova, que não há justa causa para sua instauração, o que não é o caso dos autos.

Ante o exposto, denega-se a ordem, cassada a liminar.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2071088-74.2017.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é paciente J. E. C. e Impetrante A. A. DE T.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM a ordem para

que seja conhecida a resposta à acusação apresentada em favor do paciente a fls. 162/165. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.140)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT e SOUZA NERY.

São Paulo, 18 de maio de 2017.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – OFERTA INTEMPESTIVA DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO DA PEÇA DEFENSIVA – ILEGALIDADE – OCORRÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 396-A, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E VERBETE SUMULAR N. 523, DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por ALEXANDRE ALMEIDA DE TOLEDO, em favor de J.E.C., apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara do Júri e da Infância e Juventude da Comarca de Taubaté (autos nº 0001576-74.2015.8.26.0625).

Consta dos autos que:

"O *paciente, foi denunciado em 30.09.2016 como incurso no art. 121, §2º, I e IV, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal e no art. 244B do Estatuto da Criança e do Adolescente* [...].

A denúncia foi recebida em 13.10.2016, oportunidade em que foi determinada a citação e intimação do Paciente para constituir defensor [...].

Em 19.01.2017, o defensor constituído pelo Paciente juntou procuração no processo [...]*, e foi recebida a representação processual pelo Juízo ad quo, que determinou que se aguardasse o retorno da carta de citação do Paciente* [...].

O Paciente foi citado em 15.12.2016, momento em que declarou possuir defensor, mas não soube declinar seu nome [...].

Mesmo sem ser intimada para tanto, a defesa do Paciente apresentou a devida resposta à acusação em 15.03.2017, quando, após refutar a acusação exordial, arrolou testemunhas e pleiteou a produção de outras provas [...].

Acesso ao Sumário

Ocorre que o MM. Juiz a quo, ora apontada com autoridade coatora, deixou de receber a peça defensiva do Paciente sob o fundamento de que era intempestiva, trazendo severos prejuízos ao pleno exercício da ampla defesa e do contraditório" (fl. 2).

Resumidamente, o *habeas corpus* é impetrado visando a cassação da r. decisão que declarou a intempestividade da peça defensiva, sob a alegação de que "*a citação do réu não supre a intimação do defensor constituído sendo este escolhido para representá-lo*" (fl. 8).

Requer, liminarmente, a suspensão do trâmite do processo criminal n° 0001576-74.2015.8.26.0625. No mérito, requer a concessão da ordem para cassar a r. declaração da intempestividade da defesa ofertada na referida ação penal, com determinação para "*que o juízo a quo aprecie as matérias aduzidas na peça defensiva de resposta à acusação apresentada em favor do paciente*" (fl. 10).

A liminar foi **indeferida** a fls. 42/46.

Prestadas informações pela autoridade indicada como coatora a fls. 49/50.

A fls. 83/87 foi acostado parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

A ordem deve ser concedida, ainda que por fundamento distinto daquele que constou da impetração.

Com efeito, a manifestação da Defesa do paciente acerca da denúncia contra ele ofertada é *intempestiva.*

Conforme bem ponderado pela Douta Autoridade indicada como coatora (fl. 40), o paciente constituiu o Impetrante como seu defensor em 24 de março de 2.015. Assim, o Ilmo. Advogado Alexandre Almeida de Toledo, subscritor da defesa copiada a fls. 26/29, já patrocinava os interesse do paciente quando de sua citação, ocorrida em 15 de dezembro de 2.016, conforme certificado a fl. 25.

Conquanto estabeleça o verbete sumular nº 710, do Col. Supremo Tribunal Federal que "*no processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem*", fato ocorrido em 15 de dezembro de 2.016, na espécie, a resposta apresentada em favor do paciente foi protocolizada após o decurso do prazo legalmente estipulado.

Assim, não comporta acolhimento a alegação do impetrante no sentido de que aguardou "*sua intimação via DOE para apresentar a resposta a acusação*". Isso porque, o ordenamento jurídico não contempla previsão segundo a qual o defensor constituído do paciente deva ser intimado acerca da citação do réu, tampouco condiciona a validade deste ato à ultimação daqueloutro.

É dizer: o ato citatório procedido a fl. 25, cuja validade não é impugnada, basta à constituição do termo *a quo* do prazo para oferta de resposta, independentemente da prática de qualquer outro ato processual intimatório pelo Juízo.

Pondera-se, outrossim, que ao impetrante sequer foi outorgado poder especial para receber citação. Com muito menos razão há que se esperar que caberia ao Juízo intimar a defesa técnica acerca do aperfeiçoamento do ato processual que, em última análise, visa dar ciência pessoal do processo à parte, e não ao seu procurador.

Neste sentido, e como bem ponderado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"O direito ao contraditório e à ampla defesa não implica em desrespeito as regras que normatizam o processo penal. O paciente continuará a gozar de todas as garantias processuais, o que não se confunde com indevida leniência protetora"* (fl. 85).

No entanto, e igualmente conforme suscitado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, há questão de ordem pública que enseja a determinação à Douta Autoridade indicada como coatora a apreciação da defesa técnica ofertada em favor do paciente.

Nos termos do art. 396-A, §2º, do Código de Processo Penal:

> *"Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias".*

O referido dispositivo legal, na medida em que secunda a garantia jusfundamental do contraditório e da ampla defesa – art. 5º, inciso LV, da Constituição da República – veicula norma de ordem pública cuja inobservância é coibida com pena de nulidade.

Assegura-se ao acusado a oferta de resposta em persecução penal, ainda que por defensor dativo, não sendo a mera intempestividade causa suficiente para a supressão de sua manifestação sobre as imputações que lhe são feitas.

Neste sentido, é o entendimento sumulado do intérprete máximo da Constituição Federal:

> *"**No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta**, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"* (Súmula 523, do Col. Supremo Tribunal Federal).

A rigor, constatada a ausência de manifestação tempestiva do réu acerca das acusações que lhe são feitas, deveria a Douta Autoridade dar integral cumprimento à determinação do art. 396-A, §2º, do Código de Processo Penal.

Contudo, não há sentido lógico em se designar defensor *ad hoc* na

Acesso ao Sumário

hipótese em que há, nos autos, manifestação técnica de Advogado constituído pelo paciente, ainda que intempestiva.

Mais consentâneo se mostra com a maximização do exercício do contraditório e da ampla defesa, bem assim como do primado da instrumentalidade, celeridade e economia processuais, a determinação à Douta Autoridade indicada como coatora que proceda à apreciação da peça já apresentada, ainda que a destempo.

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem para que seja conhecida a resposta à acusação apresentada em favor do paciente a fls. 162/165.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0011433-52.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido BENIVALDO SANTOS DA CRUZ.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial, determinando-se o prosseguimento do feito. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.371)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

LUIS SOARES DE MELLO, Presidente e Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Crime de ameaça, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 147, 'caput', do Cód. Penal, c.c. Lei nº 11.340/2006). Decretação da extinção da punibilidade, por decadência (art. 107, IV, do Cód. Penal). Recurso ministerial acolhido. Representação da vítima, retratada exclusivamente em sede policial. Inadmissibilidade. Necessidade de realização da audiência específica prevista no art. 16 da L. 11.340/06 para este fim. Recurso ministerial provido, determinando-se o prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Benivaldo Santos da Cruz, indiciado pela prática da infração penal estabelecida no artigo 147, "*caput*", do Código Penal (*ameaça*), praticada no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher (*Lei nº 11.340/2006*), foi beneficiado por decisão de *f. 48/50* do apenso, que, com fulcro no art. 107, IV, do Código de Processo Penal, julgou extinta a punibilidade, face à retratação da vítima, em solo policial, da representação anteriormente ofertada.

O recurso ministerial – *f. 2/11* – combate o r. decisório, buscando afastar a extinção da punibilidade, com o prosseguimento do feito, ao argumento de que a validade da retratação da ofendida depende da realização de audiência específica para tal finalidade, nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/2006.

Anotam-se contrarrazões de defesa – *f. 18/21* –, que defendem a mantença do decisório.

Mantida pela origem a decisão recorrida – *f. 22.*

Autos distribuídos (*f. 25*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo provimento do inconformismo recursal – *f. 26/31* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***3.fev.2017*** – *f. 32.*

É o relatório.

Indiciado o recorrido pela prática do crime de ameaça, no âmbito doméstico (*art. 147, "caput", do Cód. Penal*), foi extinta a punibilidade, por decadência, considerando-se válida a retratação da representação exercida pela vítima em Delegacia de Polícia.

Contra tal decisão é que recorre o "*Parquet*", buscando o afastamento da extinção da punibilidade e o prosseguimento do feito, com a designação de audiência específica para aquele fim, nos moldes do art. 16 da Lei nº 11.340/2006.

Vem em ***boa hora*** o recurso ministerial.

"*Data venia*" do entendimento do d. Juízo de origem.

Trata-se, "*in casu*", de crime de ameaça, delito de ação penal pública condicionada à representação da vítima (*art. 100, § 1º, do Cód. Penal*).

Conforme se depreende dos autos, aos ***10.out.2014***, a vítima ***manifestou expressamente*** o interesse em representar – *f. 7 do apenso* –, respeitado o respectivo prazo decadencial (*f. 3*).

É certo que, posteriormente, após ser intimada para comparecer novamente em Delegacia de Polícia, manifestou o desejo de não mais representar o autor do fato, retratando-se, portanto, da manifestação anterior.

Entretanto – *e exatamente como argumenta o Ministério Público* –, tratando-se de crime praticado no contexto de violência doméstica, abrangido

Acesso ao Sumário

pelas disposições da legislação específica, como aqui, a retratação somente é admitida ***se realizada em audiência específica*** para esse fim, ***nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/06.***

O que, "*in casu*", **não ocorreu.**

Com efeito, depreende-se dos autos que, requerida pelo Ministério Público a designação da audiência específica (*f. 34*), foi determinada a intimação da vítima para comparecer em Juízo, em atendimento à cota ministerial (*f. 35*).

Foi expedido, na sequência, mandado de intimação da vítima, para tal finalidade (*f. 39*), mas a diligência restou frustrada, pois o endereço da ofendida **não foi** localizado.

Em que pese à manifestação ministerial que se seguiu, pugnando por nova tentativa de intimação da ofendida, desta feita por carta (*f. 41*), e inobstante a não realização daquela audiência, foi então decretada a extinção da punibilidade, com fundamento no art. 107, IV, do Cód.Proc.Penal.

Respeitosamente do entendimento da origem, todavia, o "*decisum*" não pode prosperar.

Isto porque, conforme estabelece o art. 16 da Lei nº 11.340/06, aplicável aos casos de ação penal pública condicionada à representação da vítima, abrangidos pela Lei Maria da Penha: *"(...) só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público*."

Como se vê, a legislação de regência concebe audiência ***especificamente designada para a manifestação da vontade da vítima*** quanto à representação do autor do fato, a ser exercida em ato solene, realizado necessariamente perante a autoridade judicial.

A permitir a conclusão de que se pretendeu revestir a situação das maiores cautelas, tendo em vista a finalidade precípua de proteção à mulher, considerada a sua vulnerabilidade no âmbito doméstico e familiar.

Nesse contexto, portanto, inexiste ***qualquer*** diferença entre a terminologia empregada pela redação legal – *que faz menção unicamente à "renúncia" à representação* – e a hipótese de retratação de representação anteriormente ofertada, como aqui.

Acesso ao Sumário

Dês que, desprezada eventual imprecisão terminológica do legislador, que não utilizou o termo renúncia em seu termo técnico – *isto é, limitado às hipóteses em que a representação não chega a ser ofertada –,* a *"mens legis"* é a de ***assegurar a manifestação, pela vítima, de seu real desejo quanto à deflagração da ação penal.***

Ilógico seria, na verdade, assegurar a solenidade do ato exclusivamente na hipótese de renúncia, em sentido técnico, e deixar de fazê-lo nos casos em

que a vítima tenha ofertado representação e posteriormente se retratado de tal manifestação.

Pois ambas as hipóteses são essencialmente idênticas quanto à necessidade de assegurar a expressão da vontade real da vítima de violência doméstica, e, por isso, igualmente abrangidas pela previsão legal.

Ademais, tratando-se de ato que pode ser realizado ***até o recebimento da denúncia***, e tendo em vista que o oferecimento da inicial, nas hipóteses versadas pelo art. 16 da Lei Maria da Penha, como aqui, depende **necessariamente** de representação da ofendida, como condição de procedibilidade, é inconcebível a intepretação que exclua a hipótese dos autos.

Isto, afinal, representaria verdadeiro contrassenso, vez que a inexistência de representação inviabiliza o oferecimento da denúncia, tornando inexplicável a possibilidade de realização daquela audiência específica até o *recebimento da denúncia*, como determina a lei.

Evidente, destarte, que o dispositivo legal é aplicável, também, às hipóteses de retratação, pela vítima, da representação anteriormente ofertada, com vistas a assegurar a manifestação de sua vontade real ao início da persecução penal do autor do fato.

Daí porque não pode prevalecer a retratação exercida em solo policial, diversamente do que entendeu a origem.

POSTO, ***dá-se provimento*** ao recurso, para, cassada a r. decisão de origem, ***determinar o prosseguimento do feito***, com a intimação da ofendida para a audiência específica prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 1000806-44.2016.8.26.0491, da Comarca de Rancharia, em que são recorrentes FREDERICO GUIMARÃES REULE e JOSÉ APARECIDO BELO, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para o fim de cassar a r. sentença de fls. 40/41 e concederam a ordem, determinando a expedição de salvo conduto para que o paciente Frederico Guimarães Ruele e outros Guardas Municipais da cidade de Rancharia/SP não sejam presos pelo porte de arma de fogo, da corporação a que é vinculado ou particular devidamente registrada, nos limites territoriais da Comarca de Rancharia, ainda que fora do horário de serviço. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra

Acesso ao Sumário

este acórdão. **(Voto nº 33.279)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Recurso em sentido Estrito. Decisão que julgou extinto Habeas Corpus. Guardas Civis do Município de Rancharia. Remédio constitucional que se afigura medida processual adequada. Pretensão de expedição de salvo conduto em favor dos recorrentes, para que possam portar arma de fogo, de uso permitido, fora do horário de serviço. Possibilidade. Inconstitucionalidade do artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, reconhecida pelo Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, ao julgar o Incidente de Inconstitucionalidade nº 126.032-0/5-00. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Frederico Guimarães Ruele e outros Guardas Municipais da cidade de Rancharia/SP, com fundamento no artigo 581, X, do Código de Processo Penal, contra a r. decisão de fls. 40/41, que julgou extinto o *habeas corpus* preventivo, por inadequação da via eleita.

Sustentam os recorrentes a inconstitucionalidade do artigo 6°, inciso IV, do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03). Afirmam que o dispositivo em questão afronta os princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, visto que discrimina o porte de arma de fogo, fora do horário de serviço, em razão do número de habitantes dos municípios. Argumentam não haver razão para se concluir que os guardas civis do município de Rancharia sejam diferentes dos guardas civis de municípios com mais de 500.000 habitantes. Postulam, em resumo, a expedição de salvo-conduto a fim de que possam portar arma de fogo fora do horário de serviço (fls. 03/20).

O recurso foi regularmente processado, opinando a digna Promotoria de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 25/28) e a r. decisão recorrida foi mantida no juízo de retratação (fl. 29).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 47/56).

É o relatório, em síntese.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento.

Com efeito, não era o caso de extinção liminar da impetração. Primeiro, porque não pretendem os recorrentes obter licenças para registro de porte de arma de fogo, caso em que seria verificada a competência da Polícia Federal. Segundo, porque é possível vislumbrar a existência de risco à liberdade de ir e vir de guarda municipal que eventualmente esteja portando arma de fogo irregularmente. Ou seja, na hipótese, a Autoridade Policial se afigura como parte legítima para figurar como autoridade coatora no remédio constitucional, meio processual este que, ademais, não é "*inócuo*", consoante a finalidade visada – expedição de salvo conduto em face de possível e eventual prisão em flagrante de guarda municipal nas condições acima alinhavadas, atividade esta que é de atribuição da Autoridade Policial.

Por outro lado, não há como negar que o Estatuto do Desarmamento, ao estabelecer discriminação baseada apenas no critério populacional, permitindo que somente os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e de Municípios com mais de 500.000 habitantes portem armas de fogo, mesmo fora de serviço, afronta diversos princípios constitucionais, sobretudo o da isonomia, que deve prevalecer entre todos os Municípios do país, diante do pacto federativo.

De outra parte, não se desconhece que a principal função das Guardas Municipais, consoante se infere do § 8º, do artigo 144, da Constituição Federal, é a proteção de bens, serviços e instalações dos Municípios. Todavia, não se pode ignorar o fato de que as Guardas Municipais colaboram, e muito, com a segurança pública, mormente em cidades pequenas, que possuem reduzido número de policiais civis e militares, sendo tais agentes públicos os principais responsáveis por inúmeras prisões em flagrante delito. De fato, a realidade mostra-se bem diferente do que o legislador imaginou para uma "cidade pequena" – em termos de índices populacionais. Hoje em dia, a criminalidade e a violência não mais diferenciam cidades grandes de cidades pequenas, e é exatamente por isso que, a meu aviso, o porte de arma de fogo, de uso permitido, para segurança pessoal, fora do horário de serviço, se faz necessário a todos os guardas municipais, e não só para aqueles que exercem suas funções em cidades com população igual ou superior a 500 mil habitantes, pois, inegável que, assim como policiais civis e militares, estão expostos aos riscos diários inerentes às funções que exercem no apoio à Segurança Pública.

Não bastassem os argumentos acima expostos, vale observar que a questão da inconstitucionalidade do inciso IV, do referido dispositivo legal, já foi submetida à apreciação do Colendo Órgão Especial, quando do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 139.191-0/0-00, Relator o eminente Desembargador RENATO NALINI, ocasião em que restou assentado que: "*A Lei 10.826/03 vedou o uso de arma de fogo e excepcionou a Guarda Municipal*

Acesso ao Sumário

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 VI 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 delinquência 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".

Nesse mesmo julgado ficou consignado que "*diante da relevância do tema e do interesse para todos os municípios bandeirantes com população inferior a 50 mil habitantes (...) incidirá na espécie o preceito do § 2º do artigo 658 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça".* Este, por sua vez, na redação do Regimento então vigente, dispunha que *"a decisão declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se for unânime, constituirá, para o futuro, decisão vinculativa para os casos análogos, salvo se o órgão judicante, por motivo relevante, considerar necessário provocar nova manifestação do Órgão Especial sobre a matéria*.".

Em sendo assim, deve-se aplicar à hipótese dos autos o entendimento já manifestado pelo C. Órgão Especial desta Corte. Nesse sentido, a propósito, já decidiu esta C. Câmara, quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 0006669-35.2009.8.26.0655, da Comarca de Várzea Paulista, em 12.04.2012, Relator o eminente Desembargador SOUZA NERY.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para o fim de cassar a r. sentença de fls. 40/41 e conceder a ordem, determinando a expedição de salvo conduto para que o paciente Frederico Guimarães Ruele e outros Guardas Municipais da cidade de Rancharia /SP não sejam preso pelo porte de arma de fogo, da corporação a que é vinculado ou particular devidamente registrada, nos limites territoriais da Comarca de Rancharia, ainda que fora do horário de serviço.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0068258-43.2015.8.26.0000, da Comarca de São Pedro, em que é peticionário AGNALDO ANTÔNIO SOARES DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEIXARAM DE CONHECER da

revisão, extinguindo-a sem julgamento de mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.324)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), FERNANDO SIMÃO, ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO ORIGINAL.

Ação revisional pela alteração do fundamento absolutório na ação penal originária.

Sentença absolutória. Modificação do fundamento. Descabimento.* –Art. 621, *caput*, do CPP. A ação de revisão, excepcional por seu caráter de desconstituição da coisa julgada, não é admitida para vergastar decisão absolutória. Peticionário que demonstrou conformismo com a decisão original, sequer utilizando a via recursal da apelação para impugnar o fundamento, de caráter dilatório (falta de provas), para alterá-lo para um peremptório (demonstração de que o então acusado não concorreu para a infração penal). Estritas devem ser as hipóteses legais, em rol taxativo, para a flexibilização da garantia fundamental de estabilização das relações sociais, ou seja, a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da CR/88). *Mérito que não comporta depuração pela sede revisional.

Não conhecimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de "***REVISÃO CRIMINAL***", ajuizada pelo peticionário **AGNALDO ANTÔNIO SOARES DE ALMEIDA**, contra condenação criminal originalmente proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de São Pedro, consolidada ante a inexistência de recurso das partes (conforme certidão de trânsito em julgado, para o órgão acusatório, na data de ***15 de agosto de 2014***, fls. 184, e, para a Defesa e para o **peticionário**, na data

Acesso ao Sumário

de ***17 de janeiro de 2014***, fls. 188).

Segundo consta destes autos, o ora **peticionário Agnaldo** (qualificado a fls. 02) foi, inicialmente, denunciado por *roubo majorado*, porque, na data de ***04/09/2012***, em torno de 16h30min, na rodovia SP 304, km 197, defronte à empresa Concrevip, bairro de Santa Rosa, na cidade e Comarca de São Pedro, ele, então **réu**, tentou subtrair, para proveito próprio, mediante grave ameaça, **R$ 100,00** (cem reais) em dinheiro, pertencente a Edvaldo Dondone, somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade (cf. denúncia – fls. 1d/2d; decisão de recebimento da denúncia, fls. 39).

Conforme se apurou do caso, **Agnaldo** abordou a vítima Edvaldo, que trabalhava como taxista na cidade de Águas de São Pedro, e solicitou uma corrida até uma chácara localizada na zona rural do Município de São Pedro. O **peticionário**, após ter sido levado até o local combinado, anunciou o assalto, já no percurso de volta à cidade, encostando uma faca na barriga do ofendido e determinando que ele entregasse a carteira e rumasse para Charqueada, um Município vizinho. O crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do **peticionário**, pois Edvaldo conseguiu desvencilhar-se do cinto de segurança do táxi subitamente, abandonar o veículo e pedir por socorro a um motorista de ônibus que acabava de parar no mesmo local. **Agnaldo**, então, teria saído do veículo da vítima, evadindo-se do local. No entanto, foi localizado por policiais militares logo em seguida, ainda nas imediações da sobredita chácara em que estivera com Edvaldo momentos antes. Acabou autuado em flagrante (fls. 02/03) e reconhecido pelo ofendido em solo policial (fls. 10), deflagrando-se, assim, a persecução penal.

Após o devido processamento dos autos, a ação penal foi julgada **IMPROCEDENTE**, sendo o **revisionando Antônio**, então, **ABSOLVIDO** da acusação como incurso no artigo 157, § 2º, inciso I, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 172/174), mesmo porque até o próprio órgão acusatório se convencera, após o esgotamento da instrução, da carência de provas, pedindo a improcedência da ação (fls. 165/167). A decisão oportunamente transitaria em julgado para as partes (fls. 184 e fls. 188).

O **peticionário** lança mão da ação revisional, visando alterar o fundamento da absolvição original, não impugnada por recurso, para que se reconheça ter sido provada a não concorrência dele no suposto crime, *ex vi* do artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal (fls. 02/03 dos autos da revisão).

Em parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo **NÃO CONHECIMENTO** da ação revisional proposta (fls. 40/41-v dos autos da revisão).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A revisão não deve ser conhecida.

De fato, incabível produzir-se uma análise de mérito sobre o pedido revisional, **por absoluta falta de interesse de agir** do **peticionário**, isto é, por ausência de pressuposto subjetivo da ação.

Na literalidade do artigo 621 do Código de Processo Penal:

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**.*

Com efeito, as hipóteses vertentes enunciam o cabimento dessa excepcional ação desconstitutiva sobre decisões de natureza **CONDENATÓRIA**, em amplo prestígio ao **princípio da verdade real** que orienta, no processo penal, a busca pela chamada *verdade substancial dos fatos*, ainda que já se tenham esgotado as vias legais de apreciação do mérito ou, até mesmo, de repropositura das questões puramente de direito. Em nenhum momento, a base legal dá azo, nem por interpretação sistemática, a se estender o cabimento da revisional para sentenças absolutórias: se os dois primeiros incisos do antedito artigo 621 são **EXPLÍCITOS** em exigir o qualificativo da condenação, o terceiro *implicitamente* mantém idêntica lógica nesse aspecto, vez que só poderia haver uma finalidade prática em novas provas de inocência, *se justamente para se reverter a condenação*, o que, por certo, também se dessume nos casos de diminuição da pena, que se deve ler no inciso III como sendo a **APLICADA** (*seria ilógico cogitar para uma cominação abstrata*).

Tampouco seria possível, em relação à matriz técnica da revisão, realizar uma **interpretação extensiva** do tipo penal, haja vista o excepcional fim da revisão criminal, qual seja, o de desconstituir uma decisão criminal definitiva, ensejando, em suma, a **FLEXIBILIZAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA COISA JULGADA** (ainda que apenas formal, no caso do processo penal), como corolário jurídico-político da estabilização das relações sociais. Aliás, deve ser sempre essa a linha interpretativa de qualquer dispositivo legal que represente, ao final e ao cabo, uma restrição ao campo de incidência de uma das garantias fundamentais previstas na Lei Maior, que ainda exibem o caráter de **cláusulas pétreas** (conforme artigo 60, § 4°, inciso III, da CR/88). Portanto, as hipóteses de cabimento da ação revisional perfazem **rol taxativo**, não se admitindo o juízo rescisório para alteração de decisão judicial de natureza absolutória, salvo a hipótese de **absolvição imprópria**. Nesse sentido, destaca-se preclara lição pretoriana: "*Na esteira da jurisprudência do*

Acesso ao Sumário

STJ, a revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois nada mais é que a desconstituição da coisa julgada em face da prevalência, na seara penal, do princípio da verdade real sobre a verdade formal. O acolhimento da pretensão revisional deve ser excepcional, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, estreme de dúvidas, dispensando, pois, a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas" (STJ, AgRg no REsp 1.295.387/MS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 11-11-2014, DJe de 18-11-2014).

Prevalece esse raciocínio, ainda que se trate, como se vê *in casu*, de revisão criminal proposta para reverter o fundamento da absolvição, de um apenas dilatório (falta de provas) para um **peremptório** (demonstração de que o réu não concorreu para a infração penal). Nesse sentido, é induvidoso o entendimento vicejante na matéria, como se depreende dos ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima: "*Destarte, se o acusado tiver sido absolvido com base na ausência de provas suficientes para a condenação (CPP, art. 386, VII) e, esta decisão tiver transitado em julgado, será inviável a revisão criminal, nem mesmo se o acusado conseguir demonstrar que o ajuizamento da revisional visa à modificação do fundamento da absolvição para que possa repercutir no âmbito cível (v.g. inexistência do fato delituoso)*". Portanto, incabível conhecer da ação revisional, até porque o **revisionando**, assistido pelo mesmo causídico que subscreve a presente ação autônoma, já havia, na ação original, **nitidamente manifestado resignação** quanto ao provimento judicial, ao peticionar, inclusive, para **RENUNCIAR À FACULDADE DE RECORRER** e **pugnar pela CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO** da sentença de piso (fls. 182). Noutros termos, a ÚNICA VIA PROCESSUAL adequada para veicular a alteração do fundamento absolutório consiste justamente no emprego da **via recursal da apelação**, como caminho natural ao reexame das provas, do qual o ora **peticionário** abdicara prontamente.

Sufragando o entendimento esposado, atente-se aos seguintes sodalícios:

HC. IMPROPRIEDADE. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. REVISÃO CRIMINAL DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DESCABIMENTO. WRIT *NÃO-CONHECIDO. I. Inexistindo ameaça ao direito de ir e vir do paciente, nem flagrante ilegalidade no ato apontado como coator –* ***que decidiu com acerto ao entender descabido pedido revisional de sentença absolutória para o fim de alterar o fundamento legal da absolvição*** *– não se justifica a utilização do habeas corpus. II.* Writ *não-conhecido.*

(STJ – HC 9276/SP, 1999/0038302-8, Relator Ministro GILSON DIPP, data de julgamento: 21/09/1999, T5 – QUINTA TURMA, data de publicação: DJ 25.10.1999, destaquei);

Tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem o conhecimento de

Acesso ao Sumário

revisão criminal de sentença absolutória, salvo em caso de absolutória com aplicação de medida de segurança.

(STJ, REsp 329.346/RS, 6ª Turma, relator Ministro Hélio Quáglia Barbosa, j. 31-5-2005, DJ 29-8-2005, destaquei) .

Em suma, não se demonstrando, a partir da exordial, em cotejo com os autos originais, qualquer teratologia ou franca contrariedade à lei penal – já que a visada modificação de entendimento da absolvição se pautaria no reexame de provas, incabível sequer o **conhecimento** da ação proposta.

Do exposto, por meu voto, **DEIXO DE CONHECER** da revisão, extinguindo-a sem julgamento de mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0020946-71.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário ANTÔNIO FRANCINALDO LOPES.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, julgaram improcedente a Revisão Criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.555)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), REINALDO CINTRA, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO, GRASSI NETO, FERNANDO SIMÃO, ALBERTO ANDERSON FILHO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 4 de maio de 2017.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Revisão criminal – Latrocínio – Preliminar de reconhecimento de nulidade do julgamento da apelação oposta contra a decisão condenatória, por suposto "erro na pauta de julgamento" – Preliminar de nulidade do processo por suposto "cerceamento de defesa ocorrido" durante a fase instrutória – Pleito absolutório baseado em insuficiência probatória – Pleito subsidiário de desclassificação para o delito de roubo, baseado em que "a previsibilidade do resultado morte não é capaz de atribuir ao revisionando a responsabilidade pelo latrocínio, porém é suficiente

Acesso ao Sumário

para aumentar sua pena até a metade" – Afastamento de ambas as preliminares – Inteligência do artigo 565 do Código de Proc. Penal – Não caracterização do alegado cerceamento de defesa – Pleito absolutório inviabilizado pela robustez do quadro probatório – A modificação de julgado que já se reveste dos atributos da "res judicata", com base no inciso I do artigo 621, do Cód. de Proc. Penal, somente é cabível ante flagrante erro judiciário. A ação de Revisão Criminal não comporta o reexame e discussão das questões já apreciadas na ação penal correspondente, por não se tratar de uma segunda apelação ou 'terceira instância' de julgamento – Decisão que não se revela "contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos" – Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de pedido de revisão criminal apresentado por ANTÔNIO FRANCINALDO LOPES, que foi condenado ao cumprimento de 23 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 11 dias-multa, pela prática do delito do artigo 157, § 3º, do Código Penal, cujas razões foram apresentadas pelo seu i. Advogado às fls. 02/45.

O i. Advogado do requerente requer: **1)** o reconhecimento da nulidade do julgamento do recurso de apelação que condenou o sentenciado, "*ante o erro na pauta de julgamento (fls. 867 verso), pois ali não está lançado no campo da sustentação oral o número do recurso de apelação do Revisionando, ocasionando em indefeso o revisionando, e de imediato, na mesma sessão, impugnado por esse Defensor*" (fl. 43); **2)** o reconhecimento da nulidade da ação penal, por violação ao direito de defesa do sentenciado eis que "*está provado o prejuízo do revisionando em não sendo atendido as diligências requeridas em ambas as instâncias – vinda das imagens originais e ainda das imagens após o roubo, que certamente demonstrariam a total improcedência da acusação*" (fl. 43); **3)** a procedência da ação revisional para que seja absolvido o peticionário, ante a falta de prova de que praticou o delito; **4)** a desclassificação do crime de latrocínio para o de roubo, porque "*a previsibilidade do resultado morte não é capaz de atribuir ao revisionando a responsabilidade pelo latrocínio, porém é suficiente para aumentar sua pena até a metade*" (fl. 45).

O parecer da Procuradoria de Justiça Criminal é pela improcedência integral do pedido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

As preliminares de nulidade não merecem acolhimento.

Ao contrário do alegado pelo i. Defensor, não houve erro na pauta de julgamento relativa à apelação interposta na ação penal em apenso.

Verifica-se que o requerente havia ingressado com pedido de sustentação oral na sessão de julgamento agendada para o dia 21/05/2013 (fl. 708). Posteriormente, pediu o adiamento do julgamento, por uma sessão, consoante petição juntada à fl. 710, pedido este que foi deferido.

Na data do julgamento, após a abertura da sessão, o i. Defensor ingressou com nova petição, pleiteando a anulação do julgamento com base em que "*iria fazer sustentação oral das razões de apelação, assim é que o julgamento foi designado com início às 10h00. Como a pauta estava sem o nome do apelante e deste Advogado, então se deslocou até a OAB que fica na sala 210 dessa Corte para pegar o número do processo pela internet, retornando as 10h12, imprimindo e entregando a Sra. Assessora de Julgamento, onde, para surpresa, informou que já havia sido julgado, imprimindo o resultado em que constou que rejeitaram as preliminares e negaram o recurso por votação unânime*" (fl. 730)

Consoante certificou a i. Supervisora do Serviço de Processamento do 2º Grupo de Câmaras Criminais, "*esta serventia atendeu ao nobre defensor na sessão de julgamento de 04.06.2013, o qual compareceu após o início da sessão, especificamente às 10:13 horas, onde já havia sido anunciado o resultado do presente feito, sendo assim, informei-o do resultado e que não daria mais para ele fazer a sustentação oral*" (fl. 731).

Ante o que consta dos autos, não é possível concluir pela ocorrência de nulidade capaz de invalidar o julgamento do mencionado recurso de apelação.

O i. Desembargador-relator, Dr. Euvaldo Chaib, ao indeferir o pleito de anulação do julgamento com base no art. 146 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça[1], asseverou que "*O requerente tinha plena ciência de que o julgamento foi adiado a seu pedido, e cabia a ele diligenciar, com a devida antecedência, reiterar a comunicação de que faria sustentação oral [-]. Infelizmente, não chegou a tempo para desempenhar seu mister*" (fl. 733).

Ora, decorrendo a ausência do i. Defensor de sua própria hesitação ou temeridade, não há como concluir pela ocorrência de qualquer violação ao direito de defesa do requerente, mormente com base na alegada ausência do nome do interessado e do próprio advogado na pauta de julgamento (e não do número dos autos) o que, caso constatado, não configuraria irregularidade alguma, por não conspurcar a essência desse documento, a teor do que dispõe o artigo 123, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

1 Art. 146. Ressalvado o direito ao adiamento, o advogado, pretendendo fazer sustentação oral em sessão já designada, deverá comunicar o oficial de câmara até o início dos trabalhos e no local de sua realização, devendo observar-se a ordem dos pedidos.

Por outro lado, inversamente do que aduz o i. Defensor do sentenciado, não se observa a ocorrência de qualquer cerceamento de defesa no curso da ação originária, não correspondendo a tanto as decisões de indeferimento a pedidos de diligências formulados pela defesa durante o seu trâmite, as quais basearam-se em fundamentação justa e pertinente às situações então verificadas pelo i. Magistrado de Primeiro Grau.

Aliás, esse pleito defensivo foi devidamente apreciado – e rechaçado – por ocasião do julgamento da apelação esgrimida contra a decisão exarada nos autos principais, tendo o i. Relator do v. Acórdão de fls. 715/728-ap, Dr. Euvaldo Chaib se pronunciado sobre ele nos seguintes termos:

> *"A segunda preliminar ventilada aduz que foram requeridos múltiplos pedidos em sede de defesa preliminar. Todavia, nenhum deles acabou acolhido, o que compromete a ampla defesa e o contraditório, sendo, ainda, aduzido que a decisão monocrática de indeferimento da súplica é desprovida de fundamentação. Ledo engano. O fornecimento da filmagem pela agência bancária no dia do crime, a reconstituição do delito, a identificação do Cabo Santana e sua atuação na investigação deflagrada ou a complementação ao laudo exarado pelo Instituto de Criminalística, com a máxima vênia, são pleitos meramente procrastinatórios que, em nada, auxiliam no deslinde da causa, até porque o próprio réu, por ocasião do interrogatório, admite ter estado no sítio dos fatos ao tempo do crime, ter alienado o Ford/Focus para Jeferson, fugitivo do sistema prisional, em poder de quem o automotor foi apreendido, e, ainda, olhado fixamente para o táxi em que a vítima ocupava com o dinheiro. Ademais, a tal suposta contradição na dinâmica dos fatos apontada entre o Cabo Santana, sequer ouvido, e o segurança particular Wagner, que aponta o dedo da autoria para o réu, não compromete a verdade real erigida, vez que mero desencontro sobre tema secundário em relato de testemunha não têm o condão de invalidar a prova colhida, até porque a prova oral não se reveste de absoluta uniformidade, notadamente quanto a detalhe dos fatos, sendo natural mera divergência de percepção ou enfoque, máxime quando coletado muito tempo após os fatos. Não há, assim, qualquer cerceamento de defesa Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ou carência de fundamentação na decisão lançada às fls. 237, vez que os pleitos não trazem nenhum elemento em si para alterar a realidade dos autos, representando, por isso, pedidos protelatórios e sem correlação com o mérito da questão ou a verdade real aqui tratada."*

O Código de Processo Penal disponibiliza ao Juiz, como presidente do processo e destinatário das provas, instrumentos processuais de que pode lançar mão sempre que for necessário ou conveniente trazer aos autos elementos de convicção relacionados aos fatos que constituem o objeto da causa, como se constata da leitura do seu artigo 156, I e II, cc. 170, primeira parte, 404 e 481, do CPP.

Acesso ao Sumário

Desse modo, se ao Magistrado se dá conhecimento de haver elementos de convicção que podem trazer novos esclarecimentos sobre os fatos em que se funda a acusação, ou se ele entende que falta elementos para conhecer os fatos narrados na denúncia com a devida abrangência e profundidade, pode – e deve – determinar a produção de provas adicionais, bem como fazer vir aos autos os elementos que entende imprescindíveis à elucidação das dúvidas que persistem.

O E. Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada na RT nº 683/361, assim se pronunciou sobre a questão:

> *"O processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O Juiz pode terminar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis a instrução".*

Também era esse o entendimento do (extinto) Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, conforme se verifica da seguinte ementa:

> *"A lei processual penal atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução, quer a final, antes de proferir a sentença. Assim, não estará, na busca da verdade real, sujeito a preclusões, sendo-lhe vedado apenas exceder os limites do admissível, determinando a realização de diligências sem qualquer vínculo com os fatos e demais provas dos autos"* (RT. 626/318).

Mas, evidentemente, não deve o juiz dar azo à produção de provas inúteis ou meramente procrastinatórias, cabendo a ele rechaçar qualquer intento das partes de introduzir nos autos elementos de convicção que não tenham relação com a causa ou sejam absolutamente irrelevantes ao seu deslinde.

Vale dizer, sempre que a defesa pretender realizar prova tardia com evidente propósito de causar indesejável procrastinação do andamento do processo, e a medida pretendida for inócua ou inconsequente, a melhor solução é dar seguimento regular à causa, sem que tal implique cerceamento de defesa, uma vez que a transcendência da intervenção estatal na esfera penal impede que o Estado fique à mercê da alternância de vontade do particular quanto aos modos pelos quais deve operar a *persecutio criminis in judicio*.

Quanto ao mérito, o pedido revisional, fundado no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, não comporta provimento.

ANTÔNIO FRANCINALDO LOPES, ora peticionário, foi processado e condenado ao cumprimento de 20 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 10 dias-multa, como incurso no artigo 157, § 3º, do Código Penal.

Conforme se extrai da ação penal em apenso, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, ANTÔNIO, em conluio e unidade de propósitos com dois indivíduos não identificados, tentou subtrair para proveito comum a quantia de R$ 5.000,00 que estava na posse da vítima *Danilo Rodrigues Arnaut*, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra a referida pessoa, sendo que da violência empregada resultou a morte de *Márcio Paes da*

Acesso ao Sumário

Silva.

A revisão, embasada no artigo 621, inciso I, do CPP, como ação destinada a rescindir a coisa julgada, viabiliza-se apenas quando a condenação está em clara em desconformidade com a prova dos autos, caracterizando erro judiciário manifesto, o que não se vislumbra no presente caso, que encerra simples pedido de reexame de provas.

No caso em apreço, de fato, não se constata causa jurídica capaz de motivar a alteração da decisão condenatória lançada às fls. 583/591 dos autos principais, que já foi reexaminada por este Egrégio Tribunal de Justiça em sede de recurso de apelação, ao qual foi negado provimento (v. Acórdão às fls. 715/728-ap).

De fato, analisando-se o argumento trazido pelo requerente, no sentido de que não há prova da autoria do delito, não se identifica qualquer base sólida para motivar o reexame dos elementos de prova que fundamentaram a decisão condenatória atacada.

A crítica formulada quanto à comprovação da autoria do delito não está lastreada em novos fundamentos ou prova surgida posteriormente à condenação, não se prestando ao propósito de depreciar os sólidos elementos de convicção obtidos durante as investigações da Polícia, que foram reexaminados e confirmados sob o crivo do contraditório.

Sobre a segunda hipótese do inciso I do artigo 621 do CPP, que contempla a possibilidade de rescisão do julgado contrário "*à evidência dos autos*", EUGENIO PACELLI DE OLIVEIRA[2] observa que "*o campo de discussão a ser reaberto será o da prova. Para que a ação seja conhecida e provida sob tal fundamentação, será necessário que a decisão não esteja apoiada em prova válida e consistente*". No mesmo sentido NUCCI[3], ressaltando que se deve entender "*por evidência dos autos o conjunto probatório colhido. Para ser admissível a revisão criminal, torna-se indispensável que a decisão condenatória proferida ofenda frontalmente as provas constante dos autos*".

Ora, no caso em apreço, conforme ressaltado pelo i. Desembargador Relator Euvaldo Chaib, "*O réu é um homem misterioso, respondeu a outro processo por roubo onde acabou absolvido (fls. 274) e na hipótese vertente foi muito difícil sua identificação. De hábitos obscuros, registrava seus bens em nome de terceiros, adquiria veículos automotores e não os transferia para seu nome, marcava encontros para celebrar negócios e somente se apresentava dias após a data aprazada, trocava de celular rotineiramente e nunca atendia ligações. Prestadores de serviços como mecânicos narraram a milicianos que a ele telefonavam, deixavam o recado e somente depois de algum tempo é que*

Acesso ao Sumário

2 *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 1013.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo Penal comentado, 14. Ed. rev., atual. e mpl. – Rio de Janeiro : Forense, 2015, pág. 1239.

retornava. A questão só veio a ser descortinada porque houve louvável trabalho desempenhado em mútua assistência pelas Polícias Militar e Civil. Em trabalho conjunto, compilando filmagens de vários estabelecimentos comerciais da região do Brás, os agentes públicos observaram que a vítima, desde a saída da agência bancária era seguida por dois motociclistas e pelo condutor de um Ford/Focus Preto (fls. 54/68). Apurou-se, então, que o motorista do automotor era o réu e ele estava na agência bancária. E, mais tarde, testemunha ocular (fls. 42) do latrocínio, segurança particular na região do Brás, reconheceu o réu como sendo o condutor do Ford/Focus preto que prestou ampla assistência aos motociclistas que executaram a vítima com disparo de arma de fogo. Delineou, inclusive, letras da placa de identificação do veículo e apontou, sem hesitar, o dedo da autoria na direção do réu. Aqui se encontra marcada, com toda segurança, a participação do réu no crime em inconfundível divisão de afazeres com os seus asseclas motoqueiros. O réu, fotografado às fls. 72, conhecido por 'Toninho' ou 'Tote', sem ocupação definida, que se apresentou como servente e comerciário, participante habitual de provas de arrancada em São Paulo, proprietário de veículos (Opala e Chevette) para tal desiderato, e também dono do Ford/Focus, preto, placa EGU 2665, entre outros carros (enumeração às fls. 134), permaneceu sem paradeiro conhecido por longo período, sendo, inclusive, neste interstício, decretada prisão temporária (fls. 109) e prisão preventiva (fls. 155/156) porque se recusava a apresentar perante Autoridade Policial. Chegou, inclusive, a destratar miliciano em conversa telefônica (fls. 139). Capturado em blitz policial (fls. 475) no ano seguinte ao crime, o réu admite ter estado na agência bancária no dia do crime para celebrar a venda do Ford/Focus com Jeferson, a quem conhecia de vista. Mas como o foragido não veio ao encontro porque não tinha o numerário, foi embora, repudiando, assim, qualquer envolvimento com os fatos descritos na peça matriz (fls. 456)."

O i. Relator ainda destacou que é "*Sintomático, ainda, que o réu estivesse no sítio dos fatos para encontro com alguém foragido do sistema prisional e que tal pessoa, curiosamente, viesse a ser capturado conduzindo o automotor usado no latrocínio dois dias após o crime estar consumado. Houve inequívoca divisão de afazeres. Os motociclistas acionaram o gatilho para matar a vítima, policial da ROCAM, mas o réu prestou integral assistência, repassou informação para os executores do disparo, escolheu a vítima na saída de agência bancária e, ainda, deu suporte à investida marginal, capitaneando a operação pelo celular, assistindo na fuga os asseclas*."

Essas ponderações bem realçam que o quadro probatório trazido aos autos principais, agora novamente examinado, é claro e convincente, tornando inquestionável a autoria delitiva.

É dizer, do exame do processado não emerge qualquer evidência que possa ser considerada contrária ao conteúdo das decisões condenatórias nele

Acesso ao Sumário

lançadas em Primeiro e Segundo Graus de jurisdição.

Da mesma forma, e em que pese não ter sido formulado argumento nesse respeito, cabe observar que também não é possível concluir que tenham as mencionadas decisões contrariado qualquer norma da legislação penal em vigor.

A tese desclassificatória também foi apreciada durante o julgamento, não se verificando com relação a esse aspecto erro judiciário, nulidade ou teratologia que justificasse a intervenção reparadora deste Sodalício, com vistas a sustar os efeitos da *res judicata.*

Sobre ela, aliás, ressaltou o i. Relator que é "*Irrelevante ainda o fato de nenhum bem ter sido rapinado porque o crime se consuma com a morte da vítima (RT 652/323). Por inelutável consequência, não se há falar em desclassificação da conduta para roubo em sua forma agravada. Confira-se, pois, a exegese da súmula 610 do Pretório Excelso*".[4]

Aparentemente, pois, com a presente revisão o Requerente apenas visa a eventual obtenção de algum beneplácito deste Tribunal. Daí, aliás, sua inconsistência.

Mas, a jurisprudência brasileira já assentou que a tal não se presta o instituto da Revisão:

> *REVISÃO CRIMINAL. Crimes de furto qualificado pelo concurso de pessoas e porte de arma de fogo com numeração suprimida. Artigos 155, §4º, inciso IV, do Código Penal e artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003. Pretensão ao reconhecimento de nulidade por ausência de intimação pessoal do requente e de seu defensor da decisão do v. acórdão. Inocorrência. A intimação pessoal do acusado, nos termos do artigo 392, do Código de Processo Penal, é necessária apenas em relação à sentença condenatória proferida em 1ª instância, de tal sorte que a intimação do acórdão prolatado em 2ª instância se aperfeiçoa com a publicação da decisão na imprensa oficial, para ciência da defesa técnica. Precedentes. Preliminar de nulidade pela alegada defesa técnica deficiente. Inocorrência. Defensor constituído. Atuação responsável. Teses já analisadas e refutadas na sentença, confirmadas em sede de apelação. Inviabilidade da utilização do instituto da revisão criminal para reapreciação de provas. PRELIMINARES REJEITADAS. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE. (TJSP – REV 0112115-13.2013.8.26.0000, Relator Camargo Aranha Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8º Grupo de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/03/2016; Data de registro: 09/03/2016)*
>
> *REVISÃO CRIMINAL – REEXAME DE PROVAS – PEDIDO NÃO ENQUADRÁVEL NAS HIPÓTESES DO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INDEFERIMENTO. Indefere-se a revisão criminal*

Acesso ao Sumário

4 Súmula 610 do STF: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima".

que tem por escopo o reexame de provas constantes nos autos. (TJSP – RVCR: 02041136220138260000 SP 0204113-62.2013.8.26.0000, Relator Willian Campos, Data de Julgamento: 11/06/2015, 8º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/06/2015)

Desse modo, e considerando mais a ausência de qualquer argumento do requerente quanto aos requisitos dos incisos II e III do artigo 621 do CPP – que de resto não afloram do exame do processado –, pelo meu voto, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação revisional apresentada por **ANTÔNIO FRANCINADO LOPES**.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2246485-84.2016.8.26.0000, 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 36.223)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.827, DE 6 DE NOVEMBRO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE SUZANO, QUE AUTORIZA A INSTALAÇÃO DE ABRIGOS EM PARADAS DE ÔNIBUS POR EMPRESAS INTERESSADAS EM FAZER PUBLICIDADE NO LOCAL – NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – VÍCIO DE INICIATIVA – INCONSTITUCIONALIDADE – AO PODER EXECUTIVO CABE ORGANIZAR E EXECUTAR

Acesso ao Sumário

TODOS OS ATOS DE ADMINISTRAÇÃO – AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Suzano contra a Lei nº 4.827, de 6 de novembro de 2014, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre a instalação de abrigos nas paradas das linhas do transporte coletivo municipal.

O autor alega violação aos artigos 5º, 25 e 47, II, 111 e 144 da Constituição Estadual e à Lei Orgânica Municipal.

A medida liminar foi indeferida.

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações.

O douto Procurador-Geral do Estado declinou da apresentação de defesa.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

Inicialmente, observo que o objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade é impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, por isso o processo objetivo não se presta ao controle de inconstitucionalidades indiretas, mas somente ofensas diretas ao texto constitucional.

De plano, imperativo reconhecer a impossibilidade do exame da inconstitucionalidade por afronta à Lei Orgânica Municipal.

Quanto ao mais, a ação é procedente.

Eis o teor da Lei nº 4.827, de 6 de novembro de 2014:

Art. 1º. *Fica autorizada a instalação de abrigos nas paradas das linhas do transporte coletivo municipal, por empresas interessadas em explorar publicidade no mesmo.*

Art. 2º. *Caberá à Secretaria Municipal de Trânsito e Mobilidade Urbana, conceder a autorização para tal fim, que será em caráter precário, ficando as benfeitorias incorporadas ao patrimônio público.*

Parágrafo único – *Os abrigos devem ser padronizados, segundo critérios adotados pela Secretaria Municipal de Trânsito e Mobilidade Urbana.*

Art. 3º. *A concessão para a exploração publicitária obedecerá ao prazo máximo de 4 (quatro) anos, permitindo a prorrogação por igual ou inferior prazo.*

Art. 4º. *No período de concessão às concessionárias responderão integralmente pela conservação e manutenção dos equipamentos e por todo e qualquer dano decorrente dos materiais empregados ou serviços executados.*

Art. 5º. *A publicidade a ser veiculada deverá obedecer a critérios definidos*

pela administração.

***Art. 6º.** A concessão será procedida por processo de licitatório.*

***Art. 7º.** As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de verbas do orçamento vigente.*

***Art. 8º.** Revogadas as disposições em contrário, esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.*

A norma trata da instalação de abrigos nas paradas de ônibus por empresas interessadas em explorar o espaço para publicidade, atribuindo à Secretaria de Municipal de Trânsito e Mobilidade Urbana a execução dos termos da lei.

Ora, a função legislativa da Câmara Municipal deve ser de caráter genérico e abstrato, enquanto a prática dos atos concretos da administração é de competência exclusiva do Prefeito Municipal.

Nesse sentido o ensino de Hely Lopes Meireles:

A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apena institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no prefeito.

Eis aí a distinção marcante entre a missão normativa da Câmara e a função executiva do prefeito; o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato; o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração.

(...) a Câmara não pode delegar funções ao prefeito, nem receber delegações do Executivo. Suas atribuições são incomunicáveis, estanques, intransferíveis (CF, art. 2º). Assim como não cabe à Edilidade praticar atos do Executivo, não cabe a este substituí-la nas atividades que lhe são próprias.

Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo prove 'in genere', o Executivo 'in specie'; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta

Acesso ao Sumário

e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em 'ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental'.

(...)

Usurpando funções do Executivo, ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial. (*in* Direito Municipal Brasileiro, 14ª ed., Ed. Malheiros, 2006, p. 605/606)

Na espécie, é evidente que não houve observância da iniciativa do Chefe do Executivo local para edição de norma, violando o princípio da separação dos poderes. A Lei nº 4.827, de 06 de novembro de 2014, do Município de Suzano, constitui matéria de cunho administrativo, impõe obrigações ao Poder Executivo e interfere diretamente na organização de serviços públicos. Como tal deve ser de iniciativa do Poder Executivo.

Evidente, pois, a ofensa aos arts. 5º, 24, § 2º, 47, II, XI, XIV e XIX "a" e 144 da Constituição Estadual.

No que se refere ao aumento de despesa sem indicação de fonte de custeio, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas apenas sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência, se fosse o caso de se examinar a constitucionalidade somente sobre este aspecto. Esse é o entendimento do STF. Confira-se:

"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***

Acesso ao Sumário

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**)

Pelo exposto, julgo procedente a ação para declarar inconstitucional a Lei nº 4.827, de 06 de novembro de 2014, do Município de Suzano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205456-54.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FUPESP, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARAÇAÍ e MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAÇAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39769)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (POR OMISSÃO). Lei Orgânica Municipal que não versou sobre o direito ao afastamento remunerado de servidores eleitos para o exercício de representação sindical. Prerrogativa decorrente do princípio da livre

Acesso ao Sumário

associação sindical, previsto pela Carta Bandeirante (art. 125, § 1º). Norma de reprodução necessária na esfera legislativa municipal, por força do art. 144 da Constituição Paulista. Lacuna verificada, com definição do prazo de 180 dias para que os Poderes Legislativo e Executivo Locais procedam à produção da norma necessária. Precedentes deste Colegiado. AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE por omissão** proposta pela FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FUPESP) em face do PREFEITO MUNICIPAL DE GUARAÇAÍ e da MESA DA CÂMARA MUNICIPAL daquela localidade.

Aduz-se, em suma, que a Lei Orgânica da Edilidade, ao não consagrar expressamente o direito do servidor público eleito afastar-se de suas funções, sem prejuízo da remuneração, caso eleito para desempenhar cargo de representação sindical, viola angularmente o artigo 125, § 1º, da Constituição Bandeirante.

Não houve formulação de pedido de liminar.

O Prefeito Municipal, embora devidamente intimado, não prestou informações (fls. 91, 100 e 113).

A seu turno, o Presidente da Câmara de Vereadores (fls. 110) informou não existir, na Lei Orgânica do Município de Guaraçaí, qualquer dispositivo prevendo a licença ao servidor público eleito para desempenho de mandato classista em sindicato da categoria; comprometeu-se, contudo, a adotar, em 180 (cento e oitenta) dias, as providências cabíveis para sanar tal omissão.

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. 103/104).

Em seu parecer, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou fosse julgada procedente a demanda (fls. 115/136).

É O RELATÓRIO.

Desde logo, a respeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ensina **José Afonso da Silva** (**Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48, *grifos nossos*) que: *"Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. A*

Acesso ao Sumário

Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa".

Igualmente salutar a lição de **Luís Roberto Barroso** (**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 296/297): *"Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional. Nesta hipótese, sua inércia será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão. Adotando-se a tríplice divisão das normas constitucionais quanto a seu conteúdo, a omissão, como regra, ocorrerá em relação a uma norma de organização ou em relação a uma norma definidora de direito. As normas programáticas, normalmente, não especificam a conduta a ser adotada, ensejando margem mais ampla de discricionariedade aos poderes públicos".*

Pois bem.

O artigo 125, § 1º, da Constituição Bandeirante, estatui que:

> *"Artigo 125 – O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.*
>
> *§ 1º – Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei".*

Destarte, o direito ao afastamento remunerado do servidor público para assumir cargo em sindicato é previsto pela Constituição Estadual e decorre do *princípio da livre associação sindical* – que, a seu turno, figura no rol do artigo 8º da Constituição da República (inciso VIII).

Por força do artigo 144 da Carta Magna Paulista, referida norma deve ser reproduzida, obrigatoriamente, na legislação municipal.

No caso em tela, sustenta-se que a Lei Orgânica do Município de Guaraçaí (juntada, na íntegra, a estes autos às fls. 44/84), em flagrante descumprimento ao disposto no artigo 125, § 1º, da Constituição Estadual, não consagrou o direito do servidor público daquela Edilidade que viesse a ser eleito para desempenhar cargo de representação sindical de afastar-se de suas funções, sem prejuízo da remuneração.

Da atenta leitura do texto normativo em comento, realmente se apura a

Acesso ao Sumário

inexistência de qualquer dispositivo estilar.

E essa conclusão vê-se corroborada pela própria informação prestada pelo n. Presidente da Câmara Municipal (fls. 110) – o qual ainda se comprometeu a, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, suprir tal lacuna.

A inação do Poder Legislativo local para regulamentar essa licença remunerada do servidor público municipal não poderia, todavia, inviabilizar o exercício de direito constitucionalmente consagrado, sob pena de servir ao fomento do desinteresse na participação da direção sindical (o que, na prática, acabaria por contrariar o próprio interesse do Constituinte Republicano).

Não por outro motivo, este Colendo Órgão Especial, instado a se manifestar sobre o tema em casos semelhantes, já assentou que:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Lei Complementar nº 02 de 22.09.1997 que trata do estatuto dos servidores públicos civis da Prefeitura, Câmara, Autarquias e outros do Município de Paraguaçu Paulista – Ausência de previsão do afastamento remunerado de servidor público para desempenho de mandato sindical – Direito consectário da liberdade sindical constitucionalmente garantida (art. 125, § 1º da Constituição Estadual) – Omissão verificada – Necessidade de regulamentação – Prazo de 180 dias – Ação procedente" (TJ/SP – Órgão Especial – ADI nº 2217944-12.2014.8.26.0000 – Rel. Des. **João Negrini Filho** – j. em 13.05.2015 – V.U.).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Lei nº 061, de 09 de setembro de 1993, que disciplina o regime jurídico dos funcionários públicos de Cajati e dá outras providências. Afastamento remunerado de servidores para exercício de mandato classista. Previsão do artigo 125, § 1º, da Constituição Bandeirante. Legislação municipal impugnada que não versa sobre a questão. Omissão constitucional constatada. Direito à liberdade sindical que deve ser plenamente assegurado. Norma, aliás, de observância obrigatória no âmbito municipal, por força do artigo 144 da Carta Paulista. Irrelevância na adoção do regime celetista, ademais. Pedido inicial julgado procedente" (TJ/SP – Órgão Especial – ADI nº 2156457-41.2014.8.26.0000 – Rel. Des. **Francisco Casconi** – j. em 25.02.2015 – V.U.).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Omissão. Lei Orgânica Municipal que deixou de tratar do afastamento remunerado de servidores para exercício de mandato classista. Direito consectário da liberdade sindical constitucionalmente garantida. Norma de efeito contido, carente de concretização no âmbito municipal. Omissão verificada. Procedência da ação" (TJ/SP – Órgão Especial – ADI nº 2030082- 92.2014.8.26.0000 – Rel. Des. **Márcio Bártoli** – j. em 30.07.2014 – V.U.).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 1.319, de 2 de janeiro de 2002, de Américo de Campos – Afastamento

Acesso ao Sumário

remunerado de servidor para exercício de mandato classista – Omissão de norma específica. A omissão do legislador municipal em relação à previsão de afastamento remunerado de servidor para o exercício de mandato classista caracteriza omissão inconstitucional porque afronta o disposto no parágrafo 1º do artigo 125 da Constituição do Estado de São Paulo, que é consectário do princípio da liberdade sindical, e deve ser suprida no prazo de 180 dias. Ação procedente" (TJ/SP – Órgão Especial – ADI nº 0142914-39.2013.8.26.0000 – Rel. Des. **Itamar Gaino** – j. em 29.01.2014 – V.U.).

Destarte, de rigor a **procedência da demanda, para declarar a omissão legislativa**.

E, em respeito ao princípio da separação de poderes, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário proceder à elaboração de regra(s) para o caso concreto, impende tão só determinar a notificação dos Poderes competentes – quais sejam, o Executivo e o Legislativo locais –, a fim de que supram a lacuna ora declarada, adotando-se, para tais providências, o já consolidado prazo de **180 (cento e oitenta) dias, a contar deste julgamento**.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE A AÇÃO**, para declarar a inconstitucionalidade, por omissão, da Lei Orgânica do Município de Guaraçaí (*quanto ao direito do servidor público eleito afastar-se de suas funções, sem prejuízo da remuneração, caso eleito para desempenhar cargo de representação sindical*), com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar deste julgamento, para suprir-se a lacuna.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2257489-21.2016.8.26.0000, 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 37.145)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA,

Acesso ao Sumário

SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – da Lei Municipal nº 4.972, de 07 de abril de 2016, que "institui a 'Semana Municipal do Quebrando o Silêncio', e dá outras providências", do Município de Suzano – Disposições da lei que se inserem em matéria sujeita a iniciativa legislativa do Poder Executivo, estando maculada a lei pela ausência de fonte para cobertura de novos encargos financeiros (art. 25 da Constituição Estadual) – Violação dos arts. 5º, 24, § 2º, 1 e 4, 25 e 128, da Constituição Estadual – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, proposta pelo Prefeito Municipal de Suzano, em face do Presidente da Câmara Municipal objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.972, de 07 de abril de 2016, que "institui a 'Semana Municipal do Quebrando o Silêncio', e dá outras providências".

Alega que as normas legais mencionadas contrariam o disposto nos artigos 5º e 144 da Constituição Estadual, e o artigo 2º da Constituição Federal.

Foi indeferida a liminar (fls. 123).

Vieram as informações às fls. 137/138.

A Procuradoria Geral do Estado declinou de sua atuação no processo (fls. 132/135).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 189/205).

É o relatório.

Dispõe a norma guerreada:

LEI MUNICIPAL Nº 4.972/16 – Institui a "Semana Municipal do Quebrando o Silêncio", e dá outras providências.

Art. 1º. Autoriza o Poder Executivo Municipal a instituir a Semana Municipal do Quebrando o Silêncio, que será comemorada anualmente, a partir do quarto domingo do mês de agosto, e integrará o calendário oficial do Município.

Acesso ao Sumário

Art. 2º. São objetivos da Semana Municipal do Quebrando o Silêncio:

I – promover palestras, seminários, conferências e outros eventos que propiciem o debate e a reflexão sobre temas que abordem os diversos aspectos do relacionamento contra a violência à mulher, a idosos e crianças, bem como proporcionem aos participantes orientações sobre questões que afetam diretamente a qualidade das relações familiares;

II – desenvolver atividades artísticas, culturais, desportivas e recreativas que favoreçam a interação entre pais, filhos e avós e estimulem a convivência, o diálogo, a compreensão mútua, o companheirismo, a cooperação e o fortalecimento dos vínculos afetivos familiares.

§ 1º. As atividades da Semana do Quebrando o Silêncio serão voltadas para participação popular, podendo alcançar também a setores representativos, escolas, igrejas, conselhos municipais voltados à área da criança e adolescente, idosos e proteção à mulher.

§ 2º. A comemoração da Semana do Quebrando o Silêncio poderá envolver os estabelecimentos da rede municipal de ensino e poderá ser estendida aos estabelecimentos das redes estadual e privada de ensino, mediante convênio ou termo de cooperação.

Art. 3º. A Administração Municipal proporcionará a participação das Secretarias Municipais da Educação, da Saúde, dos Esportes e Turismo e da Cultura nas atividades de apoio à Semana.

Art. 4º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão a conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 5º. O Chefe do Poder Executivo regulamentará esta Lei, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado de sua publicação.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º. As disposições em contrário ficam revogadas.

Registre-se, primeiramente, que não é de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo projeto de lei visando à criação de datas comemorativos ou eventos típicos locais.

No entanto, a lei ora em exame ultrapassa a simples criação, como se verá adiante.

A lei, de iniciativa parlamentar, impõe ao Poder Executivo a prática de uma série de obrigações e de ações tipicamente administrativas, violando o princípio da separação de poderes (arts. 5º, *caput*, §§ 1º e 2º, 47, II, XI, XIV e XIX, da CE, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta, e art. 29 da CF), além de criar despesas sem especificar as respectivas fontes de custeio – a que refere genericamente – dos sistemas e aparatos funcional e material daquele

Acesso ao Sumário

Poder, a que refere genericamente (art. 25, § único, da Constituição Estadual).

Embora o art. 1º faça referência como sendo uma autorização ao Poder Executivo de criar o Programa ("Fica autorizado o Poder Executivo a criar o Programa ..."), não há dúvida de que a lei está, na realidade, impondo obrigações.

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:

(...)

"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";

O artigo 25, por sua vez, 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.

"Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica a créditos extraordinários".

A inconstitucionalidade manifesta-se pela invasão da esfera da iniciativa legislativa privativa do Poder Executivo que não se confunde com a chamada reserva da administração (art. 47, II e XIV da Constituição Estadual).

O processo legislativo, compreendido o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto) realizados para a formação das leis, é objeto de minuciosa previsão na Constituição Federal, para que se constitua em meio garantidor da independência e da harmonia dos Poderes.

O desrespeito às normas do processo legislativo, cujas linhas mestras estão traçadas na Constituição da República, conduz à inconstitucionalidade formal do ato produzido, que poderá sofrer o controle repressivo, difuso ou concentrado, por parte do Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

A iniciativa, o ato que deflagra o processo legislativo, pode ser geral ou reservada (ou privativa).

A propósito, a Constituição Estadual estabelece que, cabe exclusivamente ao Governador a iniciativa das leis que disponham sobre fixação da remuneração aos cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como sobre servidores públicos e seu regime jurídico (CE, art. 24, § 2º, 1 e 4).

Tal regramento deve ser observado pelos municípios por força do princípio da simetria previsto no art. 144 da Constituição Paulista.

A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos municípios (arts. 24, § 2º, 1 e 4 e 144).

Enquanto a razoabilidade serve como parâmetro no controle da legitimidade substancial dos atos normativos, requerente de compatibilidade aos conceitos de racionalidade, justiça, bom senso, proporcionalidade etc., interditando discriminações injustificáveis e, por isso, desarrazoadas, a moralidade se presta à mensuração da conformidade do ato estatal com valores superiores (ética, boa fé, finalidade, boa administração etc.), vedando atuação da Administração Pública pautada por móveis ou desideratos alheios ao interesse público (primário), ou seja, censura o desvio de poder que também tem a potencialidade de incidência nos atos normativos.

De outro lado, e não menos importante, a lei impugnada cria, evidentemente, novos encargos financeiros para municipalidade, sem que tenha havido a indicação das fontes específicas de receita para tanto e a inclusão do programa na lei orçamentária anual.

A norma combatida ao instituir a campanha a ser desenvolvida pelo município, não indicou os recursos orçamentários necessários para a cobertura dos gastos advindos que, no caso, são evidentes porquanto criam vantagens pecuniárias retroativas, cuja implantação demanda meios financeiros que não foram previstos, não servindo a tanto a genérica menção a dotações orçamentárias próprias.

Acesso ao Sumário

A ausência de indicação desses recursos implica contrariedade ao disposto nos arts. 25 e 176, I, da Constituição do Estado de São Paulo.

A inconstitucionalidade transparece exatamente pelo divórcio da iniciativa parlamentar da lei local com esses preceitos da Constituição Estadual.

Isto posto, julga-se procedente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.972, de 07 de abril de 2016, do Município de Suzano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2216226-09.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TEODORO SAMPAIO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TEODORO SAMPAIO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. MARCELO FERRARI TACCA", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.326)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), 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, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.049, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE TEODORO SAMPAIO, QUE 'REGULAMENTA O REPASSE DE RECURSOS RECEBIDOS AO PROGRAMA DE MELHORIA DO ACESSO E QUALIDADE DA ATENÇÃO BÁSICA (PMAQ-AB), CRIA GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – LEI QUE DISCIPLINA MATÉRIA RELACIONADA A REGIME JURÍDICO E REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO

Acesso ao Sumário

DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITENS 1 E 4, E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE.

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 2.049, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Teodoro Sampaio, que *"regulamenta o repasse de recursos recebidos a título de incentivo financeiro referente ao Programa de Melhoria do Acesso e Qualidade da Atenção Básica (PMAQ-AB), cria gratificação por desempenho, e dá outras providências"*.

Delineada ***causa petendi*** repousa preponderantemente no alegado vício de iniciativa do Legislativo Municipal para elaboração do ato normativo impugnado, porquanto o tema nele regulado envolve matéria predominantemente de administração pública, reservada a competência para deflagração do processo legislativo ao chefe do Executivo local. Aponta-se, também, mácula ao princípio da separação dos poderes.

Liminar deferida a fls. 87/88. Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 100/101, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

Devidamente notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Teodoro Sampaio não se manifestou nos autos, conforme certidão de fls. 104.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 106/118, opinou pela procedência do pedido.

É o Relatório.

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem como objetivo declarar a nulidade da Lei nº 2.049, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Teodoro Sampaio, que "regulamenta o repasse de recursos recebidos a título de incentivo financeiro referente ao Programa de Melhoria do Acesso e Qualidade da Atenção Básica (PMAQ-AB), cria gratificação por desempenho, e dá outras providências" (fls. 83/85), ***verbis***:

> *"**Artigo 1º** – Os recursos recebidos pelo Fundo Municipal de Saúde do Município de Teodoro Sampaio referentes ao incentivo financeiro do PMAQ-AB (Programa de Melhoria do Acesso e Qualidade da Atenção Básica), denominado Componente de Qualidade do Piso de Atenção Básica Variável, de que trata a Portaria nº 1.654/2011, do Ministério da Saúde, serão aplicados nas melhorias da estrutura da Atenção Básica Municipal e em incentivo aos profissionais que prestam estes serviços na forma de gratificação por desempenho.*
>
> ***Parágrafo Único** – Serão contemplados com o incentivo de que*

Acesso ao Sumário

trata o caput do artigo as Equipes de Saúde da Família – ESF, Saúde Bucal – ESB e a coordenação respectiva, que atuem na rede básica no âmbito deste Município e que aderirem ao PMAQ-AB, cumprindo os pressupostos e exigências previstas na Portaria nº 1.654/2011 e suas alterações, observadas as diretrizes estabelecidas nesta Lei.

***Artigo 2º** – O repasse dos recursos recebidos pelo Fundo Municipal de Saúde do Município, referente ao Componente de Qualidade do Piso de Atenção Básica Variável, serão criteriosamente distribuídos de acordo com a avaliação de desempenho das Equipes que aderirem ao Programa, da seguinte forma:*

***§ 1º** – Para as equipes que receberem avaliação de desempenho 'ótimo', o valor repassado aos profissionais a título de gratificação pelo desempenho alcançado será correspondente a 60% (sessenta por cento) do incentivo mensal e 40% (quarenta por cento) para estruturação das Unidades.*

***§ 2º** – Para as equipes que receberem avaliação de desempenho 'bom', o valor repassado aos profissionais a título de gratificação pelo desempenho alcançado será correspondente a 50% (cinquenta por cento) do incentivo mensal e 50% (cinquenta por cento) para estruturação das Unidades.*

***§ 3º** – Para as equipes que receberem avaliação de desempenho 'regular', o valor repassado aos profissionais a título de gratificação pelo desempenho alcançado será correspondente a 30% (trinta por cento) do incentivo mensal e 70% (setenta por cento) para estruturação das Unidades.*

***§ 4º** – Para as equipes que receberem avaliação de desempenho 'insatisfatório', não haverá repasse de incentivo, vez que nessa situação não há repasse desse recurso por parte do Ministério da Saúde.*

***§ 5º** – Os valores repassados para cada Equipe, dentro dos percentuais estabelecidos nos parágrafos anteriores, serão distribuídos de forma igualitária entre os membros de cada equipe, não havendo distinção de valores em decorrência da função exercida pelo servidor na mesma.*

***Artigo 3º** – Farão jus ao recebimento do incentivo todos os profissionais integrantes das Equipes aderentes, desde que a mesma não exerça essa função mediante cargo de confiança, ou seja, cargo de provimento comissionado, situação essa, que impede o recebimento de incentivo estadual ou federal.*

***§ 1º** – Caberá à coordenação das equipes da ESF, a título de incentivo, o valor correspondente à média das Equipes aderentes, desde que a mesma não exerça essa função mediante cargo de confiança, ou seja, cargo de provimento comissionado, situação essa, que impede o recebimento de incentivo estadual ou federal.*

***§ 2º** – O cálculo desse incentivo para profissionais que prestam (ou prestarem) serviços em mais de uma equipe de ESF durante o mês, será realizado mediante média aritmética dos valores a que teria direito em*

Acesso ao Sumário

cada uma das equipes trabalhadas, obedecendo-se a proporcionalidade de dias trabalhados em cada uma delas.

***Artigo 4º** – O repasse do incentivo PMAQ-AB será calculado de forma proporcional de acordo com o número de dias trabalhados pelo servidor.*

***Artigo 5º** – O servidor perderá o direito ao incentivo do PMAQ-AB, e seu valor correspondente será dividido entre os profissionais da Equipe, nos seguintes casos:*

I – Ausência injustificada ao serviço por mais de 02 (duas) vezes no mês;

II – Mudança do local de trabalho;

III – Desistência, exoneração ou rescisão;

IV – Afastamento do serviço por licença-prêmio, licença maternidade, licença sem vencimentos;

V – Licença para tratamento da própria saúde, superior a 10 (dez) dais úteis.

***Artigo 6º** – O incentivo do Componente de Qualidade do Piso de Atenção Básica Variável será repassado às Equipes no mês subsequente ao recebimento do recurso financeiro, não sendo este considerado com base de cálculo para apuração de outras verbas.*

***Artigo 7º** – Em nenhuma hipótese se incorporará à remuneração do profissional o incentivo do PMAQ-AB.*

***Artigo 8º** – As despesas decorrentes da aplicação da presente Lei correrão por conta da legislação orçamentária, condicionado ao repasse do recurso recebido pelo Fundo Municipal de Saúde referente ao PMAQ-AB (Programa de Melhoria do Acesso e Qualidade da Atenção Básica) pelo Ministério da Saúde.*

***Artigo 9º** – Esta Lei entrará em vigor a partir da data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário."*

Inicialmente, relevante salientar que o parâmetro de aferição da constitucionalidade por este Órgão Especial recai sobre a Constituição do Estado de São Paulo[1]. O autor da presente ADI insere, dentre as causas de pedir, suposta violação em face da Lei Orgânica do Município de Teodoro Sampaio. Verificação de compatibilidade entre lei ordinária municipal e lei orgânica municipal não é objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

A despeito da competência do Município para legislar sobre tema de interesse eminentemente local (art. 30, inciso I, da Constituição da República), o ato legislativo municipal deve guardar obrigatória compatibilidade vertical com aqueles que lhe servem de parâmetro – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo

Acesso ao Sumário

1 Exceção refere-se às normas previstas na Constituição da República de reprodução obrigatória pelos Estados, situação em que é permitida à Corte local utilizar-se do parâmetro constitucional federal, conforme recente entendimento adotado pela Corte Suprema em regime de repercussão geral (STF. Recurso Extraordinário nº 650898-RS, Plenário. Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01 de fevereiro de 2017, repercussão geral).

que o antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura e integral inserção no ordenamento jurídico.

O ato legislativo impugnado tem gênese em projeto de lei de autoria do i. Vereador Antonio Newton Ramos de Paula, sendo promulgada pelo Presidente da Câmara dos Vereadores de Teodoro Sampaio, com fundamento no artigo 50, § 3º, da Lei Orgânica daquela municipalidade (fl. 83/85).

A Constituição da República adotou em seu artigo 61 sistema dinâmico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo legitimidade ordinária a sujeitos diversos e determinados. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Trata-se de norma vinculada ao princípio da simetria, cujo conteúdo deve ser observado nas respectivas Constituições dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem como nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo. Tal interpretação é extraída do art. 144 da Constituição do Estado, cuja redação literal se segue:

> *"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."*

Ao dispor sobre repasse do intitulado "incentivo financeiro" às Equipes de Saúde da Família (ESF) e da Saúde Bucal (ESB), houve evidente ingerência do Legislativo local em matéria de competência própria do Executivo com imposição de obrigação. Trata-se, inequivocamente, de tema atinente ao **regime jurídico dos servidores públicos municipais** (artigo 61, § 1º, II, 'c', Constituição da República), reservado à iniciativa legislativa do Prefeito local, por se tratar de ato de administração.

Como bem fundamentou o parecer da D. Procuradoria de Justiça (fls. 113/114):

> *"O ato normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, cuidou de matéria relativa ao regime jurídico de servidores públicos, cuja iniciativa, ante previsão constitucional, cabe ao Chefe do Executivo.*
>
> *A propósito, a Constituição Estadual estabelece que cabe exclusivamente ao Governador a iniciativa das leis que disponham sobre fixação da remuneração aos cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como sobre servidores públicos e seu regime jurídico (CE, art. 24, § 2º, nº 4), regramento este sujeito à observância pelos municípios por força do art. 144 da Constituição Paulista (princípio da simetria).*
>
> *Assim, quando o Legislativo municipal edita lei disciplinando* ***matéria relativa à remuneração de servidor (gratificação)****, como ocorre*

Acesso ao Sumário

no caso, invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do administrador, violando, assim, o princípio da separação dos poderes.

A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos entes municipais (arts. 24, § 2º, nºs 1 e 4; 144)".

Logo, a deflagração do processo legislativo competia, privativamente, ao Chefe do Executivo Municipal, à luz do que dispõem os artigos 24, § 2º (*"Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre"*), itens 1 (*"criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração"*) e 4 (*"servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria"*) c.c. artigo 144 da Constituição Estadual. A consequência desta invasão de atribuição constitucional acarreta em mácula ao princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 5º da Constituição Paulista.

Por fim, pertinente consignar firmado o entendimento no sentido de que compete ao Chefe do Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre regime jurídico, remuneração, concessão de auxílios, vantagens etc., de servidores públicos. Nesse sentido:

"Arguição de Inconstitucionalidade. Art. 76 da Lei Orgânica do Município de Vera Cruz que assegura aos servidores públicos o direito a incorporação anual dos décimos das diferenças dos vencimentos. ***Lei de origem parlamentar. Matéria relativa aos servidores públicos e ao seu regime jurídico. Violação de iniciativa legislativa exclusiva do Prefeito,*** *conforme o artigo 24, parágrafo segundo, item 4, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial e do STF."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056046-53.2016.8.26.0000, rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, j. em 30 de novembro de 2016, destacado).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 127, de 26 de agosto de 2002, da Estância Balneária de Ilhabela que modificou o artigo 1º da Lei Municipal nº 79, de 27 de dezembro de 2001 e autorizou o Prefeito Municipal 'a conceder ao servidor do quadro permanente que estiver cursando o nível superior, uma gratificação calculada sobre o valor de referência do cargo, enquanto perdurar o curso'.

VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Reconhecimento. Versando a norma impugnada sobre remuneração de servidores públicos, cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Executivo (art. 24, § 2º, n. 04, da Constituição Paulista), não poderia o Legislativo interferir nessa matéria para instituir (ou modificar) o questionado benefício pecuniário (Auxílio Universitário); *ainda mais quando sequer indica os recursos disponíveis para atender aos novos encargos (no caso de majoração).*

Inconstitucionalidade manifesta.

Ação julgada procedente, com efeito 'ex tunc', ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data da concessão da liminar, diante de sua natureza alimentar."

(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2106150-15.2016.8.26.0000, rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. em 09 de novembro de 2016, destacado).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ***Impugnação da Lei Municipal nº. 2.038, de 23 de novembro de 2015, que fixa novo valor de vale alimentação aos servidores públicos municipais de Teodoro Sampaio. Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo, pois se trata de matéria de competência privativa do Poder Executivo. Violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Cabe ao Executivo a iniciativa de lei sobre Administração Pública.*** *Ademais, houve criação de despesas sem dotação orçamentária. Ofensa aos artigos 5º, § 2º, 24, § 2º, item 4, 47, II e XIV, 25 e 144, todos da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente, com observação."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2080512-77.2016.8.26.0000, rel. Des. PÉRICLES PIZA, j. em 21 de setembro de 2016, destacado).

Em suma, as razões que maculam a validade da norma ora impugnada são o vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes.

Julgo procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.049, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Teodoro Sampaio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2011727-29.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MANUEL e PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO MANUEL.

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 36.275)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM

Acesso ao Sumário

CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 2º DO ART. 42 E O ART. 43 E §§, DA LEI Nº 3.881, DE 7 DE OUTUBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SÃO MANOEL QUE DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA DE QUE TRATA O § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ÂMBITO DO REGIME PRÓPRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL PARA AS CATEGORIAS QUE ESPECIFICA – REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 797.905/SE QUE DECIDIU QUE A MATÉRIA DEVE SER REGULAMENTADA UNIFORMEMENTE, EM NORMA DE CARÁTER NACIONAL – REPERCUSSÃO GERAL QUE GERA EFEITO VINCULANTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO SE TRATA DE MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL, POIS MERECE TRATAMENTO UNITÁRIO A FIM DE EVITAR QUE SISTEMÁTICAS LOCAIS POSSAM CRIAR UNIVERSOS DISTINTOS PARA UMA MESMA CLASSE DE SERVIDORES – AÇÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça contra o § 2º do art. 42 e o art. 43 e §§, da Lei nº 3.881, de 7 de outubro de 2015, do município de São Manoel que dispõe sobre a concessão de aposentadoria de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal no âmbito do regime próprio da previdência social para as categorias que especifica.

O autor alega que os dispositivos legais impugnados são incompatíveis com o art. 126 *caput* e § 4º, da Constituição Estadual. Sustenta ser indispensável a edição de lei complementar federal à luz da competência prevista no art. 24,

XII, da CF e que não há autorização para que o município legisle sobre a matéria.

Foi concedida a liminar (págs. 265/266).

O douto Procurador Geral do Estado se absteve da defesa.

Foram prestadas as informações.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

Eis o teor da norma impugnada:

(...)

Art. 42 – É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos segurados do RPPS de São Manuel, ressalvados os casos de servidores portadores de deficiência, os que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em Leis Complementares Federais.

(...)

§ 2º – Para os demais servidores, enquanto não for definida Lei Complementar Federal de que trata o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, o IPREM-SM somente poderá analisar a concessão das aposentadorias especiais mediante ordem judicial, respeitadas as regras definidas em norma do Ministério da Previdência Social.

Art. 43 – A aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal será devida ao servidor que comprovar 25 (vinte e cinco) anos de atividade permanente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, com exposição a agentes nocivos químicos, físicos ou biológicos.

§ 1º – Considera-se atividade permanente aquela exercida de forma não ocasional, nem intermitente, na qual a exposição do servidor ao agente nocivo seja indissociável da prestação do serviço público.

§ 2º – A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor na época do exercício das atribuições do servidor público, tendo como referência o disposto na Instrução Normativa MPS/SPS nº 1, de 22 de julho de 2010 ou norma que venha a substituí-la.

§ 3º – Não cabe ao IPREM-SM o reconhecimento de tempo especial sem contribuição previdenciária ou com contribuição a outro regime previdenciário, mesmo que a atividade tenha sido exercida no Município de São Manuel, devendo, para fins de contagem recíproca, ser apresentada a respectiva certidão com reconhecimento do tempo especial, nos termos da Portaria MPS n.º 154/08.

Acesso ao Sumário

§ 4º – O servidor aposentado na forma prevista neste artigo não poderá retornar ou continuar a exercer qualquer atividade, seja pública ou privada, sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, sob pena de cassação do benefício.

§ 5º – Exigir-se-á, para a concessão de aposentadoria especial, que todo o tempo tenha sido exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, não se admitindo a conversão em tempo de contribuição comum para qualquer efeito.

§ 6º – Os proventos da aposentadoria concedida nos termos desta Seção serão integrais, calculados na forma prevista no artigo 80 desta Lei, aplicando-se o critério de reajuste de que trata o artigo 104.

Afirma o douto Procurador Geral de Justiça que é indispensável a edição de lei complementar pela União estabelecendo norma geral de caráter nacional, à luz da competência arrolada no art. 24, XII, da Constituição Federal, sequer se autorizando o exercício da competência legislativa plena pelos entes subnacionais nessa matéria. Alega que não há motivos que justificariam a competência legislativa municipal, haja vista que a disciplina de regras diferenciadas para aposentadoria para servidores que exerçam atividade de risco têm relevância além dos limites do Município, pois representa interesse nacional. Portanto, o legislador municipal extrapolou sua competência.

Não obstante que grande parte do texto da norma impugnada seja reprodução de texto da Constituição Federal ou do Decreto Federal nº 3.048/1999, assiste razão ao autor porque não cabe ao município legislar a respeito.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 797.905/SE, definiu a competência da União para editar as leis complementares de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal, bem como a legitimidade passiva do Presidente da República para os respectivos mandados de injunção, inclusive quando impetrados por servidores estaduais, distritais ou municipais. Confira-se:

"Sobre o tema, esta Corte assentou que, apesar de a competência legislativa ser concorrente, ***a matéria deve ser regulamentada uniformemente, em norma de caráter nacional****, de iniciativa do Presidente da República."*

Destarte, ao afastar a legitimidade passiva *ad causam* dos Governadores e Prefeitos, extrai-se que os entes subnacionais, não poderão valer-se da competência legislativa plena para regular a matéria. Acrescente-se, ainda, que ao afirmar que a matéria deve ser regulamentada uniformemente, em norma de caráter nacional, a alegação de que se trata de matéria de interesse local não se sustenta.

Acesso ao Sumário

Trata-se, pois, de matéria que merece tratamento unitário a fim de evitar que sistemáticas locais possam criar universos distintos para uma mesma classe

de servidores.

Com efeito, a decisão proferida em sede de repercussão geral gera efeito vinculante em relação à Administração Pública, devendo, pois, ser observada.

Oportuno observar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgrR RE nº 628.318/DF, a Segunda Turma, sob a Relatoria do Min Celso de Mello deixou assentado que:

> ***(...) o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI 1.832-AgR/DF, Rel. Min Cármen Lúcia, firmou o entendimento de que a colmatação da omissão normativa em causa, considerada a natureza da matéria a ser regulamentada (regime de aposentadoria especial), compete, exclusivamente, a instituições estruturadas no âmbito da União Federal (a Presidência da República e o Congresso Nacional).***

A mesma questão já foi enfrentada por este Colendo Órgão Especial no julgamento da ADI nº 2131973-25.2015.8.26.0000, sob a Relatoria do Des. Borelli Thomaz, ocorrido em 11/11/2015:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 309, DE 18 DE SETEMBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA, A INSERIR O ARTIGO 97-A NA LEI COMPLEMENTAR 141, DE 22 DE JUNHO DE 2007. DISPOSIÇÕES SOBRE CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA AOS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA NORMATIVA PELO MUNICÍPIO EXTRAVASADA. INCONSTITUCIONALIDADE. DESRESPEITO AOS ARTIGOS 126 E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. AÇÃO PROCEDENTE.*
>
> Por todo o exposto, julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236944-27.2016.8.26.0000, 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 SANTOS e PREFEITO MUNICIPAL DE SANTOS.

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 31.176)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI

Acesso ao Sumário

THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n.º 771, de 29 de junho de 2012, do Município de Santos. Cargos de provimento em comissão de "Assessor Jurídico" e "Assessor Técnico". Criação desacompanhada da indicação das atribuições dos referidos cargos. Impossibilidade de se delegar essa fixação a regulamento de órgão interno. Cargo de Assessor Jurídico que, ademais, exige provimento pelo sistema de mérito. Inconstitucionalidade reconhecida por violação aos artigos 98 a 100 e 115 incisos I e V da Constituição estadual. Ação procedente, com modulação.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra o artigo 5º *caput* e parágrafo único, bem como Anexo I, da Lei Complementar n.º 771, de 29 de junho de 2012, do Município de Santos, relativamente aos cargos de "Assessor Jurídico" e "Assessor Técnico".

O autor afirma violados os artigos 98 a 100, 111 e 115 incisos I e V da Constituição estadual, eis que aqueles cargos foram criados sem a descrição das suas atribuições, tendo sido essa medida relegada a mero regulamento da Caixa de Assistência dos servidores públicos.

Ao lado disso ele acrescenta que a criação do cargo em comissão de Assessor Jurídico é inconstitucional também porque se trata de atividade reservada a profissionais investidos mediante concurso público.

A liminar foi concedida para impedir novo provimento dos cargos impugnados até final julgamento.

A Câmara Municipal prestou informações, tendo se limitado a relatar o trâmite legislativo.

Acesso ao Sumário

O Procurador Geral do Estado informou não haver interesse estadual no feito, o Prefeito deixou de apresentar manifestação e a Procuradoria de Justiça insistiu na procedência da ação.

É o relatório.

A propositura se volta contra o artigo 5º *caput* e parágrafo único, bem como contra o Anexo I, da Lei Complementar n.º 771, de 29 de junho de 2012, do Município de Santos, relativamente aos cargos de provimento em comissão de "Assessor Jurídico" e "Assessor Técnico".

Tais dispositivos assim se apresentam:

"Art. 5º. A Assessoria Jurídica será a encarregada das atividades relativas à consultoria e à defesa judicial da autarquia.

Parágrafo único: As atribuições do Assessor Jurídico, Símbolo C-1, serão estabelecidas no regulamento da CAPEP-SAÚDE"

Anexo I – Cargos em comissão e funções gratificadas

DENOMINAÇÃO	***SÍMBOLO***	***R$***
Presidente	*C-S*	*R$ 14.786,13*
Assessor Jurídico	*C-1*	*R$ 8.950,00*
Chefe do departamento Administrativo e Financeiro	*C-1*	*R$ 8.950,00*
Chefe do departamento de Assistência à Saúde e Auditoria	*C-1*	*R$ 8.950,00*
Assessor(a) Técnico(a)	*C-2*	*R$ 5.600,00*
Assessor(a) Técnico(a)	*C-3*	*R$ 3.940,00*

Pois bem.

Simetricamente ao que prevê o artigo 37, incisos I e V, da Constituição da República, a Carta bandeirante anuncia que como regra *"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou provas e títulos."* (artigo 115, inciso II).

A exceção, pois, são os cargos de confiança, que são declarados em lei de livre nomeação ou exoneração e se destinam exclusivamente *"às atribuições de direção, chefia e assessoramento"* (art. 115, inciso V).

É indispensável, portanto, que a lei especifique as atribuições de modo a deixar claro que se cuida de cargo típico de direção, chefia ou assessoramento e não, assim, meramente burocrático, sem qualquer demanda de especial vínculo de confiança com os níveis elevados da Administração.

Não atende a essa exigência, evidentemente, o uso de expressões genéricas ou imprecisas, razão pela qual a falta, generalidade ou insuficiência

Acesso ao Sumário

dessa indicação impede validar a criação de cargos de livre nomeação.

Nessa linha a orientação do Supremo Tribunal Federal:

"Para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento. Entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, inc. I, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos". (AgReg no RE nº 752.769, rel. Min. Cármen Lúcia)

Assim, também, tem decidido este Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Anexo I da Lei Complementar nº 442, de 14 de novembro de 2008; Anexo I do inciso I do art. 1º e Anexo III do art. 2º, ambos da Lei Complementar nº 5, de 4 de maio de 2009; Anexo 5 da Lei Complementar nº 4, de 4 de maio de 2009, e da Lei Complementar nº 10, de 18 de abril de 2011, todas do Município de Alambari, que criaram cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa municipal. Falta de descrição das respectivas atribuições que impede a verificação do atendimento dos pressupostos constitucionais para validade dessa forma de provimento. Impossibilidade, outrossim, de supressão dessa omissão por parte do Executivo, o que equivaleria à criação de novos cargos sem amparo em lei. Precedentes do STF. (...)." (ADIN nº 2036944-79.2014.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti).

Ora, no tocante aos cargos de *"Assessor Jurídico"* e *"Assessor Técnico"* a lei impugnada não indicou as respectivas competências e atribuições, falta que como antes se consignou impede validar a opção pelo livre provimento.

É certo ter ela carreado aquela sorte de providência ao regulamento a ser editado pela Caixa de Assistência dos servidores públicos (parágrafo único do art. 5º), mas tal previsão de modo algum convalida o vício formal, eis que não poderia aquele diploma delegar a um órgão administrativo interno ou autoridade uma atribuição que é da lei em sentido estrito.

Acesso ao Sumário

Aliás, em casos parelhos, nos quais a lei tenha delegado ao Prefeito aquela providência por meio da edição de decreto, esta Corte tem de modo consistente reconhecido presente a inconstitucionalidade.

Note-se que o teor da Emenda Constitucional 32/2001 não altera essa conclusão, já que a redação que ela conferiu aos artigos 48 e 84 da Constituição federal não chegou a ponto de outorgar aquela sorte de atribuição ao chefe do Executivo.

Tanto assim que ao aferir a constitucionalidade de lei estadual que posteriormente àquela Emenda criou cargos de livre provimento o Supremo Tribunal Federal não validou a edição de decreto para aquela finalidade.

Confira-se

"A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre 'as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado', é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei" (ADI nº 4125/TO, rel. Ministra Cármen Lúcia).

Na espécie o autor questiona, ainda, a constitucionalidade do cargo de provimento em comissão de *"Assessor Jurídico"*, agora ao argumento de que a natureza das atividades de Advocacia Pública exige que a contratação seja pelo sistema de mérito.

Essa é mesmo a situação.

Com efeito, quanto aos cargos de natureza jurídica há que se ter em mente o artigo 132 da Constituição da República, segundo o qual o exercício das funções de consultoria jurídica e de representação judicial dos entes federados é exclusivo dos procuradores organizados em carreira, na qual o ingresso depende necessariamente de concurso público de provas e de títulos.

Assim se dá, lembre-se, para assegurar a qualificação do corpo jurídico do ente público e, também, para garantir a independência funcional de seus integrantes mediante preservação da imparcialidade.

Afinal, a capacitação técnica para desempenho de atividade jurídica somente pode ser aferida por meio da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos. A dispensa desse recrutamento, com o provimento do cargo baseado tão somente na confiança, retrata claro desvio de finalidade, o que o ordenamento jurídico repele.

Ora, a Carta bandeirante incorporou tais preceitos ao dispor sobre a Procuradoria Geral do Est ado (artigos 98 a 102) e os estendeu aos municípios como se vê no artigo 144.

De se reconhecer, pois, que a criação do cargo de *"Assessor Jurídico"* mediante livre nomeação mostrou-se inconstitucional também por violação ao artigo 98 § 2º da Constituição de São Paulo.

Cuidando-se de lei em vigor há quase cinco anos, reputa-se razoável modular os efeitos dessa proclamação, como permite o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, de modo a que ela gere seus efeitos 120 dias após este julgamento.

De lembrar que a liminar fora deferida apenas para impedir que os cargos vagos fossem providos, restando agora, pois, a modulação por conta da necessária dispensa dos eventuais ocupantes de tais cargos, cujo preenchimento demandará a abertura de concurso de provas e títulos.

Pelos motivos indicados, pois, julga-se ação procedente com modulação

Acesso ao Sumário

de efeitos, declarando-se a inconstitucionalidade dos cargos de *"Assessor Técnico"* e *"Assessor Jurídico"* previstos no artigo 5º *caput* e parágrafo único, bem como Anexo I, da Lei Complementar n.º 771, de 29 de junho de 2012, do Município de Santos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258860-20.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MONTE APRAZÍVEL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MONTE APRAZÍVEL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.131)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 3.406, DE 03 DE NOVEMBRO DE 2016, DE MONTE APRAZÍVEL, QUE "DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE DIVULGAÇÃO NOS POSTOS REVENDEDORES DE COMBUSTÍVEIS EM MONTE APRAZÍVEL DO PERCENTUAL DA DIFERENÇA ENTRE OS PREÇOS DA GASOLINA E DO ETANOL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". DIREITO DO CONSUMIDOR. NORMA ATRELADA AO INTERESSE LOCAL, NOS TERMOS DO

ARTIGO 30, INCISOS I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE LEGISLATIVO E EXECUTIVO NA DEFLAGRAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO. DETERMINAÇÕES CONTIDAS NA NORMA IMPUGNADA QUE NÃO ALCANÇAM ÓRGÃOS PÚBLICOS, MAS APENAS OS ESTABELECIMENTOS FORNECEDORES DE COMBUSTÍVEL. DEVER DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL QUE É INERENTE AO PODER DE POLÍCIA. CONSTITUCIONALIDADE.

CAUSA DE PEDIR ABERTA NA ADI. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE SOB OUTROS FUNDAMENTOS NÃO DEDUZIDOS NA INICIAL. POSSIBILIDADE. PREVISÃO DE PRAZO PARA REGULAMENTAÇÃO DA LEI. IMPOSIÇÃO AO EXECUTIVO DE OBRIGAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. INVASÃO DO PODER LEGISLATIVO NA ESFERA DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI MUNICIPAL Nº 3.406, DE 03 DE NOVEMBRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE MONTE APRAZÍVEL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, 47, INCISOS II, E XIV, E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

Nas matérias previstas no artigo 24 da Constituição Federal, o Município somente pode legislar de forma suplementar, quando e se o interesse local se mostrar de forma prevalente. Atendimento ao direito do consumidor que, na hipótese, não extrapola os limites peculiares ao Município. Ao contrário, a norma impugnada que observa o disposto no artigo 24, da Constituição Federal, aplicável por força do artigo 144 da Constituição Estadual, tem por escopo esclarecer os consumidores qual o tipo de combustível lhe é mais favorável ao abastecer o veículo, álcool-etanol ou gasolina. Informação sobre a relação preço consumo do combustível relevante em virtude da flutuação

Acesso ao Sumário

dos preços tanto do álcool-etanol quanto da gasolina. Ademais, é concorrente entre o Poder Executivo e o Legislativo a iniciativa legislativa para disciplinar as matérias relativas ao direito do consumidor.

Inadmissibilidade, no entanto, de que o Legislativo fixe prazo para regulamentação da norma pelo Executivo, por afronta ao princípio da Separação de Poderes. Inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Municipal nº 3.406, de 03 de novembro de 2016, do Município de Monte Aprazível.

PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade deduzida pelo **PREFEITO MUNICIPAL DE MONTE APRAZÍVEL** para impugnar a Lei Municipal nº 3.406, de 03 de novembro de 2016, que *"Dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação nos postos revendedores de combustíveis em Monte Aprazível do percentual da diferença entre os preços da gasolina e do etanol e dá outras providências"*. Alega que a norma impugnada, ao tratar da obrigatoriedade de informações relativas aos preços de combustíveis, extrapolou sua competência, porquanto a matéria é circunscrita à competência federal e já foi regulada pelo artigo 37 da Lei Federal nº 8.078/90. Acrescenta que as obrigações e restrições relativas à comercialização de petróleo/combustíveis são fixadas pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), que já estabelece as informações e respectivas formas a serem utilizadas para manter os consumidores informados dos valores relativos aos combustíveis. Assevera que a lei municipal em apreço, ao impor obrigações e sanções pecuniárias em caso de descumprimento, viola o princípio das competências constitucionais, insculpido no artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Estadual. Insiste em que a norma cuida de direito do consumidor, cuja competência é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, nos termos dos incisos V e VIII do artigo 24 da Constituição Federal, e que não há o requisito do interesse local, que justifique a competência legislativa do Município. Defende a existência de vício de iniciativa, destacando que a Câmara Municipal pretendeu sobrepor-se à legislação federal sobre o assunto, além de obrigar o Poder Executivo a executá-las. Sustenta, ainda, que tendo em vista a iniciativa parlamentar do projeto que redundou na Lei Municipal ora impugnada, há violação aos princípios orçamentários previstos nos artigos 47, inciso XVII e 174 da Constituição Estadual. Pondera que a lei local obriga a realização de atividade com encargos pecuniários, mas não se atrela de forma

Acesso ao Sumário

alguma ao orçamento do Município, tampouco define o destino da aplicação das sanções administrativas (multas). Aponta a violação ao disposto nos artigos 5º, 25, 37, 47, inciso II, III e XVII, 144, 174 e 176, inciso I, da Constituição Estadual. Pretende a concessão de liminar, diante do perigo da demora, uma vez que impõe gastos sem previsão orçamentária, impõe aplicação de sanção administrativa consistente em multas, além de não definir o órgão fiscalizador, sequer o destino daquelas e pela fumaça do bom direito presente na espécie. Requer a expedição de ordem para suspensão dos efeitos da Lei Municipal, ante a incontestável necessidade de se ter declarada a inconstitucionalidade da norma legal, porquanto presentes o *'fumus boni iuris'* e o *'periculum in mora'*. Ao final, pleiteia pela procedência, para declarar-se ao final a inconstitucionalidade dos preceitos legais indicados.

A liminar foi indeferida (fls. 35/38).

A Procuradoria Geral do Estado afirmou sua falta de interesse na defesa do ato impugnado (fls. 46/47).

Foram prestadas as informações pela Câmara Municipal (fls. 53/55).

Parecer, da douta Procuradoria-Geral de Justiça, pela procedência (fls. 76/81).

É o relatório.

A Lei Municipal nº 3.406, de 03 de novembro de 2016, tem a seguinte redação:

"Lei nº 3.406, de 03 de novembro de 2016.

Dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação nos postos revendedores de combustíveis em Monte Aprazível do percentual da diferença entre os preços da gasolina e do etanol e dá outras providências.

MARCIO LUIZ MIGUEL, Presidente da Câmara Municipal de Monte Aprazível, faço saber que a Câmara Municipal APROVOU e eu, nos termos do inciso IV do artigo 30 da Lei Orgânica do Município, PROMULGO a seguinte Lei:

Art. 1º. Ficam os postos revendedores de combustíveis estabelecidos no Município de Monte Aprazível obrigados a afixarem, em local visível para o consumidor, cartaz ou letreiro informando o valor em percentual do preço do etanol em relação ao preço da gasolina.

§ 1º. O cartaz ou letreiro de que trata o 'caput' do artigo deverá ser afixado ou adesivado, com letras e números em tamanho visível ao consumidor, no mesmo local onde é informado o preço de cada produto fornecido pelo estabelecimento.

§ 2º. O cartaz ou letreiro deverá conter a seguinte informação: 'O percentual do preço do etanol (álcool) em relação ao preço da gasolina é de ___%. Em sendo o valor do percentual maior que 70% (setenta por cento), torna-se mais econômico o abastecimento com gasolina.'

Acesso ao Sumário

§ 3º. Para efeito do cumprimento deste artigo, considera-se ser mais vantajoso ao consumidor abastecer com gasolina quando o índice for igual ou maior que 70% (setenta por cento) e mais vantajoso abastecer com Etanol quando o índice for menor que 70% (setenta por cento), chegando-se ao índice dividindo o valor do Etanol pelo valor da Gasolina.

Art. 2º. A fiscalização do disposto nesta Lei será realizada pelo órgão municipal de fiscalização.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto na presente Lei acarretará em multa estabelecida em 10 (dez) UFESPs (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo), sendo, o valor da multa duplicado a cada reincidência.

Art. 3º. Os custos referentes à confecção e instalação do cartaz ou letreiro que trata o art. 1º. ficarão a cargo do estabelecimento revendedor de combustível.

Art. 4º. O Poder Executivo Municipal regulamentará esta Lei no que couber, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da sua publicação, a fim de garantir sua execução, principalmente no que tange às sanções administrativas estabelecidas pelo município. Art. 5º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Da leitura da lei impugnada, a conclusão inafastável – e inclusive a própria inicial reconhece essa circunstância –, é a de que a hipótese versa sobre norma relativa a direito do consumidor.

A respeito do assunto, o artigo 24, nos incisos V e VIII e parágrafos, da Constituição Federal, dispõem:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

V – produção e consumo;

(...)

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.

Acesso ao Sumário

E o artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, por sua vez, complementa:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber".

O interesse local, previsto no inciso I, do artigo 30, da Constituição Federal, por sua vez, está no direito de informação ao consumidor, quanto ao combustível que tem melhor custo-benefício no momento da compra, facilitando sua escolha. Frise-se, apenas para que não pairem dúvidas, que aqui o Município atende também à sua competência de suplementar a legislação federal e estadual (artigo 30, inciso II, da Constituição Federal).

Tenha-se presente que a norma determina, por outro lado, que os custos decorrentes da confecção e instalação do cartaz ou letreiro ficarão a cargo do estabelecimento revendedor de combustível, não acarretando despesas à Administração Municipal. Doutro turno, a fiscalização da aplicação da norma já é atributo da Administração, que deve realizá-lo da maneira que entenda mais adequada, a ser definida, como pontuou o artigo 4º, ao remeter a regulamentação da Lei pelo Poder Executivo. Também na regulamentação da norma poderá se estabelecer a destinação das multas eventualmente arrecadadas.

Com esse entendimento, inclusive, v. julgado do Órgão Especial desta C. Corte, do qual, 'permissa venia' do I. Relator DES. MÁRCIO BARTOLI, copio a ementa e trecho da fundamentação que passam a integrar este voto:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal que dispõe sobre a obrigatoriedade de exibição em postos revendedores de combustíveis de placa com o valor percentual do litro do álcool/etanol em relação ao valor do litro da gasolina. Norma impugnada que se restringe a cuidar de matéria referente à informação e consequente proteção do consumidor, abrangida pela competência suplementar do Município. Inexistência de afronta à regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado. Ausência de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Previsão de dotação orçamentária generalista não se constitui em vício de constitucionalidade. Possibilidade de remanejamento ou complementação orçamentária, bem como de postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente. Pedido julgado improcedente, cassada a liminar deferida.

(...).

... não vislumbro a afronta aos princípios federativo e da reserva legal, apontados pelo E. Relator Sorteado. Consoante acima deduzido, entendo que a Lei ora questionada restringe-se a cuidar de matéria referente à informação e consequente proteção do consumidor, abrangida pela competência suplementar do Município, nos termos do inciso II do artigo 30 da Constituição Federal, assegurando o fornecimento de informação sobre a diferença percentual entre o valor do litro do etanol em relação ao valor do litro da gasolina. Respeitado o posicionamento do Relator

Acesso ao Sumário

Sorteado, penso que a Lei em comento não cuida da matéria prevista no inciso IV do artigo 22 da Constituição Federal, qual seja, energia; tampouco adentra à seara de competência regulatória da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, na medida em que não trata da regulação, da contratação ou da fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (finalidades da ANP, nos termos do caput do artigo 8º da Lei Federal nº 9.478/1997). Prevê a Lei Municipal em análise a obrigatoriedade de exibição em postos revendedores de combustíveis de placa com o valor percentual do litro do álcool/etanol em relação ao valor do litro da gasolina. Referida obrigação, como inclusive afirmou o Relator em seu voto, pretende assegurar informação que permita ao consumidor escolher entre álcool/etanol ou gasolina quando for abastecer seu veículo. É de conhecimento geral que os veículos automotores denominados flex (que funcionam movidos a gasolina e a álcool/etanol) podem apresentar alterações de rendimento e de consumo quando abastecidos com álcool/etanol, de modo que a informação sobre a diferença percentual de valores entre os litros dos mencionados combustíveis permite ao consumidor optar pelo que lhe seja mais vantajoso quando do abastecimento. Em caso assemelhado ao presente, decidiu o Supremo Tribunal Federal: 'Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei nº 12.420/99, do Estado do Paraná. Consumo. Comercialização de combustíveis no Estado. Consumidor. Direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade dos produtos. Proibição de revenda em postos com marca e identificação visual de outra distribuidora. Prevenção de publicidade enganosa. Sanções Administrativas. Admissibilidade. Inexistência de ofensa aos arts. 22, incs. I, IV e XII, 170, incs. IV, 177, §§ 1º e 2º, e 238, todos da CF. Ação julgada improcedente. Aplicação dos arts. 24, incs. V e VIII, cc. § 2º, e 170, inc. V, da CF. É constitucional a Lei nº 12.420, de 13 de janeiro de 1999, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade de produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores do Estado' (STF, Pleno, ADI 1980-5/PR, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16-04-2009). Extrai-se do corpo de referido acórdão: 'Cumpre ao Estado legislar concorrentemente, de forma específica, adaptando as normas gerais de 'produção e consumo' e de 'responsabilidade por dano ao (...) consumidor' expedidas pela União às peculiaridades e circunstâncias locais. E foi o que fez a legislação impugnada, pretendendo dar concreção e efetividade aos ditames da legislação federal correlativa, em tema de comercialização de combustíveis'. Conclui-se, portanto, que a Lei Municipal trata de matéria estritamente ligada ao direito do consumidor, sobre a qual tem o município competência suplementar, nos termos do inciso II do artigo 30 da Constituição Federal. Neste sentido, aliás, reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal. Confira-se: 'Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional.

Acesso ao Sumário

Competência legislativa dos Municípios. Tempo de espera. Atendimento. Agências bancárias. Assunto de interesse local. Normas de proteção ao consumidor. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que os Municípios detêm competência para legislar sobre o tempo máximo de espera por atendimento nas agências bancárias, uma vez que essa questão é de interesse local e diz respeito às normas de proteção das relações de consumo, não se confundindo com a atividade-fim das instituições bancárias. 2. Agravo regimental não provido' (STF, 1ª T., AgRg no AI 495187/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30-08-2011)."

(ADI nº 2211244-83.2015.8.26.0000, rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, j. em 06.04.2016).

A norma impugnada não é inconstitucional, porque a matéria não é apenas de interesse geral (estadual ou federal), mas como se verifica de sua leitura, tem relevância aos munícipes, e seu escopo é assegurar o acesso de informação completa ao consumidor, permitindo-lhe escolher entre álcool/etanol ou gasolina quando for abastecer seu veículo. Os veículos automotores denominados "flex" (que funcionam movidos a gasolina e a álcool-etanol) têm diferente rendimento do motor, conforme o combustível utilizado. E a relação preço/consumo de combustível varia conforme a flutuação do preço do álcool-etanol e gasolina. Por isso, é de todo interesse de quem abastece o veículo modelo "flex" saber se no momento do abastecimento qual espécie de combustível lhe será mais favorável em termos de preço/quilometragem.

Aliás, a lei em questão vai ao encontro das disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois exige do revendedor de combustíveis a afixação de letreiro com informação sobre o percentual do preço do etanol em relação ao preço da gasolina, informação relevante ao consumidor nos termos do que está previsto no artigo 31 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 ("Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.").

Acesso ao Sumário

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 inconstitucionalidade 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).

Sob esse aspecto, o da causa de pedir aberta, observa-se que o artigo 4º da Lei Municipal de Monte Aprazível, objeto desta ADI, viola o princípio da Separação de Poderes previsto no art. 5º, e art. 47, II, XI e XIV, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista.

Isso porque, o Poder Legislativo não pode impor ao Poder Executivo prazo para regulamentação da lei, pois cabe exclusivamente a este último, respeitados os limites constitucionais que disciplinam a matéria, realizar juízo de conveniência e oportunidade para edição do ato regulamentador.

Assim, comando normativo impondo obrigação ao Poder Executivo pelo Poder Legislativo constitui afronta ao disposto no artigo 5º, da Constituição Estadual:

Acesso ao Sumário

"Art. 5º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A norma impugnada, ainda nesse passo, também viola o disposto no artigo 47, da Constituição Estadual:

"Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como, no prazo nelas estabelecido, não inferior a trinta nem superior a cento e oitenta dias, expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, ressalvados os casos em que, nesse prazo, houver interposição de ação direta de inconstitucionalidade contra a lei publicada;

(...)

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".

A incidência desses dispositivos aos Municípios, por sua vez, se dá por força do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual que determina:

"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 norma atacada, nesse tópico, usurpou a competência privativa do Chefe do Poder Executivo, ao estabelecer a previsão de 60 (sessenta) dias para a regulamentação da lei pelo Prefeito.

Não poderia o legislador, portanto, no artigo 4º, da norma impugnada, estabelecer prazo para a regulamentação da norma, porque ao assim determinar, invade a esfera de competência própria do Executivo.

Com a adoção deste entendimento, destaque-se a ementa de julgado deste Colendo Órgão Especial:

"PRELIMINAR. Falta de pressuposto processual. Pleito deveria atingir toda a norma e não apenas o dispositivo sobre a regulamentação dela. Extinção. Descabimento. Direito de ação é abstrato e o ajuizamento dela não assegura o reconhecimento do direito invocado. Sendo possível até o acolhimento parcial da pretensão, não falta pressuposto processual a inviabilizar a demanda. Solução, caso adotada, não torna inócua a execução da lei. Preliminar afastada.

Acesso ao Sumário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 8.437, de 11.06.15 do Município de Jundiaí, instituindo, na rede municipal de ensino, o fornecimento de merenda escolar diferenciada para os alunos diabéticos, obesos e celíacos. ***Fixação de prazo para a regulamentação da norma legal. Inadmissibilidade. Ingerência na organização administrativa. Ao Legislativo não cabe estipular prazo para que o Executivo regulamente a norma. Desrespeito à separação dos poderes.*** *Precedentes. Afronta aos arts. 5º; 47, incisos II e XIV; 144 da Constituição Bandeirante. Procedente, em parte, a ação"* (ADI nº 2155233-97.2016.8.26.0000, rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS, j. em 01/02/2017).

Ante o exposto, **JULGA-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, APENAS PARA PROCLAMAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSTO NO ARTIGO 4º, DA LEI Nº 3.406, DE 03 DE NOVEMBRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE MONTE APRAZÍVEL.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2218016-28.2016.8.26.0000, 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 JUNDIAÍ e PREFEITO MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.789)**

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, 17 de maio de 2017.

PÉRICLES PIZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Omissão Legislativa a fim de fixar percentual mínimo para funções de confiança e cargo em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos. Edição de lei superveniente (Lei nº 8.736/2016) que dispôs integralmente acerca das matérias impugnadas nesta ação. Perda de objeto. Extinção do feito sem resolução do mérito (art. 485, inciso VI, c.c. art. 493, ambos do Código de Processo Civil).

VOTO

I – Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, sem pedido liminar, por suposta omissão legislativa do Prefeito e da Câmara do Município de Jundiaí em razão da ausência de lei destinada a regulamentar o percentual mínimo das funções de confiança e cargo em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos do Poder Legislativo, nos termos do artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual (cf. fls. 01/14).

Foi determinada a regular manifestação dos envolvidos pelo Desembargador França Carvalho, em substituição a esta relatoria (conforme despacho de fl. 122).

Em manifestação, a Câmara do Município de Jundiaí informou que já houve edição da Lei nº 8.736, de 13 de dezembro de 2016, a qual dispõe sobre fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa a serem preenchidos por servidores de carreira. Daí por que, entende ter a ação perdido seu objeto (fls. 133/138).

Por sua vez, o Prefeito do Município de Jundiaí apresentou informações no sentido de que inexiste mora a ser atribuída ao Poder Executivo Municipal (cf. fls. 219/221).

O Procurador-Geral do Estado declinou de sua intervenção por entender que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local (fls. 214/217).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, seguindo o noticiado nos autos, opinou pela extinção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sem resolução do respectivo mérito (cf. fls. 234/239).

É o relatório.

II – De fato, revela-se de rigor o reconhecimento da perda do objeto por carência superveniente do interesse processual.

A Carta Bandeirante em seu no artigo 155, inciso V, foi plenamente contemplada com a aprovação e publicação da Lei Municipal nº 8.736, de

Acesso ao Sumário

13 de dezembro de 2016, a qual estabeleceu o percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores do Poder Legislativo do Município de Jundiaí, sanando, assim, a omissão legislativa reclamada pelo autor da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Em sendo assim, de rigor o reconhecimento da perda superveniente do objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, porquanto não mais existe a carência legislativa que motivou o interesse de agir originariamente.

Daí por que, diante da atual desnecessidade de tutela jurisdicional sobre a matéria, o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, c.c. artigo 493, ambos do Código de Processo Civil.

Neste sentido, já se manifestou o Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça:

> *"Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Superveniência de norma legislativa disciplinando a matéria. Perda do objeto da ação. Processo extinto, sem resolução do mérito. Art. 485, VI cc. Com art. 493, do Novo CPC."* (ADIn por Omissão nº 2094949-26.2016.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 21.09.2016)
>
> *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 71, de 7 de junho de 2010, do Município de Bertioga, que disciplina o uso e ocupação do solo e acrescentou dois parágrafos ao art. 33, da Lei Municipal nº 317/98. Revogação expressa da norma atacada, pela superveniência da Lei Complementar nº 89, 19 de setembro de 2012. Perda do objeto. Precedentes do Eg. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial. Ação direta julgada extinta, sem resolução do mérito"* (ADIN nº 0211240-22.2012.8.26.0000, Rel. Des. Luis Soares de Mello, j. 12.12.2012. v.u.).

Ante o exposto, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, por ausência superveniente de interesse processual, julga-se extinto o processo sem julgamento do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2227381-09.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.107)**

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, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.886/2016, do Município de Santo André. Iniciativa parlamentar. Concessão de isenção do pagamento da "taxa" de velório e sepultamento aos doadores de órgãos e tecidos. Impropriedade terminológica reconhecida, eis que serviços daquela natureza são remunerados por preço ou tarifa, conforme sejam prestados pelo particular ou diretamente pelo Poder Público. Diploma legal que no caso invadiu esfera de atribuição reservada ao Poder Executivo. Ofensa aos artigos 47 incisos II, XI e XIX, 119, 120 e 159 parágrafo único da Carta paulista. Precedentes do Órgão Especial. Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 9.886, de 27 de setembro de 2016, do Município de Santo André, que *"dispõe sobre a isenção do pagamento das despesas com realização de funeral à pessoa que tiver doado, por ato próprio ou por meio de seus familiares ou responsáveis, seus órgãos ou tecidos para fins de transplante médico"*.

O autor alega que o aludido diploma, de iniciativa do legislativo, trata de matéria estranha à competência da Câmara, cuja iniciativa de lei é do chefe do Executivo, tendo violado, assim, os artigos 5º, 47 incisos XI e XVII e 144 da Constituição Estadual, bem como o artigo 128 da Lei Orgânica Municipal e o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que a referida isenção não foi acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, nem demonstrativo de que a renúncia de receita foi considerada na lei orçamentária e não afetará as metas fiscais lá previstas.

Ao lado disso o autor afirma que ao tratar de *"cemitérios do município"*

Acesso ao Sumário

a lei acaba por dispor também sobre cemitérios particulares, tendo violado, com isso, o artigo 170 da Constituição Federal.

A liminar foi deferida.

O Procurador Geral do Estado informou não ter interesse na defesa do ato impugnado e o Presidente da Câmara prestou informações e sustentou a constitucionalidade do referido diploma.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou no sentido de ser declarada inconstitucional apenas a expressão *"as tarifas devidas pelos serviços executados, incluindo urna funerária padrão adotada pela assistência social, remoção e transporte do corpo dentro do Município, taxas de velório e sepultamento, bem como sepultura e campa individualizada"* constante do § 2º do artigo 1º da lei em comento.

É o relatório.

A propositura diz respeito à Lei nº 9.886, de 27 de setembro de 2016, do Município de Santo André, que assim se apresenta:

"Art. 1º Os doadores de órgãos ou tecidos, cujo óbito venha a ocorrer no Município de Santo André, ficam isentos do pagamento das taxas com a realização de velório e sepultamento, nos cemitérios do Município.

§ 1º Fará jus à isenção de que trata o caput do artigo anterior a pessoa que tiver doado, por ato próprio ou por meio de seus familiares ou responsáveis, seus órgãos ou tecidos corporais para fins de transplante médico.

§ 2º Compõem as despesas com funeral, entre outras, as taxas e emolumentos, as tarifas devidas pelos serviços executados, incluindo urna funerária padrão adotada pela assistência social, remoção e transporte do corpo dentro do Município, taxas de velório e sepultamento, bem como sepultura e campa individualizada.

§ 3º A doação de que trata esta Lei deverá atender aos usuários do Sistema Único de Saúde do Município de Santo André.

Art. 2º Os Hospitais, Centros e Postos de Saúde, bem como o Serviço Funerário estabelecido, providenciarão a instalação de placas informativas sobre a isenção, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da publicação desta lei.

Art. 3º Ocorrendo a doação de órgãos ou tecido corporal, a unidade hospitalar da rede pública competente emitirá atestado específico confirmando a doação para fins de transplante.

Art. 4º As despesas com a execução da presente lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da data de sua publicação.

Acesso ao Sumário

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

Pois bem.

De pronto se vê que o referido diploma incorreu em impropriedade terminológica ao anunciar no artigo 1º que a paga devida pela realização de velórios e sepultamentos tem feitio de taxa.

De fato, velório e sepultamento (inumação) são atividades relacionadas ao serviço funerário, que pode ser prestado mediante concessão por particulares ou diretamente pelo próprio Poder Público.

No primeiro caso a paga devida pelo interessado tem natureza de mero preço privado, enquanto que na segunda situação tem feitio de tarifa.

Realmente, conforme a convicção geral tarifa é o valor previamente fixado pelo órgão executivo competente, na forma que a lei estabelecer, para a remuneração de serviços públicos.

Essa, aliás, a dicção utilizada pela Constituição do Estado de São Paulo nos artigos 120 e 159 parágrafo único.

De taxa evidentemente não se cuida porque essa tem natureza tributária e é devida pelo *"exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição"* (art. 145 inciso II da Constituição da República), o que não é o caso do serviço específico de velório e sepultamento.

Ora, diferentemente do que ocorre com as exigências de feitio tributário, para as quais inexiste a reserva de iniciativa do Executivo, não cabe ao Legislativo fixar preço público ou privado.

Afinal, o primeiro é definido diretamente pelo Executivo e o segundo pelo particular, ainda que segundo os parâmetros ditados pela eventual concessão.

Pois se assim é, tampouco pode o Legislativo dispensar o usuário do serviço do pagamento daquela sorte de remuneração.

No âmbito constitucional tal vedação se assenta nos artigos 47 incisos II, XI e XIX, 119, 120 e 159 parágrafo único da Carta paulista, segundo os quais ao chefe do Executivo compete privativamente dispor sobre os atos da Administração, o que compreende a fixação do valor da tarifa devida pelo uso do serviço público, regime que se aplica aos municípios por força do artigo 144.

Assim, ao dispensar o usuário daquela sorte de pagamento a lei aqui impugnada veio a interferir na gestão administrativa e, ao lado disso, também na equação financeira do serviço prestado sob o regime de permissão ou concessão.

Note-se que no município de Santo André o serviço funerário é prestado sob tal regime consoante as Leis 1.800/62 e 3.394/70, que conferiram ao Executivo a incumbência de aprovar os preços a serem cobrados.

De se reconhecer, pois, que o aludido diploma se apresenta inconstitucional

Acesso ao Sumário

em face do vício de iniciativa.

Aliás, a propósito do tema nessa linha já decidiu este Órgão Especial em mais de uma oportunidade, sendo disso exemplo acórdão assim ementado:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.775, de 25 de junho de 2015, que dispõe sobre a isenção do pagamento de despesas com a realização de funeral à pessoa que tiver doado, por ato próprio ou por meio de seus familiares ou responsáveis, seus órgãos ou tecidos corporais para fins de transplante médico. Inadmissibilidade. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 5º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Ação procedente." (ADIN nº 2.162.436.47.2015.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, 17.2.2016).

Em suma, ante o exposto julga-se procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.886, de 27 de setembro de 2016, do Município de Santo André.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003618-26.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JOANÓPOLIS e PREFEITO MUNICIPAL DE JOANÓPOLIS.

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 46.662-OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 31 de maio de 2017.
CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 1.646, de 16 de setembro de 2011, do Município de Joanópolis – § 1º do art. 2º – Criação de cargo de provimento em comissão de 'Chefe da Guarda Civil' – Possibilidade de pessoa estranha ao quadro da Guarda ser nomeada Chefe – Previsão de jornada de trabalho de 40h semanais – Atividades de natureza operacional e de necessidade permanente, de nível subalterno e de baixa complexidade – Contrariedade aos arts. 111, 115, I, II e V; 144, da CE/89 – Inconstitucionalidade configurada – Ação procedente, com modulação."

VOTO

Ação direta requerida pelo Procurador-Geral de Justiça objetivando a declaração de inconstitucionalidade da expressão "ou não" presente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 1.646, de 16 de setembro de 2011, do Município de Joanópolis, que dispõe sobre a criação da Guarda Municipal. Referido dispositivo possibilita que pessoa estranha ao quadro da Guarda seja nomeada Chefe da Guarda Municipal.

Em síntese, argumenta o autor que o dispositivo impugnado contraria os arts. 115, I, II e V e 144, da Constituição Estadual, pois as atribuições descritas pelo Anexo III são atividades de natureza técnica, administrativa e burocrática, destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte a decisões e execução. Dessa forma, conclui o requerente, por não exigir a lei a especial relação de confiança entre o governante e o servidor, o cargo de chefe da guarda municipal deve ser preenchido apenas por integrante da carreira.

A liminar foi indeferida, fls. 97/98.

O Prefeito do Município de Joanópolis, em suas informações, afirma que a Constituição não estabelece critério de exclusividade de provimento a servidor ocupante de cargo efetivo, desde que seja observado o percentual mínimo estabelecido pelo art. 115, V, da CE/89, para o provimento de cargo em comissão, fls. 111/115.

Instado a se manifestar para os fins do art. 90, § 2º, da CE/89, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local, fls. 174/175.

Também a Câmara Municipal, representada por seu Presidente, apresentou suas informações, ocasião em que defende a constitucionalidade da norma, fls.

Acesso ao Sumário

177/179.

A D. Procuradoria Geral de Justiça, reiterando os termos da inicial, opina para que seja declarada inconstitucional a expressão "ou não" presente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 1.646, de 16 de setembro de 2011, do Município de Joanópolis, fls. 182/188.

A ação procede.

Eis a redação da norma impugnada:

"Art. 2º Fica criado o emprego público em comissão de Chefe da Guarda Municipal, cujo vencimento passa a fazer parte do anexo II da Lei Municipal nº 869/89, conforme redação apresentada no anexo II da presente Lei.

§ 1º O Chefe da Guarda Municipal será de livre nomeação do Prefeito entre pessoas de ilibada reputação e competência para o desempenho das funções, pertencentes **ou não** ao quadro da Guarda Municipal." (negritou-se)

"ANEXO III

(Anexo II da Lei Municipal nº 869/89)

Atribuições e Pré-requisitos para o Emprego Público em Comissão

DENOMINAÇÃO: Chefe da Guarda Municipal

Atribuições:

• Planeja, coordena e promove a execução de todas as atividades da Guarda Municipal, organizando e orientando os trabalhos, para assegurar o desenvolvimento das atividades;

• Subsidia tecnicamente os Guardas Municipais na sua área de competência, orientando-os e dando ordens;

• Propõe medidas no sentido de assegurar o cumprimento da legislação, das diretrizes e normas oriundas dos órgãos competentes, relacionadas ao seu campo de atuação;

• Elabora, orienta e executa programas, projetos, propondo e compatibilizando diretrizes e metas, estabelecendo mecanismos de monitoramento e avaliação, assegurando o desenvolvimento das atividades, prestando aos subordinados, informações sobre normas e procedimentos relacionados aos trabalhos e à situação funcional de cada um;

• Presta atendimento e esclarecimento aos munícipes;

• Analisa o funcionamento das diversas rotinas, propondo medidas de simplificação e melhoria dos trabalhos;

• Elabora relatórios periódicos sobre as atividades desenvolvidas por si e pelos Guardas Municipais;

• Elabora escala de serviços, férias e de substituição dos servidores da Guarda Municipal, na forma da legislação vigente;

Acesso ao Sumário

• Controla a frequência, pontualidade, serviços externos e os gastos do pessoal diretamente subordinado.

Requisitos: Ensino Médio completo; Ter conhecimentos básicos de segurança; Ter comportamento disciplinar e capacidade de liderança; Ter conhecimento necessário na área de segurança; Ter conduta ilibada; Não apresentar antecedentes criminais que possa comprometer sua função.

Condições de Trabalho

• Período normal de trabalho de 40 horas semanais."

O art. 2º da Lei nº 1.646/2011 cria o cargo de provimento em comissão de Chefe da Guarda Municipal e o seu § 1º autoriza o Chefe do Executivo de Joanópolis nomear pessoa estranha do quadro da guarda civil para ser o chefe, contrariando os arts. 111, 115, I, II e V e 144 da CE/89:

"Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência".

"Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração; (...)

(...)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento".

"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 criação de cargos de provimento em comissão destinados a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente é incompatível com os princípios previstos no art. 111 da CE/89 e viola o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, art. 115, I, II e V, da CE/89, cuja única exceção a dispensar a realização de concurso público é a de contratação de servidor por tempo

Acesso ao Sumário

determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 115, X, da CE/89. Não sendo caso de contratação para suprir necessidade temporária, é imprescindível a realização de concurso público, pois se ausente a temporariedade, a necessidade passa a ser permanente.

As funções a serem desenvolvidas são vinculadas, principalmente, à execução, organização e orientação das atividades, programas e projetos da Guarda Municipal, sem posição de direção superior, inexistindo elementos a justificar o provimento em comissão. A especial relação de confiança há com aquele que estabelece as diretrizes políticas, os ocupantes dos cargos são mero executores de ordens. As atribuições descritas são de natureza burocrática, técnica e profissional e devem ser realizadas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, mediante aprovação em concurso público.

Manifesta a inconstitucionalidade, porque possibilitou ao Poder Executivo de Joanópolis a investidura em cargo público de pessoas sem aprovação em concurso público, violando os princípios constitucionais da acessibilidade, da isonomia e da impessoalidade. "A criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., São Paulo, p. 378).

Assim vem decidindo o C. Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 13 e 15 da Lei 7.337, de 18 de dezembro de 2014, do Município de Guarulhos. Criação de cargos de provimento em comissão de 'Assessor Especial de Gabinete'; 'Assessor Especial de Gestão'; 'Assessor de Coordenação'; 'Assessor de Gestão'; 'Assessor de Gabinete'; 'Assessor Setorial' e 'Assessor de Gerência'. Inconstitucionalidade manifesta. Cargos em comissão que não refletem atribuições de direção, chefia e assessoramento. Situações avessas às hipóteses permitidas constitucionalmente. Relação de confiança não evidenciada. Funções que retratam atividades técnicas, burocráticas e profissionais e que devem ser exercidas por servidores investidos em cargo de provimento efetivo mediante concurso público. Violação aos artigos 111, 115, incisos II e V, 128 e 144 da Constituição Estadual. Incorporação da diferença entre a remuneração permanente decorrente do cargo original e vencimentos recebidos no cargo em comissão e/ou eletivo. Inconstitucionalidade, tão-somente da expressão e/ou eletivo. Vantagem que deve ser limitada aos casos de exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Benesse constitucionalmente assegurada – artigo 133 da Carta Bandeirante. Ação julgada parcialmente procedente" (ADI nº 2210943-39.2015.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Rui, j. em 6-4-2016).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Ação proposta objetivando

Acesso ao Sumário

a declaração de inconstitucionalidade do Anexo I da Lei Municipal nº 3.154, de 26 de dezembro de 2010, do Município de Itapeva, que dispõe sobre a reestruturação do plano de cargos e salários da Câmara Municipal de Itapeva e dá outras providências – Funções que não exigem nível superior para seus ocupantes – Cargo de confiança e de comissão que possuem aspectos conceituais diversos – Inexigibilidade de curso superior aos ocupantes dos cargos, que afasta a complexidade das funções – Cargos de Assessor Parlamentar e Chefe de Gabinete Parlamentar que não se coadunam com o permissivo legal – Afronta aos artigos 111, 115, incisos II e V e 144 da Constituição Estadual – Ação procedente." (ADI nº 0210184-51.2011.8.26.0000, rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. em 4-4-2012).

Nesse sentido, também é o parecer do d. Subprocurador-Geral de Justiça, cuja ementa a seguir transcrita tem a seguinte redação:

"1) Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão "ou não" contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 1.646, de 16 de setembro de 2011, do Município de Joanópolis. 2) Emprego em comissão de Chefe da Guarda Municipal, que não contém atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, a ser preenchido somente por servidor público investido em cargo de provimento efetivo. Inexigibilidade de especial relação de confiança. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (art. 115, I, II e V e art. 144).".

Mais a mais, como bem anotado às fls. 184, "outro aspecto do mencionado emprego que lhe confere natureza de unidade que desempenha atividade subalterna é a previsão de jornada de trabalho, que é incompatível com função de direção superior". Isso confirma o entendimento de que as atividades são de natureza operacional e de necessidade permanente, de nível subalterno e de baixa complexidade, pois o ocupante de cargo em comissão pode ser convocado sempre que houver interesse da Administração.

Portanto, o ato impugnado viola os princípios constitucionais da moralidade, legalidade, isonomia, impessoalidade e da acessibilidade a cargos e empregos públicos, previstos nos arts. 111, 115, I, II e V e 144 da Constituição Estadual, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da procedência da ação para declarar inconstitucional a expressão "ou não" contida no § 1º do art. 2º da Lei nº 1.646, de 16 de setembro de 2011, do Município de Joanópolis, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico.

Finalmente, tendo em vista a segurança jurídica e o excepcional interesse social presente no caso, necessária a modulação de efeitos desta declaração, para que ela tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias a partir deste julgamento, nos termos do permissivo legal contido no art. 27 da Lei nº 9.868/99, tempo suficiente para a reorganização do quadro do funcionalismo afetado pelo

Acesso ao Sumário

julgamento.

Além disso, do contrário, a prevalecer o entendimento de que os efeitos da decisão devam ser ex tunc, e colher a lei desde o momento em que entrou em vigor, obrigaria os servidores a ressarcirem as vantagens patrimoniais por eles obtidas. E o ressarcimento seria possível somente no caso de má-fé do contratado em conluio com o agente público contratante dos serviços. Inexistindo a avença objetivando o próprio benefício em detrimento do interesse público, a condenação a restituir os valores recebidos pelos trabalhos prestados permitiria o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Diante desse quadro, **julga-se procedente a ação, com modulação, declarando a inconstitucionalidade da expressão "ou não" contida no § 1º do art. 2º da Lei nº 1.646, de 16 de setembro de 2011, do Município de Joanópolis.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2208090-23.2016.8.26.0000, 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 TAQUARITINGA e PREFEITO MUNICIPAL DE TAQUARITINGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(VOTO-O.E. nº 24.975)**

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, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 31 de maio de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar 4.298, de 16 de novembro de 2015, do Município de Taquaritinga – Dispõe sobre alterações na Lei Complementar 4.029, de 18 de junho de 2013, que Reestrutura o Regime Próprio de Previdência Social do Município de Taquaritinga e dá outras providências – Inconstitucionalidade, por se imiscuir em matéria de competência exclusiva do Poder Executivo. Vício de iniciativa. Desrespeito aos artigos 5º, *caput*, 24, § 2º, 1 e 2, 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a', e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente.

VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo para declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 4.298, de 16 de novembro de 2015, do Município de Taquaritinga, *que dispõe sobre alterações na Lei Complementar 4.029, de 18 de junho de 2013, que Reestrutura o Regime Próprio de Previdência Social do Município de Taquaritinga e dá outras providências*.

Aduz o autor tratar-se de lei vinda de descabida iniciativa parlamentar, pois dispõe sobre provimento e remuneração de cargos públicos, alterando *a forma de composição dos Conselhos de Administração e Fiscal do Instituto de Previdência do Servidor Público Municipal de Taquaritinga – IPREMT*, além de fixar *limites à recondução no mandato e sobre o sistema remuneratório do cargo de Superintendente*. Denuncia, pois, afronta ao princípio da separação dos poderes, por descabida disposição sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, a resultar em inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Deferida a liminar (págs. 461/462), a D. Procuradoria Geral do Estado não manifestou *interesse na defesa do ato impugnado*, por tratar-se *de matéria exclusivamente local* (págs. 473/474).

O Presidente da Câmara Municipal apresentou informações e documentos (págs. 487/494), certificado decurso de prazo sem informações pelo Prefeito Municipal (pág. 542).

Desprovido agravo regimental interposto pelo Presidente da Câmara Municipal (págs. 534/537), a D. Procuradoria Geral de Justiça reiterou manifestação pela procedência da ação (págs. 544/548).

É o relatório.

Antes do mais, observo não haver dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos

Acesso ao Sumário

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].

Isso realçado, a Lei Complementar nº 4.298, de 16 de novembro de 2015, do Município de Taquaritinga, assim dispõe:

> **Art. 1º.** O art. 5º da Lei Complementar nº 4.029, de 18 de junho de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> **"Art. 5º – O Conselho de Administração será integrado por nove membros eleitos e três membros indicados nos termos do § 9º do artigo 6º desta Lei Complementar, devendo ser respeitada a proporção de 50% dos membros com formação de nível superior e 50% dos membros com formação de nível médio de ensino".**
>
> **Art. 2º.** O inciso II, § 4º do artigo 6ª da Lei Complementar nº 4.029, de 18 de junho de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> **"Art. 6º ...**
>
> **§ 4º ...**
>
> **I – ...**
>
> **II – ter idoneidade e não possuir condenação, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, comprovada através de certidão judicial expedida anualmente e entregue na sede do IPREMT".**
>
> **Art. 3º.** O § 1º do artigo 9º da Lei Complementar nº 4.029, de 18 de junho de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> **"Art. 9º ...**
>
> **§ 1º – Os membros do Conselho Fiscal devem ter idoneidade e não possuir condenação, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, comprovada através de certidão judicial expedida anualmente e entregue na sede do IPREMP".**

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.

Art. 4º. Fica inserido o § 3º ao artigo 9º da Lei Complementar nº 4.029, de 18 de junho de 2013, com a seguinte redação:

"Art. 9º ...

§ 1º ...

§ 2º ...

§ 3º – Os membros do Conselho em exercício que tiverem sido condenados na forma do § 1º deste artigo deverão ser automaticamente destituídos".

Art. 5º. O artigo 12 da Lei Complementar nº 4.029, de 18 de junho de 2013, passará a ter parágrafo único com a seguinte redação:

"Art. 12. ...

Parágrafo único. O Superintendente deverá possuir especialização nas áreas Jurídica ou Administrativa ou Financeira ou Previdenciária, ou se de outra área de formação, possuir a certificação CPA-10".

Art. 6º. O **caput** do artigo 14 e o § 5º da Lei Complementar nº 4.029, de 18 de junho de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 14. O Superintendente será nomeado pelo Prefeito Municipal para um mandato de quatro anos, com direito a apenas uma recondução, dentre os servidores municipais componentes da lista tríplice formada nos termos do § 1º deste artigo.

[...]

§ 5º – O subsídio do Superintendente será equivalente ao de Secretário Municipal, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, conforme disposto no art. 39, § 4º, da Constituição Federal".

Art. 7º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Impositivo observar ser a Lei Complementar 4.029, de 18 de junho de 2013, do município de Taquaritinga, o diploma legal que *Reestrutura o Regime Próprio de Previdência Social do Município de Taquaritinga*.

Conquanto disponha também sobre *outras providências*, como está na sua ementa, a lei ora impugnada trouxe 1) alteração da composição dos Conselhos de Administração e Fiscal do Instituto de Previdência do Servidor Público Municipal de Taquaritinga – IPREMT –, 2) regramento sobre seus membros, 3) requisitos para investidura, 4) limites à recondução no mandato e 4) o sistema remuneratório do cargo de Superintendente, a que acrescento ser lei de iniciativa parlamentar.

Há equívoco, no entanto, quanto a essa iniciativa, pois a matéria é

Acesso ao Sumário

de exclusiva competência do Chefe do Executivo e afronta preceitos da Constituição Estadual, a revelar descabida ingerência do Poder Legislativo no Poder Executivo, que deságua em ser inconstitucional a Lei Complementar 4.298, de 16 de novembro de 2015, do Município de Taquaritinga.

Nem se alegue supressão do vício de iniciativa por ter havido sanção pelo Prefeito Municipal, e, sobre assim ser, imperioso colacionar precisa ensinança de GILMAR FERREIRA MENDES e LENIO LUIZ STRECK: *é inegável que um juízo seguro sobre a inconstitucionalidade da lei pode vir a se formar somente após sua promulgação, o que legitima a propositura da ação ainda que o Chefe do Poder Executivo tenha aposto a sanção ao projeto de lei aprovado pelas Casas Legislativas. Eventual sanção da lei questionada não obsta, pois, à admissibilidade da ação direta proposta pelo Chefe do Executivo [...]*[3].

Como antes já referido, a lei vem de descabida iniciativa parlamentar, por se imiscuir em matérias reservadas à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 2º, 1 e 2 da CE), por ocorrer inequívoca normatização sobre os Conselhos Fiscal e de Administração do Instituto de Previdência do Servidor Municipal de Taquaritinga (IPREMT), com imposição de requisitos e condições para composição deles.

Demais disso, há ainda fixação de condições acerca da nomeação do Superintendente daquele órgão, além de normatização acerca da remuneração dele.

São situações sob competência legislativa expressa do Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 2º, 1 e 2 da CE[4]), de modo que a prevalência da legislação ora impugnada fere princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, pois evidente o chamado vício de iniciativa, por não ser possível dispor sobre tais matérias por lei de iniciativa parlamentar, sob risco, aqui concreto, de se romper o princípio da separação e harmonia entre os Poderes[5].

É 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*

Acesso ao Sumário

3 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, 1.411.

4 CE, Art. 24. [...] § 2º. *Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa de leis que disponham sobre: 1. criação e extinção de cargos, funções e empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; 2. criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX;*

5 CE, Art. 5º – *São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

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[6] (sem grifos no original).

Não se deslembre, ainda, competir privativamente ao Chefe do Poder Executivo, com auxílio dos Secretários, exercer a direção superior da Administração, além de ser ato da exclusiva alçada dele praticar atos de administração e dispor sobre organização e funcionamento da administração (art. 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a' da Constituição Estadual).

Colho precedente neste C. Órgão Especial no mesmo sentido ora lançado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal que altera a composição e investidura do Conselho de Administração e Fiscal da Previdência Social do Município. Vício de iniciativa. Separação de poderes. Violação dos arts. 5º, 24, § 2º, 1 e 2, e 144 da CE. Julga-se procedente o pedido, com modulação dos efeitos nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para que a eficácia da declaração tenha início na data da concessão da liminar **(ADI 0158973-05.2013, rel. Des. ANTONIO VILENILSON, j. 11.12.2013)**.

Do quanto acima se expôs, ressoa inequívoca a inconstitucionalidade da Lei Complementar 4.298/2015, de Taquaritinga, ato legislativo contrário a normas e a princípios da Constituição, fundamentada a inconstitucionalidade *no fato de que 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*[7].

Concluo, pois, por violação dos artigos 5º, **caput**, 24, § 2º, 1 e 2, 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a' e 144 da Constituição Estadual, a resultar em ser inconstitucional a Lei Complementar 4.298, de 16 de novembro de 2015, do Município de Taquaritinga, confirmado o efeito liminar concedido quando da recepção da petição inicial.

Pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** esta ação.

Acesso ao Sumário

6 Direito Municipal Brasileiro, 5ª Edição RT, 1985, pág. 446.

7 JOSÉ AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 47.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2194576-03.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.527)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 31 de maio de 2017.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.326, de 29 de agosto de 2016, do Município de Guarujá – Legislação que "autoriza a cota mínima de contratação de menores aprendizes no âmbito da Administração Pública Municipal e dá outras providências" – O contrato de aprendizagem inclui-se entre os contratos especiais de trabalho – Não trata a norma local sobre ensino, educação e proteção à infância e juventude – Competência legislativa privativa da União (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal) – Lei municipal de iniciativa do Legislativo que, ao fixar a cota mínima de contratação de menores aprendizes no âmbito da Administração Pública Municipal, interfere diretamente na gestão administrativa – Inconstitucionalidade – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II, XIV, XIX,

Acesso ao Sumário

"a" e 144, da Constituição Estadual.

Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Prefeita do Município de Guarujá, objetivando a retirada do ordenamento jurídico da Lei nº 4.326, de 29 de agosto de 2016, do Município de Guarujá, que "autoriza a cota mínima de contratação de menores aprendizes no âmbito da Administração Pública Municipal e dá outras providências", porque, segundo ela, contém vício de iniciativa, bem como a norma impugnada cria despesa sem indicação dos recursos disponíveis para custear o programa, em afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 25, 47, incisos II, XIV e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

A liminar foi concedida pelo eminente Desembargador Relator (fl. 42/43).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 53/54).

Notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Guarujá não apresentou informações (fl. 57).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 59/70, opinou pela improcedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei nº 4.326, de 29 de agosto de 2016, do Município de Guarujá, ora impugnada, tem a seguinte redação:

> **"Art. 1º – Autoriza a Administração a contratar de no mínimo de três por cento (3%) e máximo cinco por cento (5%) do número de trabalhadores existentes em cada setor, menores aprendizes.**
>
> **Art. 2º – As despesas decorrentes da execução do presente Projeto de Lei, correrão das verbas próprias, afetas ao Poder Executivo.**
>
> **Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".**

Averba-se, por oportuno, breve digressão acerca do instituto da aprendizagem. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXXIII, veda o trabalho do menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, *in verbis*:

> **"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:**
>
> **(...)**
>
> **XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos."**

Como forma de disciplinar a aprendizagem, a Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000, alterou o texto dos artigos 428 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, exsurgindo as principais características da aprendizagem, quais sejam, trata-se de um contrato formal (ajustado por escrito); o aprendiz deve ser maior de quatorze anos e menor de dezoito anos; inscrição do aprendiz em programa de aprendizagem técnico-profissional compatível com o seu desenvolvimento e sua formação; a validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na CTPS, matrícula e frequência à escola; ao menor aprendiz será assegurado o salário mínimo hora, salvo condição mais favorável; o contrato de aprendizagem não poderá exceder o prazo de dois anos.

Assim, ostenta o termo de aprendizagem natureza de **contrato de trabalho especial** (Cf. artigo 428[1], da CLT), inserindo-se, ainda, o tema, no capítulo referente ao "Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho", do Estatuto da Criança e do Adolescente (Cf. artigo 60 e seguintes, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), de sorte que não se trata de legislação concernente à educação, ensino e proteção à infância e juventude (artigo 24, incisos IX e XV, da Constituição Federal), inseridos no âmbito da competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, mas sim matéria afeta à competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Como se sabe, o Estado e o Município devem seguir, por simetria, os princípios da Constituição Federal (artigo 144, da Constituição do Estado), incluindo-se a repartição de competências administrativas e legislativas decorrentes do pacto federativo.

De outro lado, o artigo 429, da Consolidação das Leis do Trabalho, estabeleceu cotas de aprendizes a serem contratados pelos estabelecimentos de qualquer natureza. Confira-se:

> **"Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)**
>
> **§ 1º-A. O limite fixado neste artigo não se aplica quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)**

Acesso ao Sumário

1 "Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação. (Redação dada pela Lei nº 11.180, de 2005)."

§ 1º As frações de unidade, no cálculo da percentagem de que trata o caput, darão lugar à admissão de um aprendiz. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000).”

Como se vê, à Administração Pública não foi imputado carga de contratação de aprendizes, e nem poderia ser diferente, porquanto, nos termos do artigo 37, da Constituição Federal, o acesso aos cargos públicos ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público, admitindo, como exceção, a livre nomeação e exoneração no caso dos cargos em comissão, cuja investidura, deve ocorrer com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse ponto, convém registrar que à inserção do adolescente no mercado de trabalho, há um desdobramento que revela o fim teleológico da aprendizagem, qual seja, a possibilidade de contratação definitiva do adolescente pelo estabelecimento onde ocorre a aprendizagem; fim este que não poderá ser alcançado sem o concurso público para ingresso nos entes públicos, conforme previsão constitucional. Ora, os órgãos públicos, vinculados ao princípio da legalidade, possuem quadro de pessoal organizado, escalonado em cargos e funções, que são ocupados pelos servidores públicos concursados ou aqueles contratados em comissão, de tal arte que a lei local ao fixar o percentual mínimo e máximo para contratação dos menores aprendizes no âmbito da Administração Pública interfere diretamente na gestão administrativa.

Nesse contexto, há que se ressaltar, ainda, a vedação a que os aprendizes contratados desenvolvam atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do respectivo órgão ou entidade contratante.

Desta feita, a lei impugnada subtrai do Chefe do Executivo a discricionariedade da administração, vulnerando o princípio da separação dos Poderes consagrado no artigo 5º da Constituição Estadual, que é de observância obrigatória também pelos Municípios (artigo 144 da mesma Carta). A propósito: ADIn nº 2036076-33.2016.8.26.0000, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 08/06/2016.

Por epítome, flagrante a inconstitucionalidade da legislação impugnada, por afronta aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II, XIV, XIX, “a”, e 144, da Constituição Estadual.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.326, de 29 de agosto de 2016, do Município de Guarujá.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2218022-35.2016.8.26.0000, 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 ASSIS e PREFEITO MUNICIPAL DE ASSIS.

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 36.713)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 31 de maio de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.158, de 02 de maio de 2016, que dispõe sobre a permissão de comercialização de cerveja nas dependências de estádio de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas no Município de Assis – Usurpação de competência legislativa concorrente da União e do Estado para legislar sobre consumo e desporto (artigo 24, incisos V e IX, da Constituição Federal) – O Município, a pretexto de exercer atuação legislativa suplementar (art. 30, I e II, da Constituição Federal), não pode abrandar a proibição, como o fez, sob justificativa de interesse local, pois assim estaria a converter a competência suplementar em competência concorrente, em afronta ao princípio federativo (artigos 1º e 18 da Constituição Federal e artigo 144 da Carta Bandeirante) – Ofensa, também, ao princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido

Acesso ao Sumário

processo legal, em sua dimensão substantiva (art. 5º, LIV, CF, aplicável por força dos arts. 4º e 144 da CE) – Inconstitucionalidade declarada – Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça em face da Lei nº 6.158, de 02 de maio de 2016, que dispõe sobre a permissão de comercialização de cerveja nas dependências de estádio de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas no Município de Assis.

Invoca violação ao princípio federativo e também ao princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), em sua dimensão substantiva, na ótica da proibição da proteção insuficiente aos direitos fundamentais à segurança e à proteção do consumidor, de observância necessária por força do art. 144 da Constituição Estadual. Diz haver legislação federal e estadual que cuidam da matéria, proibindo expressamente a venda, distribuição e utilização de qualquer tipo de bebida alcoólica em espaços esportivos, de sorte que a pretexto de exercer competência suplementar com fundamento no art. 30, II, da CF, não pode o legislador municipal excepcionar tais regramentos.

Pugnou pela concessão de liminar, para imediata suspensão da eficácia do ato normativo referido e, ao final, a procedência da presente ação, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6.158/2016.

A liminar foi deferida pelo despacho de fl. 147.

O d. Procurador Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 159/162, deixou de ofertar manifestação quanto ao mérito da ação.

O Prefeito do Município de Assis se manifestou às fls. 166/167.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 173/185), pelo decreto de procedência.

É o relatório.

A ação é procedente.

A norma impugnada possui a seguinte redação:

"Art. 1º – Esta lei autoriza e regulamenta a venda de cervejas em estádios, conjuntos poliesportivos e praças desportivas públicos localizados no município de Assis.

Art. 2º – A comercialização e o consumo de cerveja são admitidos nos ambientes aludidos no artigo 1º exclusivamente em dias de eventos desportivos, espetáculos musicais e culturais.

§ 1º – Somente será permitida a comercialização de cerveja, ou mesmo bebidas sem teor alcoólico em copos descartáveis, ou recipientes que não

Acesso ao Sumário

ofereçam riscos à integridade física ou à saúde dos consumidores.

§ 2º – Não será permitida a entrega de recipientes de vidro ou a entrega de garrafas ou latas diretamente aos consumidores.

§ 3º – Os responsáveis pela comercialização de cerveja nos ambientes e os organizadores dos eventos realizados nos espaços aludidos no artigo 1º ficam obrigados a divulgar mensagens de consumo moderado e consciente de bebidas alcoólicas e a expressa proibição da venda a menores de idade.

Art. 3º – Fica vedada a comercialização e o consumo de quaisquer outras bebidas com teor alcoólico nos locais designados no artigo 1º que não seja cerveja.

Art. 4º – Essa lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º – Revogam-se as disposições em contrário".

De início, cabe consignar que a União (Lei nº 10.671/03 – Estatuto do Torcedor) e o Estado de São Paulo (Lei nº 9.470/96), ao cuidarem da matéria, exercendo a competência concorrente legislativa estabelecida pelo artigo 24, incisos V e IX, da Constituição Federal (consumo e desporto), expressamente proibiram a venda, distribuição ou consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol e ginásios de esportes (art. 13-A, da Lei Federal e art. 5º, da Lei Estadual).

Disso decorre que o Município, a pretexto de exercer atuação legislativa suplementar (art. 30, I e II, da Constituição Federal), não pode abrandar a proibição, como o fez, sob justificativa de interesse local, pois assim estaria a converter a competência suplementar em competência concorrente, em afronta ao princípio federativo (artigos 1º e 18 da Constituição Federal e artigo 144 da Carta Bandeirante). A usurpação de competência legislativa é patente, decorrendo daí o vício de inconstitucionalidade.

Some-se a esse argumento, a configuração de violação ao princípio da proporcionalidade, em sua dimensão substantiva, que, de forma percuciente foi explanado pela douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer:

"Por outro lado, o ato normativo impugnado violou o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal, em sua dimensão substantiva (art. 5º, LIV, CF, aplicável por força dos arts. 4º e 144 da CE).

De fato, as normas federais e estaduais de restrição à comercialização e ao consumo de bebidas alcoólicas em recintos esportivos (Estatuto do Torcedor, art. 13-A; Decreto Federal 6.117/07, art. 3º e Anexo I, IV e Lei Estadual nº 9.470/96, art. 5º, I) encerram medidas voltadas a ampliar a segurança de torcedores em eventos e competições esportivas, bem como assegurar a promoção de sua defesa como consumidores (art. 5º, caput, XXXII, CF).

Referidas normas protegem não apenas os torcedores, mas todo um conjunto indeterminado e amplo de pessoas direta ou indiretamente envolvidas na realização de competições esportivas.

Acesso ao Sumário

Os atos normativos expedidos pela União e pelo Estado de São Paulo se mostraram fundamentais para viabilizar a efetividade das normas constitucionais, sob pena de se incorrer em violação ao princípio da proibição de proteção insuficiente de direitos constitucionalmente tutelados, que representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF). Por força do princípio da proibição de proteção insuficiente, nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais.

O postulado cria um dever de proteção para o Estado (isto é, para o legislador e para o juiz), que não pode simplesmente ignorar ou se desfazer de mecanismos de tutela para o fim de garantir a proteção a direitos fundamentais. (...)

Assim, a Lei nº 6.158, de 02 de maio de 2016, do Município de Assis, ora impugnada, ofende o princípio da proporcionalidade, conferindo proteção insuficiente aos torcedores-consumidores, ao permitir a comercialização de cerveja nas dependências de estádio de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas.

A permissão conferida pelo ato normativo impugnado expõe a riscos a integridade, assim como a segurança dos torcedores e dos consumidores, obstaculizando a prevenção de episódios de violência e sua consequente repressão. O ato normativo põe em risco, da mesma forma, os familiares dos torcedores, que rotineiramente os acompanham em eventos esportivos, assim como as pessoas que neles prestam serviços".

Este Colendo Órgão Especial, em casos análogos, também assim decidiu:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.021, de 10 de dezembro de 2015, do Município de Sertãozinho – Legislação que dispõe sobre a comercialização de cerveja nas dependências de estádios de futebol e praças desportivas no Município de Sertãozinho – Usurpação de competência legislativa concorrente da União e do Estado para legislar sobre consumo e desporto (artigo 24, incisos V e IX, da Constituição Federal) – Afronta ao princípio federativo (artigos 1º e 144, da Carta Bandeirante) – Princípio da razoabilidade – O princípio da razoabilidade é composto por adequação, necessidade e proporcionalidade 'strictu sensu', o que exige a análise da norma em relação ao direito fundamental por ela atingido por restrição ao seu efetivo exercício, ou, então, seu tangenciamento – A legislação de regência malfere o princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição da proteção insuficiente aos direitos fundamentais à segurança e à proteção do consumidor – Violação aos artigos 1º, 111 e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente" (ADIn nº 2.127.169-77.2016.8.26.0000, v.u., j. de 09.11.16 – Rel. Des. RICARDO ANAFE).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.243, de 29 de janeiro de 2016, do Município de Barretos. Dispõe sobre a comercialização de cerveja nas dependências de estádio de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas no Município de Barretos e dá outras providências. Disposições sobre consumo e desporto, temas reservados à competência

Acesso ao Sumário

normativa da União, dos Estados e do Distrito Federal. Ofensa, também, ao princípio da proporcionalidade. Violação dos artigos 1º, 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação procedente." (ADIn nº 2121804-42.2016.8.26.0000, v.u., j. de 26.10.16 – Rel. Des. BORELLI THOMAZ).

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6.158, de 02 de maio de 2016, do Município de Assis.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2259269-93.2016.8.26.0000/50000, 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 AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.316)**

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, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – Deferimento para suspender a eficácia de Lei Municipal que dispõe sobre a reserva de 7% das permissões para o exercício do serviço público de táxi para portadores de deficiência – Os argumentos apresentados pelo agravante não têm o condão

de alterar o decidido Analisados os argumentos, vislumbra-se a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o pedido de liminar. Recurso improvido.

VOTO

O Presidente da Câmara Municipal de Franca interpôs agravo contra a r. decisão de fls. 67/68, que deferiu o pedido de liminar na ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia da Lei nº 8.448, de 14 de outubro de 2016, do Município de Franca, até o julgamento da ação.

Alega que estão ausentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência. Aduz que as hipóteses de iniciativa legislativa reservada devem ser analisadas de forma restrita, não comportando presunções ou interpretações ampliativas, visto que implicam limitação de poder de instauração do processo legislativo. Cita jurisprudência favorável e os artigos 24, § 2º e 144 da Constituição Estadual. Acrescenta que a lei impugnada não cria diretamente cargos, órgãos ou encargos para a administração pública, nem regula diretamente a prestação de serviços pelo Poder Público. Argumenta que a lei impugnada também não gera qualquer despesa para a Administração, pois o Poder Legislativo apenas deliberou e atuou em caráter regulatório, genérico e abstrato. Invoca o art. 51 da Lei Orgânica do Município de Franca. Diz que não é toda e qualquer despesa criada pela lei que configura ofensa ao princípio da separação de poderes. Defende a constitucionalidade da Lei Municipal nº 8.448/2016. Daí, pretender a reforma do r. ato decisório (fls. 1/5).

O Prefeito Municipal de Franca apresentou contrarrazões (fls. 11/18 do incidente).

É o relatório.

Apreciando pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, esta Relatoria assim decidiu:

"Por entender relevantes os fundamentos do pedido cautelar por aparente inobservância a preceitos constitucionais (*fumus boni iuris*), e considerando a possibilidade de a norma em questão acarretar prejuízos, com eventuais lesões de difícil reparação aos munícipes (*periculum in mora*), concedo a liminar, para suspender a eficácia da Lei nº 8.448, de 14 de outubro de 2016, do Município de Franca, até o julgamento da presente ação." (fls. 67).

Os argumentos apresentados pela agravante não têm o condão de alterar o decidido. Como já salientado, vislumbra-se a possibilidade de a norma em questão acarretar danos de difícil reparação (*periculum in mora*).

Ademais, as questões trazidas pelo agravante dizem respeito ao mérito da ação e serão apreciadas em momento oportuno.

Acesso ao Sumário

Analisando caso semelhante, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

"AGRAVO REGIMENTAL – Insurgência contra decisão que concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade suspendendo a eficácia da lei 8.325, de 23 de outubro de 2015, do Município de Franca, que 'dispõe sobre os direitos dos usuários das agências e cooperativas bancárias no município de Franca, e dá outras providências' – A discussão trazida neste agravo regimental diz respeito ao mérito da ação, não havendo motivo para aqui e agora rever o despacho inicial, reservado o exame da ampla discussão para o julgamento final – Decisão mantida. Agravo regimental não provido. (Relator: João Carlos Saletti; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 13/04/2016; Data de registro: 02/05/2016).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2012521-50.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDICATO DOS SERVIDORES DA CÂMARA MUNICIPAL E TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SINDILEX, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

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 19.239)**

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, 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 e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 5 de abril de 2017.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU LIMINAR

NOS AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – APRECIAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS ATRELADO AO PRUDENTE ARBÍTRIO E LIVRE CONVENCIMENTO DO RELATOR DIANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO OFERECIDO – QUESTÃO DE MÉRITO A SER ANALISADA PELA TURMA JULGADORA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão deste relator que negou liminar em Mandado de Segurança Coletivo impetrado contra o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo que publicou, em 27 de janeiro de 2017, a Decisão da Mesa nº 3041/17, da Câmara Municipal de São Paulo, determinando a aplicação, aos servidores regidos pelo regime celetista, as disposições constitucionais relativas à aposentadoria compulsória, prevista no inciso II, parágrafo 1º, do artigo 40, da Constituição Federal.

Sustenta o agravante ser imperiosa a reforma da decisão, apresentando um rol de servidores celetistas desligados compulsoriamente em cumprimento à mencionada decisão da mesa (fls. 4, 15). Defende que as regras da aposentadoria compulsória previstas no art. 40,§ 1º, II, da Constituição Federal de 1988, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/1998, limitam-se aos servidores titulares de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Aduz, ainda, que os Tribunais Superiores são firmes neste entendimento, destacando-se o julgamento da Repercussão Geral – Tema nº 763, pelo Supremo Tribunal Federal. Reafirma a presença do *'fumus boni iuris'* e do *'periculum in mora'*, razão pela qual postula a reintegração dos servidores celetistas atingidos pela referida decisão, até final julgamento do presente *mandamus*.

É o relatório.

A despeito da combatividade do procurador que defende os interesses do impetrante, entendo que a decisão que denegou a liminar nos autos do Mandado de Segurança Coletivo deve ser mantida.

Vale deixar consignado de plano que a apreciação dos pressupostos para concessão da liminar na espécie é de exclusiva iniciativa do relator, tendo em vista seu prudente arbítrio e livre convencimento com relação aos elementos de convicção presentes nos autos.

Ressalte-se que, ao tempo da apreciação do feito por esta Relatoria, do pedido de reintegração não estava efetivamente instruído com a prova de que servidores celetistas tivessem sido, após a publicação da medida impugnada, aposentados compulsoriamente, em cumprimento ao disposto no inciso II,

Acesso ao Sumário

parágrafo 1º, do artigo 40, da Constituição Federal (despacho de 16/2/2017), o que somente se efetivou em 18/2/2017 (fl. 15).

É oportuno ainda citar que os argumentos deduzidos nesta via recursal, como fundamento de reforma da decisão proferida, sinalizam para a análise do mérito, discussão que deve ser travada em oportunidade própria, que não a presente.

O entendimento jurisprudencial confirma essa assertiva:

"a concessão de liminar, em mandado de segurança, insere-se no poder geral de cautela do julgador e resulta do seu livre convencimento" (REsp 208914/PB, rel. **MIN. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS**, 2ª T., j. 05/06/2001), e *"o deferimento ou não de liminar constitui ato de livre convencimento do magistrado, cumprindo manter a decisão, se não demonstrada ilegalidade evidente, abuso de poder ou teratologia"* (RMS 7311/PE, rel. **MIN. HELIO MOSIMANN**, 2ª T., j. 05/03/1999)."

Ressalte-se que a situação será definida ao final, quando do julgamento do mérito do *mandamus*.

Em caso semelhante, assim se pronunciou o tribunal por seu Órgão Especial:

"Agravo Regimental – Decisão que indeferiu pedido de liminar em mandado de segurança – Razões que não abalam o não acolhimento do pedido, mantida, dessarte, a decisão."

(Ag. 2035836-15.2014.8.26.0000/50000 – Relator Walter de Almeida Guilherme – J. 21/05/2014)."

Posto isto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2206945-29.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de Pederneiras, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados MUNICÍPIO DE PEDERNEIRAS e COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ – CPFL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.731)**

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, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão de tutela provisória de urgência – Decisão que determinou aos requeridos, em caráter solidário, a emissão de novas faturas mensais de energia elétrica, com 2 (dois) códigos de leitura ótica, informando com clareza os valores referentes à tarifa de energia elétrica e à Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (CIP) – Evidenciado o risco de grave lesão à ordem ou economia públicas – Agravo não provido.

VOTO

Irresignado com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela provisória de urgência concedida nos autos da ação civil pública nº 1001913-12.2016.8.26.0431, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs agravo regimental, sob a alegação de ausência dos pressupostos autorizadores à suspensão, bem como de inexistência de risco de grave lesão a interesses relevantes.

Contraminutas a fls. 16/34 e 36/43.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a suspensão dos efeitos da tutela provisória de urgência pelo presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público, nunca consistindo em sucedâneo do recurso de agravo.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais, cabendo apenas o exame

Acesso ao Sumário

da efetiva ou possível lesão aos bens de interesse públicos tutelados.

Nesse sentido, já se decidiu que o pedido de suspensão não se presta à "modificação de decisão desfavorável ao ente público" (AgRg na SL 39/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL), pois "na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas" (SS 2385 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie).

No caso em exame, a decisão deferiu liminarmente o pedido de tutela provisória de urgência para determinar aos requeridos, em caráter solidário, a emissão de novas faturas mensais de energia elétrica, com 2 (dois) códigos de leitura ótica, informando com clareza os valores referentes à tarifa de energia elétrica e à Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – CIP, bem como a abstenção de interromper o fornecimento de energia elétrica, na hipótese de o consumidor optar por pagar apenas a quantia relativa à tarifa de energia elétrica, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00.

Na espécie, justificou-se a medida deferida e, ao contrário do afirmado pelo agravante, fizeram-se presentes os pressupostos necessários à suspensão da decisão, não sendo apresentados nas razões do agravo novos argumentos, suficientes à modificação desse entendimento.

Ademais, conforme ponderado na decisão hostilizada, a alteração no modo de cobrança da CIP acarretaria despesas que inevitavelmente seriam repassadas aos consumidores; de outro lado, o não recolhimento da CIP – que passaria a ser opcional aos consumidores – potencialmente poderia acarretar prejuízo à concessionária e sobretudo ao Município, que experimentaria queda na arrecadação e consequentemente deixaria de investir em serviço público essencial.

Destarte, presentes os requisitos legais, era mesmo o caso de deferimento da suspensão dos efeitos da tutela provisória de urgência.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2246144-58.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO MUNICIPAL DE MOGI GUAÇU e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MOGI GUAÇU, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.628)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Interposição em face de decisão da Relatoria, que deferiu liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo agravado (suspendendo a eficácia das expressões "Administrador de Campus", "Assessor Jurídico", "Assessor Acadêmico", "Secretário Geral" e "Secretário Executivo" constantes do artigo 1º da Lei Complementar nº 435, de 26 de dezembro de 2001 (redação dada pelas Leis Complementares nºs 895, de 18 de dezembro de 2007 e 1.098, de 28 de dezembro de 2009), todas do Município de Mogi Guaçu – Deferimento da liminar que subsiste – Em sede de cognição sumária, vislumbra-se a relevância da fundamentação contida na petição inicial – Decisão mantida – Agravo improvido.

VOTO

Cuida-se de Agravo Regimental interposto com fulcro no artigo 253 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, contra a r. decisão proferida em autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade que deferiu a liminar postulada para suspensão da eficácia das expressões "Administrador de Campus", "Assessor Jurídico", "Assessor Acadêmico", "Secretário Geral" e "Secretário Executivo" constantes do artigo 1º da Lei Complementar nº 435, de 26 de dezembro de 2001 (redação dada pelas Leis Complementares nºs 895, de 18 de

Acesso ao Sumário

dezembro de 2007 e 1.098, de 28 de dezembro de 2009), todas do Município de Mogi Guaçu – decisão mantida ao rejeitar os embargos declaratórios opostos pelo ora agravante.

Sustenta que o pleito deduzido pelo Procurador-Geral de Justiça é genérico, diante da falta de apresentação de elementos que evidenciem que as expressões acima contrariem as Constituições Estadual e Federal, não restando, ainda, segundo as razões recursais, perigo de dano, tampouco risco de resultado útil ao processo.

Aguarda o provimento recursal, com a revogação da r. decisão concessiva da liminar.

Contraminuta ofertada pela d. Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 10 e seguintes, pelo desprovimento recursal.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Antes, porém, fica admitida a interposição do presente agravo regimental, à luz do que dispõe o artigo 253 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

Entretanto, no que toca à interposição do agravo propriamente dito, não prosperam os reclamos do agravante.

Insurge-se quanto à decisão desta Relatoria que, em autos de ação direta de inconstitucionalidade, deferiu liminar para suspensão da eficácia das expressões "Administrador de Campus", "Assessor Jurídico", "Assessor Acadêmico", "Secretário Geral" e "Secretário Executivo", constantes no artigo 1º da Lei Complementar nº 435, de 26 de dezembro de 2001 (redação dada pelas Leis Complementares nºs 895, de 18 de dezembro de 2007 e 1.098, de 28 de dezembro de 2009), todas do Município de Mogi Guaçu – decisão mantida ao rejeitar os embargos declaratórios opostos pelo ora agravante.

A justificar o deferimento da liminar, observou-se que, em análise preliminar, vislumbrou-se a relevante argumentação do autor e aqui agravado.

Não há, ao menos neste momento, causa para suspender os efeitos da referida decisão, sendo que os argumentos deduzidos pelo agravante integram o mérito da ação direta de inconstitucionalidade e serão analisados por ocasião de seu julgamento.

Evidenciada, pois, a plausibilidade do direito invocado na exordial da ação direta de inconstitucionalidade, fica mantida a r. decisão que deferiu a liminar.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 0038811-73.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES S/A, é agravado COSTA NETTO (DESEMBARGADOR).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.729)**

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, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Arguição de impedimento e suspeição arquivada – Oposição contra Desembargador sob a alegação de parcialidade no julgamento – Inexistência de qualquer fato concreto que possa macular a imparcialidade do arguido – Agravo não provido.

VOTO

Irresignada com a decisão que, com o permissivo no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição de impedimento e suspeição oposta em face do Desembargador José Carlos Costa Netto, no julgamento do agravo de instrumento nº 2114878-45.2016.8.26.0000 da 9ª Câmara de Direito Privado, a Rádio e Televisão Bandeirantes S/A interpôs agravo regimental, sob a alegação de parcialidade no julgamento, por ser o relator compositor, letrista, e ter sido, no passado, sócio-administrador de gravadora e editora musical, além de palestrante sobre o tema.

Acesso ao Sumário

Contraminuta a fls. 54/65.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a arguição de suspeição/impedimento é meio pelo qual *a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual* (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil – Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), acerca do significado da expressão "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes", contida no art. 135, inciso V, do CPC, de mesmo teor da norma do art. 145, inciso IV, do NCPC, *o que o enunciado da lei quer exprimir com essas palavras é que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa* ***alheia****, mas na qual tem um interesse* ***próprio****.*

Em primeiro lugar, o fato de o arguido ser autor de obras lítero-musicais não o torna impedido ou mesmo suspeito de analisar questões relativas a direitos autorais, na medida em que não há indicativo de que seria parte em qualquer processo envolvendo o ECAD, ou que os valores em discussão no processo reverteriam em seu favor.

A esse propósito, a norma de regência estabelece que a arrecadação e a distribuição de direitos autorais relativos à execução pública de obras musicais e de fonogramas serão feitas por meio de associações de gestão coletiva (Lei nº 12.852/2013), e que representam milhares de compositores, intérpretes e editores musicais, a arredar a ideia de que o arguido, por ser letrista, seria impedido ou suspeito.

Outrossim, no vídeo da palestra que o arguido proferiu na UFBA anos atrás, ao tempo em que exercia a advocacia, constata-se que sua afirmação de parcialidade foi deduzida no contexto em que se declarou letrista, e portanto defensor, em tese, dos direitos autorais. Não se pode inferir daí, de modo presumido e automático, que atualmente, na qualidade de Magistrado, o arguido se afaste do dever de imparcialidade para toda e qualquer demanda envolvendo o ECAD.

Não se perca de vista que o posicionamento doutrinário não é suficiente para tornar o magistrado suspeito ou impedido, em conformidade, aliás, com preciso ensinamento citado pelo arguido em suas informações (v. fls. 124).

No mais, é certo que decisões contrárias ao interesse da parte, *error in judicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má intelecção das teses ou da prova não são passíveis de correção por meio da arguição de

suspeição, e nem a justificam quando ausente o dolo, cabendo à parte valer-se do recurso adequado.

Inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição* (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, jugado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009).

Salienta-se que, em suas razões de agravo, a ora recorrente não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão impugnada.

Destarte, não se verificando a presença dos requisitos legais, era mesmo o caso de rejeição liminar da arguição de suspeição/impedimento.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2043980-70.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado 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: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.389)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR INDEFERIDA – LEI QUE AUTORIZA

Acesso ao Sumário

O PODER EXECUTIVO A ISENTAR DO PAGAMENTO DE ZONA AZUL AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E OS IDOSOS – AGRAVO REGIMENTAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECLAMO QUE NÃO OSTENTA FUNDADAS RAZÕES PARA ABALAR A CONVICÇÃO SUMARIAMENTE FORMADA, ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS – QUESTÕES MERITÓRIAS A SEREM ENFRENTADAS OPORTUNAMENTE – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Contra decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2043980-70.2017.8.26.0000 a fls. 66/67, que indeferiu a liminar postulada, interpõe o Prefeito Municipal de São José do Rio Preto o presente agravo regimental.

Em breve síntese das razões recursais, o agravante insiste na presença do ***periculum in mora*** a embasar deferimento da medida de urgência, notadamente pela insegurança jurídica instaurada em razão da edição do ato normativo impugnado, diante da invasão, pelo Legislativo local, das competências constitucionais atribuídas ao Executivo, a causar prejuízos de ordem administrativa. Reitera, ainda, a existência do ***fumus boni iuris***.

Houve contrariedade a fls. 13/18.

É o breve relatório.

A decisão agravada indeferiu a tutela de urgência com base nos seguintes fundamentos:

"Ação de inconstitucionalidade voltada contra Lei nº 12.509, de 25 de novembro de 2016, do Município de São José do Rio Preto/SP, que 'autoriza o Poder Executivo a isentar do pagamento de Zona Azul as pessoas com deficiência e os idosos'.

Em síntese, delineada ***causa petendi*** *repousa na alegada ofensa ao princípio da independência dos poderes, fundamentada em vício de iniciativa do ato impugnado, que teve gênese no parlamento local. Aponta-se, também, indevida instituição de obrigações ao Executivo, ainda que sob o rótulo de mera 'autorização', violando, portanto, artigos 5º, 47, II, XIV e XIX, 'a', e 144 da Constituição Estadual.*

In casu*, em juízo preliminar de cognição, relegado exame definitivo da questão ao momento oportuno e em que pese fundamentação de arrimo, não se vislumbra presença concomitante dos requisitos necessários à concessão*

Acesso ao Sumário

da medida de urgência reclamada, em especial o ***periculum in mora****, ausente demonstração sumária de relevante prejuízo decorrente da vigência da lei questionada até enfrentamento definitivo da demanda, notadamente por sua questionada natureza 'autorizativa'.* ***Indefiro, portanto, a liminar requerida****."*.

Os fundamentos de arrimo da insurgência não têm o condão de infirmar, ***in ictu oculi***, aqueles em que proferida a decisão liminar que, como se sabe, calcada em juízo sumário de cognição, onde não se aferiu concomitância dos requisitos legais para sua concessão na hipótese ***sub examen***.

Com efeito, não há indícios de que a manutenção do ***decisum*** tal como proferido, até enfrentamento definitivo do interessante, possa ensejar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao Município, a despeito da fundamentação que alicerça a pretensão deduzida, especialmente diante da natureza "autorizativa" da norma sindicada, como já assentado, nos moldes propostos em seu artigo 1º.

No presente reclamo, o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de subsidiar convencimento diverso daquele externado na decisão combatida. Não apontou situação concreta de dano irreparável ou de difícil reparação, como exige o requisito legal, não se extraindo da alegação de vício de iniciativa – tese que alimenta o ***fumus boni iuris*** – automático e necessário ***periculum in mora*** a autorizar concessão da tutela liminar. Insuficiente genérica afirmação de "prejuízos de ordem administrativa" no contexto em exame a convencer do desacerto do ***decisum***.

Deferimento da liminar exige presença de requisitos específicos, que não se alinham ao externado receio de pressão política ao Chefe do Executivo, consubstanciado na nítida *"intenção do Poder Legislativo de valer-se de tal instrumento para pressionar aquele Poder a cumprir os diplomas irresponsáveis que aprovam"* (fls. 5, 4º parágrafo). Irrelevante, ainda, deferimento de tutela de urgência reproduzido a fls. 07/08, por não ostentar força vinculativa decisão proferida em ação diversa.

Nego provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0020872-46.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Jardinópolis, em que é agravante ROSIMAR DE SOUZA GAVA, são agravados PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de maio de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Agravo interno interposto em face de decisão interlocutória que negou os benefícios da justiça gratuita à impetrante – Apresentação de holerite que comprova as condições da agravante para arcar com as custas processuais – Decisão monocrática mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão interlocutória que, ao efetuar a apreciação inicial do mandado de segurança impetrado por Rosimar de Souza Gava em face do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, indeferiu o pedido de concessão de justiça gratuita formulado pela impetrante.

Irresignada, sustenta a agravante ser de rigor a reforma da r. decisão prolatada aos argumentos de que não detém condições de arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios sem comprometer o sustento de sua família, uma vez que a concessão da segurança gerará efeitos em sua aposentadoria, com expressiva redução de seus ganhos. Entende que não se pode utilizar a remuneração pessoal da agravante, funcionária pública, como base para negar a concessão da benesse postulada. Pugna, ainda, pela concessão de efeito suspensivo a este recurso.

Agravo interno tempestivo e devidamente processado.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Sem razão a agravante.

O pedido de concessão do benefício de gratuidade da justiça formulado é negado face à presença de documento comprobatório da capacidade econômica da agravante.

No entendimento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"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 de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. 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, 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, nota n. 2 ao artigo 4º da Lei 1.060/50, p. 1.562).

Não obstante tenha declarado ausência de condições de suportar as custas processuais, a agravante apresentou holerite que demonstrou cabalmente sua capacidade econômico-financeira (fls. 19).

Em que pese seu inconformismo e a ponderação no sentido de que devem ser levadas em conta variáveis outras na apreciação de sua alegada incapacidade financeira, pretende ela ver afastada uma prova documental inequívoca – seu comprovante de vencimentos –, o que não se coaduna com o bom direito. Afinal, face ao valor nele anotado, não se pode reputar a agravante pessoa pobre na acepção jurídica do termo.

Nesse sentido a jurisprudência:

Agravo Regimental – Decisão do Relator que indeferiu liminar nos autos de mandado de segurança – Apreciação dos pressupostos legais atrelado ao prudente arbítrio e livre convencimento do relator diante do conjunto probatório oferecido – Questão de mérito a ser analisada pela turma julgadora. Assistência judiciária gratuita – Indeferimento do benefício – Servidores ativos/inativos que demonstram condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Recurso desprovido (Órgão Especial; Agravo Regimental 2207547-54.2015.8.26.0000/São Paulo; Relator: João Negrini Filho; julg. em 18/11/2015; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Negativação indevida. Exibição de documentos. Assistência judiciária gratuita. Pedido negado. Indícios de suficiência econômica. Ausência de comprovação da incapacidade financeira. Fundadas razões para a negativa do benefício. Parte que, apesar de instada, não trouxe elementos capazes de

Acesso ao Sumário

convencer sobre sua alegada insuficiência de recursos para arcar com os custos do processo. Recurso não provido (11ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2027780-85.2017.8.26.0000/Mauá; Relator: Gilberto dos Santos; julg. em 4/5/2017; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Agravo regimental – Assistência judiciária – Pessoa física – Hipossuficiência não comprovada – Declaração de hipossuficiência tem presunção relativa e não absoluta – Prova da hipossuficiência não produzida – Precedentes do STJ – Decisão mantida – Recurso negado (13ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2023547-16.2015.8.26.0000/São Paulo; Relator: Francisco Giaquinto; julg. em 16/4/2015; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2238366-37.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FÁTIMA JOANA SARANTTO PAULA NETO PISSATO e EDILSON PISSATO, é agravado GILSON DELGADO MIRANDA (DESEMBARGADOR).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U. SUSPEITO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43141)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 31 de maio de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Arguição de suspeição de Juiz Substituto em Segundo Grau

Acesso ao Sumário

– Alegações de amizade íntima e antecipação de julgamento – Arquivamento, com fundamento no art. 113 do Regimento Interno – Alegação de nulidade por cerceamento de defesa – Afastamento – Produção de outras provas que não modificaria a decisão – Alegações de falsidade entre as partes que devem ser investigadas perante via própria – Suspeição não caracterizada – Circunstâncias que não se enquadram nas hipóteses previstas no artigo 145 do novo Código de Processo Civil – Argumentos repetidos pelos agravantes neste agravo regimental e já afastados pela decisão recorrida – Agravo regimental não provido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto por Fátima Joana Sarantto Neto Pissato e Edilson Pissato contra decisão monocrática desta Vice-Presidência (fls. 191/200 dos autos da exceção), em substituição ao Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça (decisão de fls. 173/174 daqueles autos), que rejeitou arguição de suspeição oposta pelos agravantes em face do M.M. Juiz Substituto em Segundo Grau Gilson Delgado Miranda, da 28ª Câmara de Direito Privado, no julgamento da apelação nº 0046177-02.2012.8.26.0002.

Preliminarmente, alegam os agravantes que a decisão monocrática deste Relator é nula, por cerceamento de defesa. Entendem que deveria haver dilação probatória na arguição de suspeição, porquanto o requerido nos autos principais Felippe Mendonça apresentou graves acusações de falsidade contra os ora agravantes.

No mérito, repetem, em suma, os mesmos argumentos contidos na arguição apresentada, alegando que haveria amizade íntima entre o arguido e o requerido nos autos principais, bem como o advogado deste, Dr. José Marcelo Menezes Vigliar; e que o requerido Felippe Mendonça teria tido conhecimento prévio da decisão proferida na sessão realizada no dia 08.11.16, no sentido de converter o julgamento da apelação em diligência.

Requerem o conhecimento do recurso e seu provimento para o fim de acolher a arguição de suspeição, e declarar a nulidade dos atos praticados pelo arguido (fls. 1/16). Apresentou o documento encartado a fls. 17/19.

Foi juntada resposta ao presente agravo regimental (fls. 21/35), na qual, resumidamente, o D. Magistrado refuta a alegação de suspeição, informando que não possui amizade íntima com o requerido Felippe Mendonça ou seu advogado José Marcelo Menezes Vigliar; e não houve antecipação da conversão do julgamento em diligência (fls. 28).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Como será detalhado à frente, as provas, documentos e relatos constantes dos autos são suficientes para a formação do convencimento, diante da inexistência de quaisquer fatos concretos que possam apontar para a ocorrência de imparcialidade por parte do Magistrado arguido.

No caso em tela, a produção de outras provas seria inútil e não teria o condão de influenciar a decisão de arquivamento da arguição. Por isso, afasta-se desde logo a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

No mais, verifica-se que os agravantes repetem a argumentação já analisada por este Relator quando do julgamento da exceção de suspeição em questão. Respeitadas as ponderações feitas, o presente recurso não se funda em argumento novo capaz de modificar a decisão monocrática proferida, que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário.

Funda-se a arguição de exceção fundamentalmente em duas suposições: a primeira, de que há amizade íntima entre o arguido, o requerido nos autos principais e o advogado deste, Dr. José Marcelo Menezes Vigliar; b) a segunda, de que o arguido teria antecipado, ao requerido nos autos principais, decisão de converter em diligência o julgamento das apelações interpostas naqueles autos. Nada disso foi demonstrado. As partes na ação originária controvertem sobre o horário de publicação que o requerido Felippe Mendonça lançou em sua página no *Facebook* na qual fez declaração que dá a entender que sabia do resultado do julgamento, havendo alegações mútuas de falsidade (o requerido Felippe Mendonça alega que foi em horário posterior à decisão proferida na sessão de julgamento, enquanto que os arguentes sustentam que foi antes).

Para melhor clarificar a contenda, transcrevo parte da decisão ora agravada:

> "Informam os arguentes que foram clientes do Advogado FELIPPE MENDONÇA, mas agora lhe movem ação de prestação de contas a respeito de honorários advocatícios cobrados, na qual, em sentença de primeiro grau, veio este a ser condenado ao pagamento de R$ 20.109,00 (vinte mil, cento e nove reais), mais juros e correção, além de despesas processuais e honorários de advogado. Em apelações interpostas por ambas as partes, após voto do Relator e Segundo Juiz que negavam provimento, pediu vista o Magistrado arguido; na sessão subsequente, o julgamento foi convertido em diligência, por votação unânime, para nova verificação quanto aos documentos dos autos.
>
> Alegam que, antes mesmo de começar a sessão na qual veio a ser decidido pela conversão do julgamento em diligência (iniciada às 13h30min do dia 08.11.16), o Advogado FELIPPE MENDONÇA dela teve conhecimento, tanto que postou em sua página do Facebook, às 13h03min do mesmo

Acesso ao Sumário

dia a seguinte declaração: *'No momento de resignação, quando admiti a derrota, caso viesse, ainda que absolutamente injusta, pois de resto não posso reclamar da minha vida, apenas nesse momento, quando a derrota parecia certa, uma luz se ascendeu* (sic) *sobre meus julgadores e fez brilhar a razão do meu apelo. A briga ainda não terminou, mas agora as coisas parecem ir para os seus devidos lugares. Obrigado Marcelo Vigliar, Manoel Dias e Thais Jurema da Silva.'* Ainda, às 13h21min, daquele dia, postou: *'E com respeito aos demais, – desculpem-me pelas palavras de desabafo –, mas aos que querem meu mal: VTNC!'* (fls. 03).

Declaram os arguentes que, por meio de pesquisa na internet, constataram que: a) o requerido foi aluno do arguido e de seu advogado JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR em curso de especialização; b) há fotos do réu com o arguido em rede social, bem como *'declarações de amizade'*; o arguido e o advogado participaram juntos em bancas examinadoras, cursos, e são coautores do mesmo livro; c) o arguido já votou a favor do requerido em outro processo.

Compareceu aos autos o requerido FELIPPE MENDONÇA, e apresentou a petição de fls. 125/129, acompanhada de documentos, pela qual afirma que *'há fortes indícios de adulteração de documento'* por parte dos excipientes, uma vez que a declaração sobre o julgamento no Facebook teria sido postada às 14h03min do dia 08.11.16, depois, portanto, da decisão de conversão em diligência, sendo que inclusive compareceu perante um tabelião para lavrar declaração nesse sentido. Consignou que *'[o] processo em questão foi o número 9 da pauta de julgamento e, presente na secção* (sic)*, foi pedida preferência pelo Apelante. Por volta das 13h55min houve o anúncio da decisão de conversão em diligência, levando o Apelante, que sofre pela má-fé constante dos Excipientes, a sair da sala de julgamento chorando e comemorando, momento em que enviou mensagens a sua namorada, ao seu advogado Dr. Manoel e a fazer comentários extravasando suas emoções na sua página do Facebook.'*

O Excelentíssimo Magistrado arguido prestou informações por meio de ofício (fls. 135/140), consignando, em resumo que: a) no julgamento das apelações das partes, após os votos do Relator e Segundo Juiz pelo improvimento, pediu vista dos autos diante dos termos da sustentação oral realizada pela Dra. Thais Jurema Silva; b) a sessão seguinte foi instalada às 13h30min, e, tendo recebido a palavra, fez rápidas ponderações sobre a prova pericial e a identificação de algumas inconsistências, propondo a conversão do julgamento em diligência, o que de fato foi determinado, por votação unânime; c) os motivos da exceção são infundados; d) não houve antecipação da conversão do julgamento em diligência; e) sequer conhecia o requerido FELIPPE MENDONÇA; f) não é professor da EPD, apenas foi convidado a ministrar duas aulas há mais de dez anos; g) nunca deu aula na ESDC e não foi professor do réu; h) não há fotos suas ou declarações de amizade com o réu; i) nunca fez banca de TCC

Acesso ao Sumário

com o réu; j) o ingresso do Advogado JOSÉ MARCELO VIGLIAR nos autos ocorreu apenas em 16.11.16, após, portanto, a sessão em que o julgamento foi convertido em diligência (08.11.16); k) não existe a alegada amizade íntima com o Advogado JOSÉ MARCELO VIGLIAR, uma vez que são apenas colegas de magistério; l) participaram de obra coletiva sobre o Código de Processo Civil e de três bancas acadêmicas (uma de doutorado e duas de mestrado), mas nunca esteve na residência deste, nem o inverso; m) não tem nenhum interesse em favorecer qualquer das partes neste processo, e jamais agiria assim.

Manifestaram-se, então, os arguentes, negando qualquer alteração a respeito do *'post'* do requerido no Facebook e argumentando que consta do site da própria empresa um tutorial sobre como podem ser alterados pelo próprio usuário as datas e horários de suas inserções naquela plataforma (fls. 154/159, 163/171 e documentos encartados a fls. 160/161). Finalmente, o requerido também negou alteração das inserções, afirmando que está disposto a fornecer a senha pessoal a perito que eventualmente venha a ser nomeado, assim como autoriza os administradores do Facebook a fornecer as informações que a eles sejam solicitadas (fls. 179/181 e documentos de fls. 182/188)."

O M.M. Juiz, chamado a manifestar-se neste agravo regimental, novamente repeliu as alegações de suspeição (fls. 21/35):

"**Em primeiro lugar**, como já dito e redito, **não houve antecipação da conversão do julgamento em diligência**. Aberta a sessão às 13h00min, o Desembargador Presidente e relator das apelações concedeu-me a palavra e votei pela complementação da prova [art. 932, I, do NCPC]. **Só isso**." (fls. 28).

"**Em segundo lugar**, quanto ao réu Felippe Mendonça, veementemente, afirmo que não o conhecia **[a primeira vez que o vi foi por ocasião da apreciação do recurso de apelação]**. **Não sou professor da EPD**, mas fui convidado a ministrar duas aulas há mais de dez anos [ver declaração de fls. 102 – **doc. 04**]. **Nunca** dei aula na ESDC: não fui professor do réu [ver declaração de fls. 103 – **doc. 05**]. **Não há fotos minhas ou declarações de amizade com o réu [fls. 25, 26, 30 e 98 dos autos da exceção]**. Nunca fiz banca de TCC com o réu. Tudo não passa de ilações vazias e enfadonhamente repetidas pelos agravantes." (fls. 28)

"**Em terceiro lugar**, quanto ao Dr. José Marcelo Vigliar, o ingresso desse advogado, pelo que se denota do **documento de fls. 06** [fls. 104/107], ocorreu **APÓS A SESSÃO DO DIA 08 DE NOVEMBRO DE 2016**. O substabelecimento que os excipientes questionam foi PROTOCOLADO no Tribunal de Justiça no dia **16/11/2016, às 12h56min**, e juntado aos autos em **17/11/2016**, ou seja, nove dias depois da conversão do julgamento em diligência. **ESSE ADVOGADO NÃO SUBSCREVEU NENHUMA PETIÇÃO, NÃO FEZ SUSTENTAÇÃO ORAL E NÃO APRESENTOU MEMORIAIS. BASTA ANALISAR OS AUTOS [VER**

Acesso ao Sumário

CERTIDÃO – DOC. 02 – FLS. 100].

E mais, não existe também a alegada **AMIZADE ÍNTIMA** com o advogado José Marcelo, ex-integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo. José Marcelo e eu somos apenas colegas de magistério. Nunca frequentei a casa do Professor José Marcelo; ele nunca esteve na minha casa [sequer sei seu endereço residencial ou profissional]. Conheci o Dr. José Marcelo no curso coordenado pelo Desembargador Antonio Carlos Marcato. Por força dessa vinculação com o Curso Marcato é que participamos de obra coletiva sobre o Código de Processo Civil (1ª edição de 2004, 2ª edição, 2005; 3ª edição, 2008). Aliás, todos os coautores participantes eram professores de processo civil e tinham certa ligação, direta ou indiretamente, com o curso do Desembargador MARCATO... **Desliguei-me do Curso Marcato em 2006**. Não mais tive **contato pessoal** com o professor José Marcelo Vigliar, salvo no que toca à participação em três bancas: uma de doutorado e duas outras de mestrado. Nunca fiz banca de TCC com o Professor José Marcelo. **Novamente: a minha relação com o professor José Marcelo é exclusivamente acadêmica, profissional** (fls. 29/30)".

É sabido que relação profissional acadêmica ou inclusão como "amigo" no Facebook não representam circunstâncias capazes por si de acarretar o reconhecimento de suspeição. Assim já decidiu este C. Órgão Especial, nos autos 2004423-13.2016 (Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti).

Também não se indica especificamente o suposto interesse do ilustre Magistrado na solução da causa, e as apelações interpostas sequer foram julgadas (houve apenas conversão do julgamento em diligência).

Evidentemente, e tirante situações de dolo, decisões contrárias ao interesse da parte, também não são passíveis de modificação pela via da arguição de suspeição.

Nessa esteira:

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

– Alegação de parcialidade de magistrado fundamentada na prolação de decisões judiciais que lhes foram desfavoráveis no conteúdo e pela demora – Alegações genéricas e sem comprovação – Prática de atos processuais decorrentes do regular exercício da função jurisdicional.

– Ausência de indicação de indícios concretos, passíveis de denotar parcialidade do julgador. – Inexistência de relacionamento pessoal, amizade ou inimizade entre o Magistrado e as partes – Excepto que não tem interesse no resultado da demanda.

– Parcialidade que não se caracteriza pela simples prolação de decisões desfavoráveis, as quais devem ser atacadas pelas vias recursais adequadas – Suspeição não configurada.

Exceção rejeitada.

Acesso ao Sumário

(Exceção de Suspeição n.º 0006306-93.2015 da Câmara Especial; Itatiba; julgado em 04.04.16 – Relator Des. Ricardo Dip).

Da mesma forma, estabelece, aliás, a Súmula 88 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça: *"Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa"*. E diversos precedentes da Câmara Especial, também arrolados na decisão de arquivamento desta arguição: exceção de suspeição nº 0055676-11.2015.8.26.0000, relatora Desembargadora Dora Aparecida Martins, j. 4.04.2016; exceção de suspeição nº 0001321-17.2016.8.26.0000, relator Desembargador Salles Abreu, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 14.03.2016.

No que tange à discussão a respeito da inserção pelo advogado FELIPPE MENDONÇA em sua página do Facebook, sobre a decisão de conversão do julgamento em diligência, também, como mencionado alhures, não tem o condão de acarretar a conclusão pela suspeição. E nem ensejaria a necessidade de dilação probatória. Como referido na decisão de arquivamento da arguição, *"[e]m primeiro lugar, não resta claro dos elementos constantes dos autos o efetivo horário em que houve a inclusão da declaração (se às 13h03min ou às 14h03min), de modo que não se pode afirmar sequer se o requerido teve algum acesso indevido a informação sobre o julgamento. Mas nem seria o caso de aqui nos alongar sobre este ponto, porque, em segundo lugar, ainda que isso tenha eventualmente ocorrido, não há nos autos qualquer elemento que permitisse concluir que, se tal ocorreu, a informação tenha sido dada pelo D. Magistrado arguido, cuja reputação é notoriamente ilibada."*

A apuração de eventual falsidade quanto às alegações das partes na ação principal, no tocante ao horário em que foi realizada a inserção, pode ter repercussão na esfera penal e por isso deve ser investigada perante a via adequada. Daí a determinação para expedição de ofício ao Ministério Público (fls. 200 da arguição). Mas nestes autos, que versam sobre a existência ou não de suspeição do magistrado, essa discussão seria inócua, porque, ainda que a inserção do requerido Felippe Mendonça no Facebook, ora em análise, tenha ocorrido antes da decisão de conversão do julgamento da apelação em diligência, não há qualquer elemento que permitisse concluir que informação deste resultado tenha partido do Magistrado.

Acesso ao Sumário

Cumpre salientar, ainda, que este Colendo Órgão Especial, em sessão realizada no dia 17.05 p.p., negou provimento no Recurso interposto no expediente administrativo n.º 225.574/2016 (SEMA 1.1.1), mantendo por votação unânime a r. decisão do Excelentíssimo Corregedor Geral da Justiça, Des. Manoel Pereira Calças, pelo arquivamento da representação fundada nas mesmas alegações, oferecida pelos ora agravantes contra o Magistrado.

A destituição do juiz natural da causa é situação séria, que não se coaduna

com suposições ou especulações.

O acolhimento de exceção de suspeição exige a demonstração de fato concreto que possa macular a imparcialidade do juiz (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009). No mesmo sentido: (AgRg na ExSusp 123/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 15/04/2014).

Dessa forma, não há razões que recomendem a reconsideração, anulação ou reforma da decisão hostilizada.

Cabe assinalar, finalmente, que tenho não ser hipótese de aplicação do disposto no art. 1021, § 4º, do CPC, por não considerar que o recurso tenha sido manejado de forma manifestamente descabida (EREsp 1.20.356, 2ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze).

Do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental, adotados os fundamentos da decisão monocrática de fls. 191/200.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2057688-90.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado 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: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.025 (O.E.))**

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, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 7 de junho de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. Decisão que indeferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objetivo é a suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 12.689, de 13 de março de 2017, de iniciativa parlamentar, que cria "Pipódromos no Município de São José do Rio Preto". Ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da cautela. Ilegalidade ou abuso de poder inexistentes. Agravo não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de AGRAVO REGIMENTAL interposto pelo PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO de decisão que, em sede de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, indeferiu requerimento liminar para suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 12.689, de 13 de março de 2017, de iniciativa parlamentar, que cria ***"Pipódromos no Município de São José do Rio Preto"***.

Pretende o agravante a reforma da decisão agravada, sob a alegação de haver prova da verossimilhança da alegação de invasão das atividades próprias do Poder Executivo local, existindo risco de ineficácia da tutela final, inclusive, com a criação de despesas sem previsão legal para tanto.

O agravado apresentou contraminuta, na qual manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 12/18).

É o relatório.

A decisão agravada está lavrada, em parte, nos seguintes termos, sendo de rigor a sua manutenção:

> ***"A concessão de medida liminar, em sede de cognição sumária, requer a existência do fumus boni iuris e do periculum in mora, requisitos que não considero presentes no caso concreto.***
>
> ***Em análise perfunctória, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar. Primeiramente, porque a lei atacada não trata de qualquer daquelas matérias elencadas no artigo 24, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, como de competência legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Quanto à criação de obrigações à Administração Pública, caberá ao Executivo Municipal regulamentar a norma no que couber (artigo 3º), não tendo sido estabelecido, no texto legal, prazo para tal regulamentação. E, ao menos por ora, a falta de indicação de fonte de custeio, por si só, não justifica a suspensão liminar da eficácia***

Acesso ao Sumário

da norma, acarretando, tão somente, sua eventual inaplicabilidade, ressaltando-se que não restou demonstrado, prima facie, que a medida prevista representa incremento de despesas. Por fim, o requerente não comprovou a existência de prejuízo à municipalidade decorrente da aplicação da norma.

Doutro bordo, é importante observar que a Lei nº 10.631, de 24 de maio de 2010, também do Município de São José do Rio Preto, que teve sua inconstitucionalidade declarada no julgamento da ADI nº 0276827-25.2010.8.26.0000 (TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Antônio Carlos Malheiros, j. 02/02/2011), ao criar área de pipódromo naquela localidade, o fez de modo mais específico do que no presente caso, tendo determinado, expressamente, que o pipódromo em questão deveria ser estabelecido em um dado bairro daquela Cidade, em 'área pública demarcada pelo Poder Executivo para o fim específico' (artigo 2º), vinculando apoio à medida por parte Departamento de Esportes Comunitários da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer (artigo 3º) e prevendo a celebração de 'convênios e contratos com públicos ou privados, especialmente com as Associações de Bairros, visando à promoção de concursos e outros eventos concernentes' (artigo 3º, parágrafo único), tendo sido estabelecido o prazo de noventa dias para que o Prefeito Municipal regulamentasse a lei em questão (artigo 4º). Ou seja, ao menos nesta fase processual, não se vislumbram idênticas as situações aventadas na petição inicial. Do exposto, indefiro a liminar pleiteada".

O agravo regimental é recurso adequado apenas à constatação da regularidade formal e da legalidade da decisão impugnada, e, no caso ora em exame, a interposição tem por objetivo a reavaliação do pleito originário pelo Órgão Colegiado.

O presente recurso visa à análise de questões pertinentes ao mérito da pretensão objeto do mandado de segurança. A decisão agravada não apresenta qualquer irregularidade, estando devidamente justificado o indeferimento da liminar, diante da ausência dos requisitos legais para tanto. Assim, a decisão agravada não configurou ilegalidade ou abuso de poder, não sendo, portanto, passível de correção pela via do agravo regimental.

Acesso ao Sumário

E, como restou assentado na decisão atacada, não se verifica, de plano, o aventado vício de iniciativa, uma vez que a norma não trata de qualquer das matérias de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo (artigo 24, § 2º, da Constituição Estadual). Ademais, o texto legal não estabeleceu prazo para regulamentação, o que se dará pelo Prefeito Municipal, não se justificando a suspensão dos efeitos da lei local, tão somente, pela falta de indicação das fontes de custeio necessárias à implementação da medida, o que, a rigor, é passível de gerar, exclusivamente, sua inaplicabilidade. Não restou demonstrado, ainda,

prejuízo à Municipalidade, Por fim, assentou-se na decisão agravada que a Lei nº 10.631/2010, também de São José do Rio Preto, declarada inconstitucional pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal (ADI nº 0276827-25.2010.8.26.0000), previa a criação de um "pipódromo" naquela cidade, o fazendo, contudo, de modo mais específico do que a norma ora impugnada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0017497-37.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM O INCIDENTE. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ E RICARDO ANAFE", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.610)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos – Itens "7" e "7.2" do Capítulo VI do Anexo I da Lei Estadual nº 15.266, de 26 de dezembro de 2013 – Cobrança decorrente do policiamento ostensivo preventivo realizado pela Polícia Militar no Grande Prêmio Brasil de Fórmula 1 (2015) – Serviço *uti universi* - Polícia Militar tem a

Acesso ao Sumário

obrigação constitucional de adotar medidas na área da segurança pública, cujo serviço satisfaz interesse geral da população e não de pessoas individualmente consideradas – Ausência do caráter de especificidade e individualização exigido para cobrança do tributo – Violação ao art. 145, II, da Constituição Federal – Inconstitucionalidade declarada – Incidente conhecido e acolhido.

VOTO

Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face dos itens "7" e "7.2" do Capítulo VI do Anexo I da Lei Estadual nº 15.266, de 26 de dezembro de 2013, a qual dispõe sobre a Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos – TFSD, sob o fundamento de violação ao artigo 145, II, da Constituição Federal.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 232/240), pelo conhecimento do incidente e seu acolhimento.

É o relatório.

A presente arguição de inconstitucionalidade comporta ser conhecida e acolhida.

Assim estão redigidos o artigo 28 da Lei Estadual nº 15.266/2013 e os itens "7" e "7.2" do Capítulo VI do Anexo I:

"Art. 28. A Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos – TFSD tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a prestação, efetiva ou potencial, dos serviços públicos específicos e divisíveis previstos no Anexo I desta Lei.

(...)

Capítulo VI

(...)

7. Policiamento, quando solicitado, efetuado em espetáculos artísticos, culturais, esportivos e outros, desde que realizados em ambiente fechado ou em área isolada, aberta ou não, com finalidade lucrativa. (...)

7.2. Policiamento ostensivo preventivo, por turno de serviço e por policial fardado empregado, independentemente da classe a que pertencer, realizado pela Polícia Militar".

A Constituição Federal em seu artigo 145, inciso II, possibilita aos entes federativos instituírem *"taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição"*.

Acesso ao Sumário

A questão aqui discutida é se a criação da Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos, criada pela Lei Estadual nº 15.266/2013, referente a policiamento ostensivo preventivo em espetáculos diversos, viola ou não a matriz constitucional. E a resposta é afirmativa.

De se esclarecer que a taxa aqui em debate não se refere àquela decorrente do exercício do poder de polícia, atrelada ao poder de fiscalização que a Administração Pública exerce sobre os administrados, não se confundindo com as atividades de manutenção da ordem ou segurança pública e nem com as da polícia judiciária.

Estamos aqui diante de taxa, em tese, criada em decorrência da prestação de serviço público específico (*uti singuli*) e divisível.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, na obra DIREITO ADMINISTRATIVO, 29ª edição, Editora Forense, p. 148, ensina que:

"(...) Serviços uti singuli *são aqueles que têm por finalidade a satisfação* ***individual*** *e* ***direta*** *das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público: prestação de utilidade ou comodidade fruível* ***diretamente*** *pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social)".*

Fazendo a análise do caso em questão, verifica-se a inconstitucionalidade da criação da Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos, na medida em que é impossível a individualização do serviço de segurança pública, pois disponibilizado a toda a coletividade. Não se pode considerá-lo serviço público divisível, passível de cobrança de forma individualizada de cada cidadão beneficiado com o policiamento militar ostensivo e preventivo destacado para o evento (Grande Prêmio Brasil de Fórmula 1 – 2015).

A segurança pública, conforme artigo 144, *caput*, da Constituição Federal é dever do Estado, bem assim direito e responsabilidade de todos, portanto, serviço público *uti universi*, prestado à coletividade, não podendo ser usufruído *uti singuli*¸ de forma que não se enquadra no conceito contido no artigo 145, II, da Constituição Federal.

Como bem assentou a douta Procuradoria Geral de Justiça, *"embora os dispositivos normativos impugnados tenham buscado dar uma conformação específica e divisível ao serviço de policiamento ostensivo prestado por ocasião de espetáculos artísticos, culturais, desportivos e congêneres com finalidade lucrativa, não se pode afirmar que exista possibilidade de avaliação da utilização efetiva ou potencial individualmente considerada do serviço. O serviço de policiamento ostensivo nestes espetáculos é prestado a toda a comunidade e não apenas ao sujeito passivo do tributo, na hipótese a pessoa física ou jurídica que solicitar o policiamento. (...) haja ou não requerimento de*

policiamento ostensivo para espetáculos públicos, sejam eles gratuitos ou não, a Polícia Militar tem a obrigação constitucional de adotar medidas na área da segurança pública, pois a ela é atribuído o dever de atuar na preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...) que satisfaz interesse geral da população e não de pessoas individualmente consideradas (...) beneficia uma coletividade indeterminável: o público do evento, e outro público difuso constituído dos moradores da vizinhança, dos transeuntes e de toda a população que circula pelo local".

Nesse sentido, precedente deste Órgão Especial, em caso semelhante, reconheceu a inconstitucionalidade da mesma taxa criada por lei estadual anterior:

> 0247796-86.2012.8.26.0000 Arguição de Inconstitucionalidade / Estaduais
>
> **Relator:** Luis Ganzerla
>
> **Comarca:** São Paulo
>
> **Órgão julgador:** Órgão Especial
>
> **Data do julgamento:** 30/01/2013
>
> **Data de registro:** 19/02/2013
>
> **Ementa**: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Taxa de Fiscalização e Serviços Diversos Art. 1º, Tabela A, itens 6 e 6.2 da Lei Estadual n° 7.645/91 Cobrança decorrente do policiamento ostensivo realizado pela Polícia Militar nas festividades do Carnaval de 2001 Inconstitucionalidade configurada Serviço uti universi, despido do caráter de especificidade e individualização exigido para cobrança do tributo Arguição acolhida Nos termos do art. 145, II, da Constituição Federal, as taxas só poderão ser instituídas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Patente, portanto, o desrespeito ao artigo 145, inciso II, da Constituição Federal.

Em vista disso, pelo meu voto, conheço do presente incidente que fica acolhido para declarar a inconstitucionalidade dos itens "7" e "7.2" do Capítulo VI do Anexo I da Lei Estadual nº 15.266, de 26 de dezembro de 2013.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0013697-98.2017.8.26.0000, da Comarca de Registro, em que é suscitante 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL

DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM O INCIDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.160)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – art. 12, da Lei Complementar nº 45/09, do Município de Registro, que estabelece a jornada semanal de trabalho do docente – Afronta ao art. 144 da Constituição do Estado – Incidente acolhido.

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 1ª Câmara de Direito Público, em face do art. 12, da Lei Complementar nº 45/09, do Município de Registro, que estabelece a jornada semanal de trabalho do docente.

O V. Acórdão que suscitou, que a norma se encontra em dissonância com a Lei Federal nº 11.738/08, que em seu art. 2º, § 4º, estabelece que na composição da jornada de trabalho observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela admissão do incidente (fls. 230/237).

É o relatório.

Assim dispõe a norma em exame:

Art. 12. A jornada semanal de trabalho docente é constituída de horas em atividades com alunos, de horas de trabalho pedagógico coletivo, de horas de atividades complementares e horas de trabalho pedagógico em local de livre escolha pelo docente, a saber:

Acesso ao Sumário

I. Professor de Desenvolvimento Infantil, Professor de Ensino Infantil, Professor de Ensino Fundamental, Professor de Educação Especial e Professor de Educação Física: Jornada de 30 (trinta) horas semanais, composta por:

a. 25 (vinte e cinco) horas de trabalho com alunos.

b. 02 (dois) horas de trabalho pedagógico em atividades coletivas.

c. 03 (três) horas em local de livre escolha pelo docente.

II. Professor Substituto de Ensino Fundamental e de educação infantil – jornada de 25 (vinte e cinco) horas semanais, composta por:

a. 25 (vinte e cinco) horas de trabalho incluídas as 03 (três) horas de trabalho pedagógico em atividades coletivas.

III. Professor Substituto de Educação Infantil: jornada de 25 (vinte e cinco) horas semanais, composta por:

a. 25 (vinte e cinco) horas de trabalho incluídas as 03 (três) horas de trabalho pedagógico em atividades coletivas.

IV. Coordenador do Desenvolvimento Infantil, Coordenador Pedagógico, Diretor de Escola, Diretor Adjunto, Supervisor de Ensino; jornada de 40 horas semanais.

Parágrafo Único. Fica assegurado ao docente, 25 (vinte e cinco) minutos consecutivos de descanso, por período letivo.

Existe, porém, um claro conflito de normas, quando se coteja a Lei Federal nº 11.738/08, que, em seu art. 2º, § 4º, estabelece que:

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

Sendo que a norma federal possui diretrizes de abrangência nacional, sua observância é obrigatória pelos Estados e Municípios.

Nesse passo, o art. 144 da Constituição Estadual, ao dispor que os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos nela própria e na Constituição Federal, nos remete à técnica de remissão normativa, onde o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o "corpus" constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo.

Dessa forma, a Constituição Federal autoriza que os Municípios suplementem tanto a legislação federal, quanto a legislação estadual, no que diz respeito ao interesse local, mas não autorização legislar alternativamente.

Acesso ao Sumário

Isto posto, acolhe-se o incidente, para reconhecer a inconstitucionalidade das alíneas *a*, *b*, *c* do inciso I, bem como a alínea *a*, do inciso II, e alínea *a*, do inciso III, todas do art. 12 da Lei Complementar nº 45/09 do Município de Registro, determinando o retorno dos autos à Turma Julgadora, para complementação do julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016160-13.2017.8.26.0000, da Comarca de Palmeira D'Oeste, em que é suscitante 8ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39908)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 7 de junho de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 004, de 22 de maio de 2012, do Município de Palmeira D'oeste, que alterou o § 3º do artigo 93 da Lei Complementar nº 003, de 11 de setembro de 2009. Atribuição das parcelas Funcional e Patronal do IPREM aos servidores licenciados para tratar de interesses particulares. Cabimento do incidente. Controle difuso que está cometido ao C. Órgão Especial (Súmula Vinculante 10 do STF). Inconstitucionalidade evidente. Regimes Próprios de Previdência Social

Acesso ao Sumário

do setor público que são lastrados nos pilares da contribuição e solidariedade, determinada a obrigatória participação do poder público. Afronta direta ao artigo 40 da Carta Republicana. Doutrina e precedente da Casa. ARGUIÇÃO ACOLHIDA para dar ao diploma exegese conforme a Constituição Federal sem redução de texto.

VOTO

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela **E. 8ª Câmara Extraordinária da Seção de Direito Público** deste Tribunal por ocasião do julgamento de apelação interposta pela Prefeitura Municipal de Palmeira D'Oeste à r. sentença que concedeu a segurança pretendida pela Impetrante.

O incidente veio a lume com o fito de obter deste Colendo Órgão Especial a análise da constitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar nº 004, de 22 de maio de 2012, do Município de Palmeira D'Oeste, que alterou a redação nativa § 3º do art. 93 da Lei Complementar nº 003, de 11 de setembro de 2009.

O objeto do *writ* aforado tem a ver com a atribuição das parcelas "(...) *'Funcional e Patronal' do IPREM* (...)" aos servidores licenciados para tratar de interesses particulares, determinação essa, assim vê a Autora, violadora do direito líquido e certo de recolher tão somente a sua parte (11%), daí a formulação de se ver exonerada da porção patronal (22%).

Vindo os autos a este C. Tribunal de Justiça, a digna Câmara Suscitante entendeu estar presente o debate da constitucionalidade do art. 1º da lei em voga em face do art. 40 da Constituição Federal, daí a remessa a este Emérito Órgão Especial para a devida apreciação, em justa homenagem à Súmula Vinculante nº 10 do Colendo Supremo Tribunal Federal e bem assim ao art. 193 do Regimento Interno desta Corte.

É O RELATÓRIO.

De pronto, cumpre assinalar que o incidente instaurado é passível de crítica por parte deste Elevado Órgão Especial.

Cuidando-se de provimento a operar o cotejo de dispositivo legal com a Constituição da República, a competência a tal mister está dedicada, no âmbito dos tribunais, à "(...) *maioria de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial* (...)" (CF, art. 97), cânone conhecido juridicamente pela expressão reserva de plenário, cujo texto restou aprimorado pela Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal: *Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do*

poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Além disso, inexiste, no âmbito deste C. Órgão Especial, como também do plenário do Supremo Tribunal Federal, pronunciamento acerca do assunto trazido, de sorte a não incidir o veto previsto no parágrafo único do art. 949 das modernas disposições processuais.

Em fechamento ao atual tema, calha registrar que o controle a ser feito tem caráter difuso, de maneira que não se prestará – adiante – a ancorar quaisquer outros incidentes ou pretensões por parte de terceiros, dada a sua exclusiva eficácia *inter partes*.

No mérito, a preocupação revelada procede.

O documento legal tem a seguinte composição:

"Art. 1º – O § 3º, do Artigo 96, da Lei Complementar nº. 003, de 11 de setembro de 2009, passa a vigorar com a seguinte redação:

'§ 3º. O servidor que se licenciar para Tratar de Interesses Particulares está obrigado a contribuir para com as parcelas 'Funcional e Patronal' no IPREM'.

Art. 2º – Esta Lei Complementar entrará em vigor da data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Dispensada a narrativa histórica acerca dos Regimes Próprios de Previdência Social aplicáveis aos servidores das pessoas de direito público, nelas inseridas as autarquias e fundações, é certo afirmar que o sistema vigente evoluiu a partir da Emenda Constitucional nº 41, estabelecidos, na dicção do artigo 40 do Diploma Fundamental brasileiro, seus dois pressupostos basilares: (**1**) o caráter contributivo e solidário e (**2**) a participação de todos na formação de seus recursos, incluindo os entes públicos. Confira-se:

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critério de que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo."

É bem verdade que a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, ensaiara a tessitura do novel sistema, cujos artigos 2º e 3º fixaram os primeiros critérios da contribuição devida por todos os partícipes, critérios esses que, a seguir, restaram apurados pela intervenção da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004 (alterada pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012), que não apenas os reescreveu, mas também que cuidou de arranjar a alíquota cabível aos servidores, a se tornar padrão àquela devida pelos personagens da administração pública.

A saber:

Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998.

Acesso ao Sumário

"[...] *Art. 2º - A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos regimes próprios de previdência social a que estejam vinculados seus servidores não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição.*

(...)

Art. 3º - As alíquotas de contribuição dos servidores ativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para os respectivos regimes próprios de previdência social não serão inferiores às dos servidores titulares de cargos efetivos da União, devendo ainda ser observadas, no caso das contribuições sobre os proventos dos inativos e sobre as pensões, as mesmas alíquotas aplicadas às remunerações dos servidores em atividade do respectivo ente estatal. [...]"

Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

"[...] *Art. 4º - A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre:* [...]"

Por óbvio que a atualização levada a termo obedeceu aos critérios determinados pela EC nº 41, cujo norte, insista-se, é imperioso: "[...] *Art. 40. (...) é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas* [...]".

Nessa liça, a novidade proposta pela Lei Complementar em destaque está em irregular rota de colisão com o Texto Maior destas terras, censurável, portanto.

A particularidade do caso examinado conduziu ao bem elaborado voto do eminente Desembargador **Roberto Mac Cracken** (ADI 0198454-72.2013.8.26.0000, j. 14.05.2014), assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais e Autárquicos de São José do Rio Preto e Região, por meio da qual se questiona a adequação constitucional do parágrafo único do art. 19, da Lei Complementar Municipal nº 139, de 28 de dezembro de 2001, e também da Instrução Normativa nº 25, de 28 de junho de 2013. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. Nos termos do art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo a autonomia legislativa municipal deve observar tanto as normas da Constituição Bandeirante quanto as da Constituição Federal. E, nessa linha, há inconstitucionalidade material das normas impugnadas, em face da violação ao estabelecido pela Constituição Federal (caput do art. 40) e reproduzido pela do Estado de São Paulo (caput do art. 126), no que tange à forma de financiamento do regime próprio de previdência social

Acesso ao Sumário

dos servidores públicos. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE.

Permitida a tomada de empréstimo de segmento de referido aresto, é possível ler que:

"[...] *Com efeito, enquanto as normas impugnadas atribuem o ônus de contribuição exclusivamente aos servidores afastados ou cedidos, o dispositivo constitucional é claro ao assegurar regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas. Isto é, não há previsão constitucional de obrigação exclusiva do servidor público, mas solidária entre este e o ente público.*

(...)

Na mesma senda, ensina a doutrina pátria: 'A previdência dos servidores só tem como fonte de financiamento o respectivo ente público, os servidores ativos, os servidores inativos (aposentados, reformados, em disponibilidade) e os pensionistas. (...) 8. CARÁTER SOLIDÁRIO. Além de contributivo, o regime se declara também de caráter solidário. Isso tem consequências. Não pode ser uma mera declaração vazia de sentido valorativo, porque a solidariedade implica a redistribuição de rendas segundo as necessidades de cada um. (...) Para caracterizar essa solidariedade não basta aquela previsão do art. 40, caput*, de que o caráter contributivo e solidário se integra também de contribuição dos entes públicos. Pois, se assim se pode entender em relação ao regime geral porque lá – a União assim como os Estados, Distrito Federal e Municípios não constituem partes da relação de trabalho –, o mesmo não se verifica no referente ao regime de previdência dos servidores públicos, porque, aqui, os entes públicos são participantes, na qualidade de empregadores." (José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 364/365 destaque adicionado).*

"2.3. Contribuição do ente federativo. A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos regimes próprios de previdência social a que estejam vinculados seus servidores não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição. O ente federativo será responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do RPPS, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários." (GOES, Hugo Medeiros de. Manual de direito previdenciário, Rio de Janeiro: Ferreira, 2011, p. 644).

A nova redação do art. 40 da Constituição, após a reforma, passa a externar de modo claro a necessidade de cotização também do Ente Federativo, assumindo este a condição de patrocinador do regime básico dos servidores, à semelhança do que ocorre no RGPS. Na verdade, tal condição já era prevista na Lei n. 9.717/98, cabendo-nos apenas esperar

Acesso ao Sumário

se tal encargo será de fato assumido." (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 659/660 destaque adicionado) [...]".

Mais, com a devida vênia, não é preciso.

Ao término, permite-se esta relatoria avultar que a declaração ora exarada prescinde de diminuição de seu texto.

É que a inconstitucionalidade em mira está centrada, tão somente, no mando fincado aos servidores locais na direção de – ao se licenciarem para tratar de interesses particulares – assumirem a parcela "(...) *Patronal* (...)".

Nesse caminhar, dispensável qualquer redução formal do escrito em apreço, haja vista que ele pode sobreviver mesmo com a expressão "patronal", adequando-se a sua eficácia à única exegese que se pode fazer em harmonia com o artigo 40 da Lei Maior brasileira e dos princípios nela inscritos, vale dizer, que os servidores que vierem a se licenciar contribuam com a parcela que lhes cabe: "funcional".

Ante o exposto, **ACOLHE-SE** a presente arguição, para declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "Patronal" contida no artigo 1º da Lei Complementar nº 004, de 22 de maio de 2012, do Município de Palmeira D'Oeste, determinando-se a remessa dos autos à douta Câmara suscitante para concluir o julgamento do recurso de apelação outrora entravado.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0017001-08.2017.8.26.0000, da Comarca de Aparecida, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 37ª 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 PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ADEMIR BENEDITO E XAVIER DE AQUINO", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.399)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA,

BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, ELCIO TRUJILLO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Exceção de suspeição arguida contra Magistrada e serventuário da Justiça – Incidente rejeitado em relação ao servidor e informações prestadas pela Juíza excepta à C. Câmara Especial.

Agravo de instrumento interposto tão-somente contra a decisão que rejeitou a exceção de suspeição arguida em face do serventuário, condenando o excipiente ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé, além da extração de cópias para apuração de eventual crime – Recurso distribuído à 37ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador para conhecer e julgar o recurso representou ao D. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado – Autos redistribuídos à C. Câmara Especial, que suscitou conflito de competência – De acordo com o parágrafo único do artigo 33 do Regimento Interno deste E. Tribunal, a competência da Câmara Especial restringe-se ao julgamento dos incidentes de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau (inciso I com redação dada pelo Assento Regimental nº 552/2016), e não contra funcionários da Justiça – Competência para dirimir a controvérsia aferida consoante matéria tratada na demanda originária – Incidente processado nos autos de inventário – Matéria de competência recursal da Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras), nos termos do artigo 5º, inciso I, item I.10, da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Acesso ao Sumário

Julga-se procedente o conflito de competência, com determinação de redistribuição do agravo de instrumento para uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela Câmara Especial deste Tribunal em face da 37ª Câmara de Direito Privado, tirado de agravo de instrumento interposto por Alex Tavares de Souza contra respeitável decisão que rejeitou a exceção de suspeição arguida em face do serventuário Nestor Gabriel da Silva (fl. 184/187), tendo a Juíza excepta, prestado suas informações em apartado ao E. Tribunal de Justiça (fl. 188/192).

Os autos foram distribuídos à Colenda 37ª Câmara de Direito Privado, que entendendo pela incompetência do órgão julgador, por decisão monocrática, representou ao Excelentíssimo Presidente da Seção de Direito Público desta Corte (fl. 195/196), que determinou a remessa a Colenda Câmara Especial (fl. 199).

Redistribuídos os autos, a Colenda Câmara Especial suscitou conflito de competência (fl. 303/307).

Ciência da douta Procuradoria Geral de Justiça a fl. 309.

É o relatório.

2. A exceção de suspeição foi ofertada por Alex Tavares de Souza em face do Supervisor de Serviço, Nestor Gabriel Silva, como também em face da MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Aparecida. Processado o incidente, houve decisão rejeitando o pedido do agravante com relação ao servidor, condenando o excipiente nas custas decorrentes do incidente, aplicando-lhe multa de 1% do valor da causa por litigância de má-fé, bem como indenização devida ao excepto em 20% também sobre o valor da causa. Com relação à exceção arguida em face da Magistrada, foram por ela prestadas as informações, encaminhando-as ao E. Tribunal de Justiça (fl. 188/192).

Nada obstante o pedido inicial de suspeição voltar-se também contra a Magistrada, é certo que o agravo de instrumento traz em seu bojo pretensão de reforma da decisão que rejeitou a exceção de suspeição do serventuário, condenando o excipiente à multa por litigância de má-fé, além de indenização ao excepto, como sói poderia ser, na medida em que a Colenda Câmara Especial possui competência para o julgamento, tão-somente, de incidentes de suspeição (e impedimento) de juiz de primeiro grau, de acordo com o parágrafo único, inciso I, do artigo 33 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

De outro lado, conforme assentado em caso análogo pelo Colendo Órgão Especial desta Corte, em julgado de Relatoria do eminente Desembargador

Acesso ao Sumário

Renato Sartorelli, *in verbis*: **"cumpre destacar a inadmissibilidade de qualquer recurso voltado contra a postura da excepta que deixou de reconhecer sua parcialidade para solucionar o conflito. Isto porque não se considerando a magistrada suspeita os autos, com as respectivas razões, são necessariamente encaminhados à Câmara Especial pois, como parte, a juíza está naturalmente impedida de julgar a sua própria imparcialidade"** (Conflito de Competência nº 0020913-47.2016.8.26.0000, j. 1º/06/2016). Nesse mesmo sentido: Conflito de Competência nº 0009548-93.2016.8.26.0000, Relator Desembargador João Negrini Filho, j. 27/07/2016.

In casu, o incidente de suspeição foi ofertado nos autos de inventário (processo nº 0005232-21.2014.8.26.0028, Cf. fl. 19 e consulta ao sítio eletrônico do TJSP), o que, ao teor do artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal[1] desloca a competência para a Primeira Subseção de Direito Privado.

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.10 – inventários e arrolamentos**
>
> **(...)**
>
> **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:**
> **(...)"**

Nesse passo, aplicada a regra de competência recursal vigente, resta afastada a competência da Colenda Câmara Especial e fixada a competência de uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado, na medida em que a exceção de suspeição foi ofertada em autos de inventário (Cf. fl. 19).

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente para declarar

Acesso ao Sumário

1 "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."

competente uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado, para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para determinar a redistribuição do agravo de instrumento a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado, competente para o julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0010493-46.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 1ª 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 UMA DAS CÂMARAS COMPREENDIDAS NAS SEÇÕES DE DIREITO PRIVADO II E III 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 28581)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 26 de abril de 2017.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação de regresso – Ajuizamento com a pretensão de receber, da concessionária, reembolso do pagamento feito pela autora, como seguradora, a segurado, consistente nos prejuízos advindos de danos de equipamentos após oscilação brusca na rede elétrica – Responsabilidade

Acesso ao Sumário

objetiva da prestadora que se apresenta de forma reflexa, já que o pedido inicial se pauta na sub-rogação da demandante nos direitos do segurado devido à alegada prestação de serviço de energia elétrica inadequada – Competência preferencial das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III – Redistribuição – Conflito procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que a demanda versa sobre relação contratual decorrente de alegado serviço prestado inadequadamente, o que possui relação típica de direito do consumidor, ou seja, de natureza de direito privado, cuja competência recursal pertente à Seção de Direito Privado.

É o relatório.

Como se tem decidido, a competência firma-se pelos termos do pedido inicial, a teor do art. 103 do RITJSP.

Como se vê, o cerne da discussão é a pretensão de recebimento de reembolso dos valores que a autora teve de pagar ao segurado, conforme contrato de seguro firmado entre eles, em razão de danos causados a equipamentos após uma oscilação brusca da rede elétrica, tendo apenas como fundamento a prestação de serviço de energia elétrica pela concessionária, aqui ré.

Com efeito, não se trata diretamente de invocação de responsabilidade objetiva da concessionária, a qual se encontra de maneira reflexa no pleito por ele se basear em contrato de fornecimento entre o segurado e a concessionária e não em contrato entre a própria seguradora e a prestadora do serviço, mas sim de pretensão decorrente da sub-rogação da seguradora nos direitos advindos da alegada inadequação na prestação de serviço.

Acesso ao Sumário

Nos termos da Resolução nº 623/2013, com alterações feitas pela Resolução nº 693/2015, a competência para julgar ações sobre "locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia", conforme o disposto no § 1º do art. 5º, pertence às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado (Subseções II e III). Ademais, de acordo com o estabelecido no art. 5º, II.9 e III.13, será atribuição dessas câmaras o julgamento de ações de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matérias de competência da própria Subseção.

Sobre o tema, confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Recurso de apelação interposto em ação regressiva ajuizada por companhia seguradora em face de concessionária de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica para ressarcimento de despesas que suportou para reparo de danos causados em equipamentos de condomínio segurado – Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP – Petição inicial que invoca a responsabilidade objetiva da demandada de forma meramente reflexa, pautando sua pretensão nos direitos decorrentes do alegado descumprimento do contrato de prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica existente entre a Elektro e o Condomínio Edifício Itaguassu Itaguaré, nos quais se subrogou em razão da execução do contrato de seguro residencial – Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 11ª a 38ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 5º, inciso III, item III.13, e § 1º, da Resolução n° 623, de 6/11/2013, deste Tribunal de Justiça – Conflito conhecido e provido para fixar a competência da suscitada 35ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso. (Conflito de Competência nº 0205319-14.2013.8.26.0000 – Órgão Especial – Campinas – Rel. Paulo Dimas Mascaretti – J. 05/02/2014)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação regressiva ajuizada por companhia seguradora em face de concessionária de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica para ressarcimento de despesas que suportou para reparo de danos causados em equipamentos da segurada – Competência que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP – Responsabilidade objetiva da demandada de forma meramente reflexa, por se tratar de descumprimento do contrato de prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, nos quais se subrogou em razão da execução do contrato de seguro – Competência de uma dentre as Câmaras que compõem a Segunda e Terceira Seções de Direito Privado (11ª a 38ª Câmaras). Inteligência do artigo 5º, inciso III, item III.13, § 1º, da Resolução n° 623, de 6/11/2013 desta Corte. Conflito conhecido e provido para, entretanto, remeter os autos a nova distribuição para uma dentre as Câmaras que compõem a Segunda e Terceira Seções de Direito Privado (11ª a 38ª Câmaras). (Conflito de Competência nº 0054672-02.2016.8.26.0000 – Órgão Especial – Taubaté – Rel. Xavier de Aquino – J. 07/12/2016)

Entretanto, considerando-se que tanto a suscitante quanto a suscitada não se enquadram na previsão da competência recursal, o recurso deve ser redistribuído a uma das câmaras compreendidas entre as mencionadas 11ª e a 38ª de Direito Privado.

Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente uma das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e

Acesso ao Sumário

III a conhecer e julgar a Apelação nº 0144468-05.2010.8.26.0100.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016873-85.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 32ª 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 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.275)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DE AUTARQUIA MUNICIPAL – TEMA RELACIONADO A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA – COMPETÊNCIA PREFERENCIAL E COMUM DAS SUBSEÇÕES DE DIREITO PRIVADO II E III EM RAZÃO DA MATÉRIA VERSADA NA DEMANDA – DEFINIÇÃO QUE SE DÁ PELOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO

RITJSP) – ARTIGO 5º, PARÁGRAFO 1º, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA".

"O artigo 5º, parágrafo 1º, da Resolução nº 623/2013, atribui às Câmaras numeradas entre 11ª a 38ª da Seção de Direito Privado competência preferencial e comum para o julgamento das ações relativas a prestação de serviços regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços de fornecimento de água".

VOTO:

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 7ª Câmara de Direito Público em face da 32ª Câmara de Direito Privado, nos autos da Apelação nº 1000037-59.2014.8.26.0506.

A E. 32ª Câmara de Direito Privado, por acórdão da relatoria do ilustre Desembargador Kioitsi Chicuta, não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público porquanto a matéria debatida tem por fundamento atos administrativos e a consequente responsabilidade civil do Estado *(artigo 3º, incisos I.2 e I.7, da Resolução nº 623/2013)*, não se inserindo na competência preferencial das 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado deste C. Tribunal de Justiça *(fls. 220/224)*.

Por sua vez, a E. 7ª Câmara de Direito Público, através de acórdão da lavra do ilustre Desembargador Coimbra Schmidt, discordou desse entendimento aduzindo que o tema discutido é alheio ao Direito Público, ainda que circunstancialmente uma das partes seja autarquia, sendo de Direito Privado o vínculo jurídico subjacente à causa de pedir *(fls. 227/232)*.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecida a competência da C. Câmara suscitada *(fls. 247/254)*.

É o relatório.

Assiste razão à Câmara suscitante.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais movida em desfavor de autarquia municipal prestadora de serviço público, que não estaria fornecendo o serviço de água de forma contínua, a despeito dos pagamentos regulares das contas de consumo, gerando transtornos aos requerentes da demanda originária.

A causa não diz respeito ao contrato administrativo de concessão ou à responsabilidade civil do Estado, inferindo-se da inicial que *"... a obrigação*

Acesso ao Sumário

de fazer está contemplada nos artigos 247 e seguintes do Código Civil, bem como, no caso em tela, por tratar de dever contratual, também nos artigos 421 e seguintes do mesmo diploma civil" (fl. 02), invocando-se a responsabilidade objetiva da ré com base no Código de Defesa do Consumidor *(cf. fls. 05/06)*.

Vale dizer, a controvérsia está relacionada diretamente ao contrato de prestação de serviços de fornecimento de água, refugindo da competência da E. 7ª Câmara de Direito Público, ainda que figure no polo passivo autarquia municipal, sendo certo que a qualidade da parte não desloca a competência para aquele órgão fracionário *(Conflito de Competência nº 0044408-57.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Ademir Benedito)*.

Destarte, tendo em conta que *"a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir" (Conflito de Competência nº 108.138/SC, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi)* e considerando que o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal preconiza que a competência é firmada *"pelos termos do pedido inicial"*, forçoso é concluir que compete à Câmara suscitada o exame do recurso uma vez que o artigo 5º, parágrafo 1º, da Resolução nº 623/2013, atribui às Câmaras numeradas entre 11ª a 38ª da Seção de Direito Privado competência preferencial e comum para o julgamento das ações relativas a prestação de serviços regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços de fornecimento de água.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"Conflito de competência. Demanda entre particulares que versa sobre responsabilidade civil de prestador de serviço privado pelo descumprimento do contrato. Julgamento que incumbe à Câmara de Direito Privado. Artigo 5º § 1º da Resolução nº 623/2013. Irrelevância, ante os termos do artigo 103 do RITJSP, da particularidade de em defesa a ré evocar falha do ente público. Conflito conhecido, proclamada a competência da Câmara de Direito Privado"*** *(Conflito de Competência nº 0064837-11.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Arantes Theodoro).*
>
> ***"Conflito de competência. Apelação. Obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por dano moral. Falha na prestação de serviço de empresa concessionária de distribuição de água. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 30ª Câmara de Direito Privado"*** *(Conflito de Competência nº 0015875-54.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Borelli Thomaz).*
>
> ***"Conflito de Competência. Ação Indenizatória por danos materiais e morais envolvendo obrigação advinda de contrato de fornecimento de água, referindo-se a direitos e obrigações relativamente à***

Acesso ao Sumário

natureza privada da relação jurídica, não envolvendo questão de direito público. Competência das Câmaras de Direito Privado. Autos distribuídos à 11ª Câmara de Direito Privado que determinou a redistribuição. Suscitante 3ª Câmara de Direito Público, que suscitou o conflito de competência a este E. Órgão Especial para dirimir a questão. Inteligência do artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013. Competência das Câmaras de Direito Privado. Conflito de Competência que se acolhe para determinar a redistribuição a Câmara suscitada" *(Conflito de Competência nº 0075218-49.2014.8.26.0000, Relator Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan).*

Outrossim, vale a pena reproduzir o seguinte excerto da manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça, ***verbis***:

"3. No caso, o conflito de interesses entre as partes tem como causa de pedir o pacto celebrado cujo objeto é o fornecimento de água e/ou coleta de esgoto, sem qualquer debate, fático ou jurídico, acerca do e de eventual ato administrativo municipal, ao menos na petição inicial e consequente sentença proferida.

Trata-se, pois, de relação jurídica obrigacional, de natureza privada – a despeito da personalidade da pessoa jurídica litigante –, sendo esta a matéria que merece nortear a competência recursal, não a qualidade das partes envolvidas no embate judiciário.

4. Estatuía a Resolução n. 194/2004 que '[...] serão da competência preferencial das 11ª a 36ª [também das 37ª e 38ª Câmaras – Assento Regimental n. 382/2008, art. 1º, – 'b'] Câmaras as ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia (art. 2º, inciso III, letra 'd' – acrescida pela Resolução n. 281/2006 –).

Em teor análogo dispõe a referida Resolução n. 623/2013 – que expressamente revogou a sobredita (art. 7º) – em seu art. 5º, § 1º: 'Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia'.

As questões aduzidas, nestes autos eletrônicos, circunscrevem-se aos direitos e obrigações advindos dessa convenção celebrada, tendo-se mero debate quanto à natureza privada da relação jurídica pactuada, sem qualquer ilação quanto a eventual direito público subjacente.

(...)

Deveras, a natureza jurídica da pessoa que integra a relação

Acesso ao Sumário

jurídica processual é irrelevante para a fixação da competência recursal, cujo paradigma para isso será a natureza da matéria posta em debate, especificamente, do pedido formulado pelo autor da demanda judicial" *(cf. fls. 249/251).*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 32ª Câmara de Direito Privado para a qual deverão ser remetidos os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0015698-56.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 25ª 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 37.155)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), 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, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 3 de maio de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer, fundada em contrato de prestação de serviços educacionais – Resolução n. 623/2013, no art. 5º, parágrafo 1º, que disciplina o assunto – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Câmara Suscitada, 25ª Câmara de Direito Privado – Dúvida acolhida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em razão do V. Acórdão, proferido pela 25ª Câmara de Direito Privado, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 1097932-40.2015.8.26.0100, interposto contra r. decisão proferida em ação de obrigação de fazer, fundada em contrato de prestação de serviços educacionais, movida contra União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo – UNIESP, que denegou a concessão da justiça gratuita ao agravante e determinou o recolhimento das custas processuais, no prazo de 05 (cinco) dias.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial e dos documentos que a instruíram, que se trata ação de obrigação de fazer, fundada em contrato de prestação de serviços educacionais, movida contra União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo – UNIESP, visando à entrega do certificado de garantia e o contrato firmado para conseguir manter o financiamento estudantil feito junto ao programa – FIES – Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior.

A causa de pedir está fundada no documento intitulado FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL – FIES; DOCUMENTO DE REGULARIDADE DE INSCRIÇÃO – DRI (fls. 37/39 dos autos n. 1097932-40.2015.8.26.0100, em trâmite perante a c. 32ª Vara Cível da Capital). A pretensão do autor é a continuidade de seus estudos com financiamento do FIES.

Estipula a Resolução n. 623/2013, no art. 5º, parágrafo 1º, que ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia, são afetos à competência preferencial das Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a 25ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0010500-38.2017.8.26.0000, da Comarca de São Sebastião da Grama, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 31ª 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 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FRANCISCO CASCONI E SÉRGIO RUI", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.892)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Conflito de competência. Apelação. Obrigação de fazer e não fazer. Reparo de danos em curso d'água, com pleito de não danificar vegetação do entorno. Servidão de água. Disputa entre particulares, vizinhos. Inteligência do artigo 5º, I.17 da Resolução 623/13. Irrelevância de anterior julgamento de agravo de instrumento. Competência absoluta em razão da matéria. Conflito acolhido, fixada a competência da C. Câmara Suscitada, a C. 31ª Câmara de Direito Privado (DP-I).

Acesso ao Sumário

VOTO

Conflito de competência suscitado pela C. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente ante v. acórdão proferido na C. 31ª Câmara de Direito Privado, em que se declinou competência para conhecimento de apelação, com parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, para ser reconhecida a competência da C. 31ª Câmara de Direito Privado (fls. 193/199).

É o relatório.

MOACIR FLÁVIO RODRIGUES ajuizou ação contra MARCO ANTÔNIO CASSANI para que este não impeça o curso de *rego d'água* que

serve seu imóvel, pois a falta d'água prejudica a atividade de agricultura familiar.

Afirma ser proprietário de sítio abaixo da propriedade do réu, servido por suas águas, mas este cortou a vegetação que protegia a captação da água, sendo que *os troncos das bananeiras cortadas caíram na captação e, eles mesmos, entupiram as manilhas* que levavam as águas ao imóvel do autor.

Sustenta ter buscado solucionar o conflito de forma amigável, tanto que, autorizado pelo réu, comprou manilhas novas, mas foi impedido de fazer o conserto.

Busca: *a) seja determinado ao réu que efetue a troca das manilhas entupidas por novas; b) não sendo do entendimento de Vossa Excelência que o réu troque as manilhas, que o réu seja condenado a permitir que o autor o faça; c) efetuados os reparos, que o réu se abstenha de danificar a vegetação que protege a captação, para se evitar futuros danos a mesma o que perpetuaria os conflitos* (fls. 04).

Procedente em parte o pleito, o réu apelou, recurso distribuído à C. 22ª Câmara de Direito Privado, que entendeu se tratar de disputa acerca de direito de vizinhança e declinou da competência (fls. 144/146).

Redistribuídos os autos à C. 31ª Câmara de Direito Privado, o D. Relator entendeu se tratar de matéria ambiental, *isso porque a área em questão trata-se de área de preservação permanente, cujas obrigações de fazer e não fazer pretendidas pelo autor dizem respeito à recuperação ambiental do local, em especial do curso d'água que serve a sua propriedade e de outros vizinhos*, com encaminhamento dos autos a uma das C. Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 156/161).

Remetidos os autos à C. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, foi suscitado conflito de competência porque *a matéria objeto da discussão não envolve direito difusos, coletivos ou individuais homogêneos relacionados ao meio ambiente natural. [...] Logo, embora haja informação acerca da existência de um curso d'água, não se busca nestes autos tutelar ou proteger o meio ambiente, mas sim defender o interesse particular, tutelar as relações de vizinhança e o uso adequado da propriedade. Nota-se que o autor não está preocupado com a proteção da área de preservação permanente, sendo para ele indiferente a existência ou não de danos ambientais; ele busca tão somente que as águas cheguem na sua propriedade. Ou seja, a repercussão na esfera ambiental é questão secundária, reflexa e deve ser absorvida pela principal tese aventada na inicial, que substancialmente envolve direito de vizinhança* (fls. 180/184).

Cabe, então, decidir sobre competência pela matéria em disputa, identificada a partir da petição inicial, sabidamente *o projeto da sentença*, a trazer os elementos identificadores da pretensão, a caracterizar também a ação –

Acesso ao Sumário

rectius partes, causa de pedir e pedido.

Nesse viés o disposto no art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal: *a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.*

A questão versa sobre direito de vizinhança, pois a busca do autor é manutenção de servidão de águas de imóvel situado em terreno superior, pelo qual passam as águas que servem imóvel de sua propriedade.

Assim, muito embora haja referência nas preliminares da contestação sobre se tratar de área de preservação ambiental[1], a necessidade de proteção ambiental do curso d'água veio apenas no laudo pericial, pois o perito entendeu ser caso de *efetivar medidas de contenção do processo erosivo já existente, consistente do reflorestamento da região curso d'água, bem como o cercamento de seu perímetro, evitando assim o acesso direito de animais ao referido curso* (fls. 103).

Como já observado no v. acórdão de fls. 180/184, a matéria sobre proteção ambiental é reflexa e nem sequer veio na petição inicial, tendo a D. Juíza acolhido essa questão, posta, como visto, somente no laudo pericial.

Então, com a devida vênia, a competência para julgamento do recurso não é de uma das C. Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, pois a questão ambiental não é objeto do pleito trazido na petição inicial, mas da C. Câmara suscitada, por se tratar de disputa sobre áreas particulares, tendo como fundo o direito de vizinhança.

A competência, concluo, é de uma das C. Câmaras de Direito Privado da Terceira Subseção, pois o artigo 5º, III.4 da Resolução 623/13 dispõe ser de sua competência ações desse jaez:

> *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 – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: [...] III.4 –* ***Ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade****, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto a plantio de árvores, construção e*

Acesso ao Sumário

1 O pedido do requerente de que "seja determinado ao réu que efetue a troca das manilhas entupidas por novas" ou que "o réu seja condenado a permitir que o autor a faça" é juridicamente impossível, na medida em que visa a prática de obras em área de preservação permanente (entorno de açude) que, inclusive, está embargada (que culmina no dever do requerido de se abster de praticar qualquer ato) pela autoridade ambiental, conforme documento anexo, exatamente diante da tentativa do requerido de evitar o entupimento das manilhas (fls. 31/32).

conservação de tapumes e paredes divisórias.

Os julgados vistos a fls. 159/160 não se amoldam ao discutido nestes autos porque neles o objeto da ação é mesmo questão ambiental, ao contrário do quanto discutido aqui.

De fato, para fixar competência numa das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, a disputa deve envolver matéria precipuamente ambiental, que não é o caso dos autos, pois o autor nem sequer referiu sobre dano ambiental, sendo a busca calcada em direito de vizinhança, para servidão d'água.

Além da referência a acórdão de minha relatoria (fls. 184), colho também neste E. Órgão Especial:

> Conflito de Competência – Agravo de Instrumento – Ação de Obrigação de Não Fazer c.c. Pedido de Indenização por Perdas e Danos e Antecipação de Tutela – Ressarcimento de danos causados em razão do exercício de atividades de empresa do ramo madeireiro em local inapropriado – Questão atinente a eventuais danos ambientais apresentada de forma reflexa – Direito de vizinhança – Matéria que se insere na competência da Seção de Direito Privado – Precedentes do Colendo Órgão Especial – Competência da 27ª Câmara de Direito Privado – Conflito de competência julgado procedente[2].

Diante disso, procedente o conflito, fixa-se a competência na C. 31ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0017367-47.2017.8.26.0000, da Comarca de Casa Branca, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

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 24.438)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR

Acesso ao Sumário

2 Conflito de Competência nº 0052980-70.2013.8.26.0000, Relator Des. Castilho Barbosa, Órgão Especial, j. 15/05/2013, Data de registro: 22/05/2013.

BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Inventário. Indeferimento da dilação de prazo para apresentação da declaração de ITCMD. Agravo de instrumento interposto perante a 2ª Câmara de Direito Privado. Recurso não conhecido. Redistribuição para a 2ª Câmara de Direito Público, que suscitou o conflito. Competência recursal que se insere no âmbito de atribuição das Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado com apoio no artigo 5º, inciso I.10, da Resolução 623/2013. Conflito procedente. Competência da 2ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência – suscitado pela 2ª Câmara de Direito Público em face da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – decorrente de recurso de agravo de instrumento interposto contra r. decisão proferida nos autos do inventário dos bens deixados por Mirna Elide Breda Palmiro, em trâmite perante a 1ª Vara da Comarca de Casa Branca/SP. Nestes autos, o douto magistrado indeferiu a dilação de prazo para apresentação da declaração de ITCMD.

Interposto recurso de agravo de instrumento pela inventariante – Aneliza Breda Palmiro – foi ele distribuído à 2ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo – suscitada –, que entendeu por bem que "considerando que a pretensão judicialmente deduzida se refere a discussão sobre dilação de prazo para recolhimento de ITCMD, estatuído na Lei 10.705/2000, matéria eminentemente fiscal, há que se reconhecer que a competência para conhecer e julgar o recurso interposto é de uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste Colendo Tribunal de Justiça..." (**sic**) (fls. 36-38). Por tal razão, foi reputada competente uma das Câmaras de Direito Público.

Acesso ao Sumário

Redistribuído o recurso à 2ª Câmara de Direito Público – suscitante – ponderou-se, no V. Acórdão que dele não conheceu e no qual foi suscitado o

presente conflito negativo de competência, que a matéria, segundo a Resolução 623/2013, é da competência da Seção de Direito Privado (fls. 55-58). Aquele douto Relator colacionou, ainda, recentes julgados do C. Órgão Especial nesse sentido.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, representada pelos Doutores Oswaldo Peregrina Rodrigues e Rossini Lopes Jota, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da Subseção I de Direito Privado para julgar o recurso de apelação originário, com fulcro no artigo 5º, inciso I.10, da Resolução 623/2013, mais especificamente da Colenda 2ª Câmara da Seção de Direito Privado.

É o relatório.

Nos termos do artigo 103 do Regimento Interno, "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Objetiva a agravante – e inventariante do espólio de sua mãe – o provimento de seu recurso a fim de que lhe seja permitido postergar a apresentação da declaração de ITCMD, alegando o motivo justo previsto na Lei Estadual 10.705/2000, traduzido pela necessidade de atualização de documentos. Intimada a comprovar suas alegações, não o fez, sobrevindo a r. decisão agravada (fls. 19).

Em que pese o entendimento de que a questão principal é eminentemente fiscal, verifica-se que ela é incidental e está inserida em um processo de inventário de bens.

Nesse sentido é a manifestação dos doutos representantes do **Parquet**:

"Destarte, mesmo em recurso de agravo de instrumento, é o **pedido inicial** formulado na **petição principal** – portanto, a matéria objeto de conflito de interesses – que norteará a fixação da competência recursal, independentemente da qualidade ou natureza jurídica das pessoas que figuram nos polos ativo e passivo da relação jurídica processual.

3. Neste caso, o pedido inicial formulado nos autos em que fora proferida a decisão judicial objeto deste agravo de instrumento é de transmissão patrimonial por sucessão hereditária, posto em um **inventário** (fls. 12/18).

Se assim é, esse pedido é que haverá de balizar a competência recursal para conhecer e julgar todo e qualquer recurso que possa e venha a ser interposto, relativo a todo e qualquer conflito de interesses que sobressaia desse procedimento judicial" (**sic**) (fls. 67 – os grifos constam do original).

Diante disso, em grau recursal, a decisão de conflito envolvendo questão dessa natureza deve orientar-se pela regra do artigo 5º, inciso I.10, da Resolução 623/2013, culminando com a competência de uma das Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado, detentora da competência preferencial para o julgamento da

Acesso ao Sumário

matéria:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.10 – Inventários e arrolamentos".

Nesse sentido, a jurisprudência:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Inventário. Recurso interposto contra decisão que rejeitou cálculo apresentado pelo inventariante e determinou o recolhimento do ITMD com base no valor apurado pelo contador judicial. Questão tributária que – por ter sido estabelecida incidentalmente nos próprios autos do arrolamento – não interfere na competência recursal fixada para a causa principal (envolvendo direito sucessório). Competência, nesse caso, que deve ser definida nos termos do art. 5º, inciso I, item I.10, da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013, que contempla dentre as causas de competência da Primeira Subseção de Direito Privado os pedidos de "inventário e arrolamento". Precedentes deste C. Órgão Especial. Conflito julgado procedente, com reconhecimento da competência da 5ª Câmara de Direito Privado para conhecimento do Agravo de Instrumento (Órgão Especial; Conflito de competência 0002752-52.2017.8.26.0000/Osasco; Relator: Ferreira Rodrigues; julg. em 15/3/2017; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

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 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 (Órgão Especial; Conflito de competência 0030212-48.2016.8.26.0000/Urânia; Relator: Tristão Ribeiro; julg. em 27/7/2016; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Acesso ao Sumário

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 (Órgão Especial; Conflito de competência 0016561-46.2016.8.26.0000/Catanduva; Relator: Álvaro Passos; julg. em 18/5/2016; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Por tais razões, julga-se procedente o presente conflito, declarando-se

competente para conhecer e julgar o recurso de agravo de instrumento interposto a Colenda 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0059730-83.2016.8.26.0000, da Comarca de Pirassununga, em que é impetrante RENATO DE ALMEIDA CALDEIRA e paciente TIAGO BOLDRINI DE OLIVEIRA, é impetrado SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA IMPETRAÇÃO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39883)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 17 de maio de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: "HABEAS CORPUS". Estatuto do Desarmamento (Art. 6º, III e IV, Lei nº 10.826/03). Integrante da Guarda Civil Municipal. Pretensão de portar a arma "em serviço e também fora dele, sem a limitação de territorialidade, 24 horas por dia", mas em razão do desempenho da função. Resulta flagrante a incongruência descritiva havida na própria exordial no atinente ao fator que atrairia a competência desta Corte, na medida em que trata de cautela contra prisão processual penal de potencial efetivação pela

Acesso ao Sumário

autoridade policial civil local (Delegado de Polícia Civil) e relativa a paciente que não detém foro por prerrogativa de função. Incompetência deste C. Órgão Especial. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM, com observação (quanto à conservação da eficácia da liminar deferida em Primeiro Grau) e determinação (de imediato julgamento da impetração pelo juízo competente – qual seja, da 2ª Vara da Comarca de Pirassununga –, visto que já cumprido, na íntegra, o rito do "habeas corpus").

VOTO

Trata-se de ordem de ***HABEAS CORPUS*** impetrada por RENATO DE ALMEIDA CALDEIRA em favor de TIAGO BOLDRINI DE OLIVEIRA contra ato do Excelentíssimo Senhor SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Diz o impetrante, em suma, que o paciente: (**a**) integra a Guarda Municipal de Pirassununga; (**b**) necessita andar armado à conta de suas funções; (**c**) está impossibilitado de portar seus equipamentos por força do Estatuto do Armamento, impedidor do porte a agentes em que a Corporação esteja instalada em cidade com menos de quinhentos mil habitantes; (**d**) corre o risco de ser preso em face de tal restrição.

Relatados os fatos da causa, requereu a outorga de liminar para o especial fim de ser mantida a liberdade de locomoção do paciente, bem como a concessão final da ordem com a emissão de salvo-conduto em seu favor.

Deferida a liminar, em parte (fls. 21), e ouvido o *Parquet* em Primeiro Grau (fls. 35), a n. magistrada singular determinou a remessa dos autos a este Colendo Órgão Especial, em razão da competência por prerrogativa de função prevista na Constituição Estadual (artigo 74, inciso IV), em associação com o comando do Regimento Interno deste Tribunal (artigo 13, inciso I, alínea *a*) (fls. 50).

Aberta vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o n. Membro do Ministério Público Estadual opinou pelo não conhecimento da impetração, por inadequação do meio processual para satisfação da pretensão deduzida (fls. 57/58).

É O RELATÓRIO.

É caso de não conhecimento do *writ* por este Colendo Órgão Especial.

O presente instrumento não se versa, à evidência, sobre paciente ou autoridade coatora detentora de foro por prerrogativa de função (cf. exigido pelo artigo 74, inciso IV, da Constituição do Estado de São Paulo).

Sucede que, embora a exordial indique, na posição de agente

Acesso ao Sumário

potencialmente coator, o Secretário da Segurança Pública, da narrativa nela inserida verifica-se que o receio do impetrante volta-se, em verdade, contra a autoridade pública que supostamente poderia vir a surpreendê-lo em situação de porte ilícito de arma de fogo de uso permitido – qual seja, o Delegado de Polícia Civil local, responsável pela lavratura de eventual auto de prisão em flagrante.

E tanto isso é verdade que, nestes autos, as informações foram requisitadas (e prestadas) pelo Delegado de Polícia do Município de Pirassununga (fls. 41).

Como o paciente também não goza de foro por prerrogativa de função, nada haveria a justificar a prolação da r. decisão de fls. 50 destes autos, visto que não incide, na espécie, flagrantemente, a competência deste Colegiado (prevista no artigo 74, inciso IV, da Constituição Bandeirante).

Por isso, este Colendo Órgão Especial não pode conhecer deste *writ*, por manifesta falta de competência.

Finalmente, uma vez que o procedimento do *habeas corpus* foi integralmente cumprido em Primeiro Grau – havendo liminar concedida pela d. magistrada competente (a qual ainda conserva sua eficácia até este instante, visto não ter sido cassada ou reformada por esta Relatoria), bem como parecer do Promotor de Justiça oficiante (fls. 35/38) –, insta devolver este feito ao juízo da 2ª Vara da Comarca de Pirassununga, com a determinação de imediata apreciação de seu mérito.

Ante o exposto, **NÃO SE CONHECE** da impetração, com observação (quanto à conservação da liminar concedida em Primeiro Grau) e determinação (de imediata apreciação do mérito do *writ* pelo juízo ora declarado competente).

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004425-22.2016.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante C.L.R. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE P.

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 30.127)**

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, 17 de abril de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Ato infracional – Tráfico – Artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006 – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida pelo período de um ano – Pretensão de absolvição e, alternativamente, de imposição de medida em meio aberto pelo prazo mínimo – Impossibilidade – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo jovem C.L.R. contra a r. sentença que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público, aplicando-lhe a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo de um ano, nos termos dos arts. 112, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em decorrência da prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas capitulado no artigo 33, *"caput"*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 77/80).

Sustenta a defesa, em apertada síntese, ausência de provas suficientes a

comprovar a autoria do ato infracional. Requer o provimento do recurso para reformar a sentença, com a consequente absolvição do apelante ou aplicação de medida em meio aberto pelo prazo mínimo (fls. 85/92).

Apresentadas contrarrazões (fls. 96/105) e mantido o *decisum* (fl. 106), opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 118/124).

É o relatório.

O apelo não merece provimento.

A realidade da infração está comprovada pelas peças informativas produzidas na fase inquisitiva, das quais consta o boletim de ocorrência nº 702/2012, o auto de exibição e apreensão (fls. 7/8) e o laudo químico toxicológico (fls. 28 e 50/51) que atesta a potencialidade do entorpecente apreendido.

No que tange à autoria, a despeito de o adolescente ter negado em Juízo (fls. 63/64), as circunstâncias da apreensão, a forma do acondicionamento da droga e o depoimento colhido (fl. 74, gravação por sistema audiovisual), sob o crivo do contraditório, não deixam dúvidas quanto à procedência da representação.

Os fatos contidos na representação, portanto, foram confirmados por outros elementos de prova produzidos e, uma vez que a negativa não veio amparada por elementos que a confirme, impõe-se seu descarte.

Andou bem a douta Magistrada ao fazer recair crédito sobre o depoimento do guarda municipal, pois suas declarações vão ao encontro do que ficou consignado nas peças informativas, revelando sua veracidade.

Aliás, não se pode negar valor a tal depoimento pelo simples fato de ter sido prestado por agente público, até porque, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com obediência aos preceitos legais, é merecedor de toda confiança, como de resto qualquer pessoa há de merecer, até prova em contrário, inexistente nesses autos.

O depoimento testemunhal de agente policial ou guarda municipal somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação, 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.

No caso, nada existe a indicar que os guardas estivessem perseguindo o apelante, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoa que sabem ser inocente. Logo, nada há nos autos a infirmar as suas palavras.

Quanto à ausência de comprovação da mercancia ilícita, como é sabido, o artigo 33 da Lei de Drogas compreende um tipo misto alternativo que contém dezoito condutas proibidas, entre elas a de trazer consigo drogas sem permissão

Acesso ao Sumário

ou em desacordo com a legislação.

Portanto, o pedido absolutório é inviável.

Por outro lado, importa ressaltar que tráfico de entorpecentes, embora tido como infração cujos elementos não reclamam a prática de violência ou grave ameaça contra a pessoa, é infração de extrema gravidade, gerando o desassossego da comunidade e impulsionando grande parte dos crimes que a assolam, tanto que mereceu o mesmo tratamento dispensado aos crimes hediondos e a eles equiparando-se.

Neste passo, a perpetração do grave ato imputado, por si só revela o severo desvio comportamental do jovem a merecer especial atenção do Estado.

Anote-se que o apelante fundamentou seu recurso considerando, equivocamente, ter sido aplicada a medida socioeducativa de internação, no entanto, de acordo com os termos do dispositivo da r. sentença prolatada, a medida imposta foi a de liberdade assistida, pelo período de um ano, a ser cumprida, evidentemente, *"em meio aberto"*.

De qualquer modo, não há manifesta falta de interesse processual porque a pretensão também é de improcedência da representação e, alternativamente, de imposição de medida em meio aberto *"pelo prazo mínimo"* (fl. 92).

No caso, a medida socioeducativa de liberdade assistida foi aplicada de forma apropriada, considerando a gravidade e a circunstância do ato perpetrado, bem como as condições pessoais do adolescente, levando em consideração que ao menor foi aplicada apenas medida de advertência anteriormente. A sua segregação poderia impedir sua recuperação no seio familiar, violando, destarte, o Princípio da Prevalência da Família, insculpido no artigo 100, parágrafo único, X do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000381-05.2016.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.A.S., é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DO F. R. DO I..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, readequando a indexação da multa imposta para salários de referência, mantida no mais a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.394)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR

BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 17 de abril de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação. Ação de acolhimento institucional, c.c. aplicação de multa aos genitores por descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Recurso da genitora. A situação de risco retratada e demonstrada pelas provas constantes dos autos, no sentido da ocorrência de negligência familiar, impõe a necessidade de acolhimento institucional. Ausência de comprometimento por parte dos genitores, os quais descumpriram culposamente os deveres inerentes ao poder familiar, agindo com negligência. Multa bem aplicada. Muito embora seja a apelante pessoa humilde, não se justifica isentá-la do pagamento da multa, uma vez que isto contribuiria para que seu filho permanecesse em situação de exposição. Alteração do parâmetro para fixação da multa para salários de referência. Apelo desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por J.A.S., contra a r. sentença de folhas 155/158, que julgou procedente ação de Acolhimento Institucional c/c Aplicação de Outras Medidas, com pedido liminar, em favor de L.F.A.S. (nascido em (...)), promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, aplicando medida de acolhimento enquanto persistir o "status quo ante", condenando os genitores ao pagamento de multa de 3 (três) salários mínimos.

Alega a apelante (genitora do menor) que o valor do benefício assistencial foi utilizado para arcar com os gastos referentes a L.; o restante deste dinheiro era utilizado para auxiliar no pagamento do aluguel do imóvel onde a apelante residia com seu filho; a apelante trabalha arduamente, inclusive aos sábados, para prestar toda assistência a, sendo responsável por toda manutenção da casa; não pode ser punida em razão das condições paupérrimas em que vive, estando inclusive impossibilitada de arcar com o pagamento da multa que lhe foi aplicada; deveriam ser tomadas as medidas necessárias para que o adolescente retornasse a sua família natural, e não ao contrário, haja vista a excepcionalidade do acolhimento institucional (folhas 167/173).

Acesso ao Sumário

Processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (folhas 180/186).

Mantida a decisão recorrida (folhas 187), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (folhas 196/197).

É o relatório.

O presente recurso não comporta provimento.

A situação de risco retratada e demonstrada pelas provas constantes dos autos, no sentido da ocorrência de negligência familiar, impõe a necessidade de acolhimento institucional.

Consta dos autos que L. possui deficiência intelectual e, além de já ter sido encontrado perdido na rua, sem a presença de familiares (folhas 19), possui o hábito de alternar sua permanência entre a residência materna e a do genitor, os quais não conseguem impor limites em relação ao filho. Encontra-se acolhido desde setembro de 2015.

Além disso, os pais não costumam comparecer para visitar o filho e, muito embora o genitor tenha sido citado por edital, os relatórios de acompanhamento comprovam que ele está residindo em (...) (folhas 127, 128 e 136). A equipe técnica do MAESP I sugeriu a manutenção do acolhimento institucional, por força da ausência de retaguarda familiar.

Relevante consignar ainda, conforme referido pelo digno Promotor de Justiça, que "o Benefício de Prestação Continuada era administrado pela genitora, que o utilizava para pagar o aluguel de sua residência e dos demais filhos, não obstante a informação do relatório recente do abrigo (folhas 137), datado de 11/07/16, de que o valor do benefício tem sido depositado em conta judicial aberta em favor do adolescente" (folhas 144).

Em conclusão, observa-se que não há comprometimento por parte dos genitores, os quais descumpriram culposamente os deveres inerentes ao poder familiar, agindo com negligência "ao não garantirem os estudos, acompanhamento médico e o direito à convivência familiar de Lucas, além de a genitora ter feito uso, com desvio de finalidade, do benefício assistencial do filho" (folhas 157).

Finalmente, muito embora a apelante seja pessoa humilde, não se justifica isentá-la do pagamento da multa, uma vez que isto contribuiria para que seu filho permanecesse em situação de exposição.

No entanto, impõe-se a modificação da r. sentença tão somente no que se refere ao parâmetro para fixação da pena pecuniária.

A propósito esta Câmara Especial já decidiu que "Ao tempo do projeto do Estatuto da Criança e do Adolescente, vigia o Decreto-Lei nº 2.351/87, que instituiu o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência, que, por sua vez, ficou conhecido como salário de referência. No entanto, o salário

mínimo de referência foi extinto pela Lei nº 7.789, que igualmente extinguiu o piso nacional de salário. Assim sendo, a previsão legal de sanção é expressa em determinar sua base de cálculo em salários de referência, motivo pelo qual a Câmara Especial tem decidido pela reforma das decisões que fixam em salários mínimos o montante da multa aplicada" (Apelação Cível nº 0001701-84.2011.26.0430 – Relator Desembargador Eros Piceli).

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação, readequando a indexação da multa imposta para salários de referência, mantida no mais a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009254-59.2014.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante P.S.D.B., é apelado P. DE J. V. I. E J. DO F. R. DE P.

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 39242)**

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, 17 de abril de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. Abandono da menor no hospital após o parto. Genitora com histórico de dependência química e que vive em situação de rua. Acolhimento institucional determinado em virtude do abandono. Tentativas frustradas de localização da genitora. Ausência de elementos que comprovem a existência de familiar natural extensa apta a assumir a guarda da criança. Exaurimento de todos os meios para localização da genitora e da família natural. Destituição do poder familiar que se revela solução que melhor atende aos

Acesso ao Sumário

interesses da criança. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença de fls. 243/245, cujo relatório se adota e que, em ação de destituição de poder familiar, julgou procedente o pedido para destituir a ré P.S.D.B. do poder familiar em relação a L.S.D.B., nos termos dos artigos 19, 22, 24, 129, X da Lei 8.069/90, c/c. artigo 1.638, inciso II, do Código Civil.

Inconformada, apela a ré aduzindo, em suma, que não foram esgotadas as tentativas de colocação da menor L. em sua família natural, descumprindo-se, ainda, o disposto no § 3º do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pugna pelo provimento do recurso (fls. 252/258).

Houve resposta (fls. 262/263) e a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 146/148).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento, pois a r. sentença deu correta solução à lide e merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O art. 227, *caput*, da Constituição Federal, proclama 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"*.

De seu turno, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente reza que *"aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais"*.

Os pais detêm o *poder familiar*, que a moderna doutrina prefere denominar de *autoridade parental*, ao argumento de que possuem mais deveres em relação aos filhos do que poderes propriamente ditos. Acerca do conteúdo da autoridade parental, Marco Fábio Morsello adverte:

> *Por proêmio, emerge como dever prioritário e fundamental o amplo dever de assistência na seara do mais amplo integral dever de proteção, de modo a abranger não só a função alimentar, como também o dever de guarda, segurança, com zelo consequente pela integridade física, psíquica e moral do menor, visando a propiciar-lhe o substrato fundamental ao completo desenvolvimento da personalidade e posterior independência para inserção oficial cidadã. Em contrapartida, exsurge o*

dever de obediência por parte dos filhos.[1]

Não sendo cumpridos estes deveres, a destituição do poder familiar se impõe como medida de proteção aos menores, que não podem ser prejudicados por conta da incapacidade, temporária ou definitiva, de seus genitores de lhes assegurar a devida e necessária criação.

Dentre as hipóteses que autorizam a perda do poder familiar, encontram-se a violação do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, a prática de maus tratos e o abandono.

Pois bem.

No caso em epígrafe, extrai-se dos autos que a apelante era dependente química e vivia em situação de rua ao tempo do nascimento da criança. Quando deu à luz, nesse estado de incompreensão da realidade, não portava qualquer documento e informou não ter se submetido a exames pré-natais (fls. 21/22), sendo que, após a alta, não retornou ao hospital para visitar a filha, sequer para registrá-la.

Nesse cenário de abandono da criança, determinou-se seu acolhimento institucional (autos nº (...)).

Conforme o relato da assistente social que atendeu a apelante durante o período em que permaneceu internada por ocasião do parto, P. *"... aceitou com tranquilidade que a criança ficaria no hospital e seria acolhida, a declarante explicou que a ré poderia voltar ao hospital para visitar, mas ela não foi; depois da alta, não mais retornou; informou que teria seis filhos mas nenhum morava com ela, dizendo que 4 estavam abrigados (...)"*. Em relação ao pai da criança, informou que *"...estaria internado em uma clínica em (...), de nome R., mas feitas as diligências não foi localizado; referiu também ter uma sogra em (...), mas também não foi localizada (...)"* (fls. 239).

Como se não bastasse, após ter sido encontrada em Centro de Acolhida para mulheres, a genitora novamente desapareceu e não há notícias de seu paradeiro até o presente momento. Todas as demais tentativas de localização restaram frustradas, conforme se colhe de fl. 43 (FA), fl. 62 (CAEX, TRE), fl. 64 (SCPC), fls. 65/66 (VEC), fls. 67/68 (PRODESP) e fl. 73 (SERASA).

De outra banda, a prova dos autos revela também que não existe qualquer possibilidade de inserção da criança na família natural extensa, já que sequer se sabe se realmente existem parentes vivos da genitora.

Realmente, apesar de a apelante ter mencionado que dois de seus outros filhos são criados por uma irmã de nome Ana Luiza (fls. 21/22), nenhum dado concreto há sobre sua existência ou onde poderia ser encontrada. Aliás, indagada

Acesso ao Sumário

1 MORSELLO, Marco Fábio. *Autoridade parental: evolução conceitual*. **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002: Estudos em homenagem ao Prof. Carlos Alberto Dabus Maluf**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 533.

sobre a existência de familiares, a genitora informou *"não ter meio de contato com nenhum familiar"* (fls. 21).

Cabe ressaltar que, durante o trâmite do feito, nenhum parente se apresentou manifestando interesse em assumir os cuidados da menor.

Desse modo, conclui-se que todas as possibilidades de reinserção da criança em núcleo familiar com apoio da rede de proteção foram efetuadas em estrito cumprimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por conseguinte, a destituição do poder familiar é medida de rigor, que melhor atende aos superiores interesses da criança.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019213-58.2015.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante R.F., é apelado PRESIDENTE DO CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE PIRACICABA – CMDCA.

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 42151)**

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, 17 de abril de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA – Eleição de Conselheiros Tutelares. Município de Piracicaba. Desclassificação de candidato. Infração decorrente de oferecimento de transporte para arregimentar eleitores e boca de urna. Impetração sustentando abuso da autoridade coatora ao desclassificar o candidato sem prova da prática de conduta ilícita ou irregular referente à eleição. Sentença que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, em razão da ausência de direito líquido e certo a ser reconhecido. Insurgência do impetrante.

Descabimento. Ausência de prova pré-constituída da ilegalidade do ato coator e, consequentemente, do direito líquido e certo. Denegação da segurança mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra a r. sentença proferida pelo MMº Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Piracicaba, Dr. Rogério de Toledo Pierri, que, nos autos do mandado de segurança, indeferiu de plano a inicial, não reconhecendo a existência de direito líquido e certo do impetrante, declarando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 6º, § 5º, e artigo 10, ambos da Lei 12.016/09 c/c o artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sustenta o recorrente que o direito líquido e certo está comprovado, ante a ausência de prova que fundamente o ato da autoridade impetrada, que o desclassificou na eleição para Conselheiro Tutelar, pela suposta prática de ato ilegal, disposto no art. 9.8.1, incisos III e IV do edital, consistente em arregimentar eleitor e fazer propaganda de boca de urna, bem como fornecer a eleitor transporte ou alimentação.

Pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença recorrida, e seja concedida a segurança para anular a decisão da autoridade impetrada, reconduzindo-o à 10ª colocação da classificação geral da eleição e, com isso, seja conferida a posse no Mandato como membro do Conselho Tutelar, com data retroativa àquela em que deveria ter tomado posse (fls. 99/112).

Recebido o recurso (fls. 113), o Ministério Público ofereceu parecer pela manutenção da sentença recorrida (fls. 117/118).

Mantida a r. sentença, o feito foi remetido a esta superior instância e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 130/132).

É o relatório.

Segundo consta dos autos, R.F. foi aprovado na prova técnica para eleição do Conselho Tutelar da cidade de Piracicaba, passou por treinamento e orientação e foi eleito, ficando em 10º lugar.

Todavia, o impetrante foi desclassificado, por decisão da Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Piracicaba, por ter supostamente infringido o disposto no art. 9.8.1, incisos III e IV do edital, consistente em **arregimentar eleitor e fazer propaganda de boca de urna, bem como fornecer a eleitor transporte ou alimentação**.

O impetrante, ora recorrente, ingressou com Mandado de Segurança reputando ilegal e abusivo o ato da autoridade impetrada, sustentando que

Acesso ao Sumário

a decisão foi fundamentada na conduta de uma terceira pessoa, que ele não conhece, não é seu amigo e nem seu parente. Defende que a alegada infração cometida pelo terceiro M.S. (anunciar/fazer promessa na internet) sequer consta no edital como proibição e que se essa existisse, só poderia ser para o candidato, não para terceira pessoa, pois o livre acesso às redes sociais impossibilita a fiscalização e o acompanhamento dos candidatos.

O mandado de segurança foi extinto, sem resolução do mérito, não se reconhecendo a existência de direito líquido e certo do impetrante. Contra a sentença, foi interposta a presente apelação.

Neste contexto, o recurso não merece acolhimento.

Cumpre registrar que, nos termos do inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição Federal, ***"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"***.

In casu, o apelante não trouxe elementos inequívocos de convicção aptos a infirmar as deliberações tomadas pela Comissão Eleitoral do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente que decidiu pela eliminação do processo eleitoral.

Ao revés. A prova do vício ou a ilegalidade do ato da autoridade impetrada demanda dilação probatória, assim, verifica-se impossibilitada sua apuração na estreita via de cognição do *mandamus*, que se impetrou.

Sobre a necessidade de comprovação do ato coator para fins de análise do mandado de segurança, o seguinte julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. 1. A ausência de juntada do ato tido por ilegal que teria violado o direito líquido e certo do impetrante inviabiliza a análise do *mandamus*. Precedentes: AgRg no MS 21.244/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção, dje 05/11/2014; MS 11.687/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, dje 18/10/2013; AgRg no MS 19.898/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, dje 07/10/2013; MS 18.301/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, dje 01/08/2012; 2. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-MS 21.352; Proc. 2014/0277501-9; DF; Primeira Seção; Rel. Min. Benedito Gonçalves; DJE 19/02/2015).

Sendo assim, diante da impossibilidade de se aferir a existência de liquidez e certeza do direito perseguido, porquanto não comprovada a existência do ato coator, deve ser denegada a ordem perseguida, nos moldes do § 5º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/09, que enuncia:

Acesso ao Sumário

"Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

(...)

§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil."

A alegada ausência de prova na denúncia que acarretou na desclassificação do apelante na eleição para Conselheiro Tutelar deve ser objeto de insurgência por meio de ação ordinária, cujo rito processual permite a dilação probatória.

Especialmente, no caso, não se demonstrou, mediante prova pré-constituída, nulidade alguma à decisão deliberativa do Conselho que acolheu a denúncia contra o apelante.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008844-06.2016.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante M.R.G.J. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE M.

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 42.255)**

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, 17 de abril de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Apelação – Ato infracional – Conduta tipificada como roubo majorado pelo concurso de agentes – Procedência da representação com aplicação de medida socioeducativa de internação cumulada com reparo ao dano – Pleito voltado à revogação da segunda medida – Possibilidade – Adolescente que

Acesso ao Sumário

não apresenta recursos para reparação – Recurso provido – Sentença reformada para aplicar ao jovem tão somente a medida de internação.

VOTO

O Ministério Público ofereceu representação em face de M.R.G.J. pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal.

Pela r. sentença de fls. 83/84, cujo relatório se adota, a ação foi julgada procedente; reconhecida a prática infracional e aplicada a medida socioeducativa de internação cumulada com medida socioeducativa de reparação de danos.

Inconformado, apela o jovem, objetivando o recebimento do recurso no efeito suspensivo. Quanto ao mérito, em apertada síntese, pleiteia apenas a revogação da medida socioeducativa de reparo ao dano. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa sobre os artigos 112, § 1º, 116, parágrafo único e 122 do ECA; e 5º XLV, da Constituição Federal (fls. 193/194).

Recurso tempestivo, isento de preparo, com contrarrazões (fls. 117/122).

Mantida a decisão recorrida (fls. 110/111), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 126/132).

É o relatório.

O recebimento do recurso somente no efeito devolutivo foi muito bem fundamentado pelo magistrado (fls. 110/111), razão pela qual se mostram desnecessárias novas considerações a propósito do tema.

Segundo consta, em (...), M., então com 17 anos, em unidade de desígnios com o imputável D.G.V.O. e mediante grave ameaça, subtraiu um veículo (...) e um celular, ambos pertencentes a R.A.S.

Não existindo dúvidas sobre a autoria e materialidade das infrações, comprovadas material e oralmente durante a instrução, nem irresignação sobre a aplicação da medida socioeducativa de internação, cinge-se o debate ao cabimento da medida de reparação ao dano fixada na origem.

E o apelo da defesa comporta provimento.

Em primeiro lugar, o artigo 116 do ECA, que cuida da medida socioeducativa de obrigação de reparar o dano, preceitua que tal reparação se refere à restituição da coisa, ressarcimento do dano ou compensação do prejuízo, sendo o arbitramento de valores durante a fase de conhecimento medida necessária para sua aplicação.

Tal não ocorreu nos fatos, sendo certo que o auto de avaliação juntado aos autos (fls. 21) não substitui o procedimento.

Acesso ao Sumário

Depois, ao aplicar a medida socioeducativa, o Juízo de origem não levou em conta a capacidade do adolescente para cumpri-la, conforme preceitua o § 1º do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso, o adolescente não trabalha no momento e a renda familiar restringe-se aos rendimentos de sua genitora, que trabalha como doméstica, já comprometidos, dentre outros gastos, com o aluguel e o sustento de sete filhos (fls. 75/76).

Nem se argumente que os representantes legais do apelante devem arcar com essa despesa. Com efeito, embora o artigo 932 do Código Civil estabeleça que os pais são responsáveis pela reparação civil dos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, isso somente pode ocorrer caso os primeiros integrem a relação processual, o que não ocorreu no caso em análise, no qual apenas o menor é parte.

A medida socioeducativa de internação já é a mais gravosa possível a um adolescente em conflito com a lei e, graças ao seu atendimento sistemático sociopedagógico, certamente o jovem terá condições para reformular as escolhas e reestruturar sua jornada.

Por fim, como é sabido, "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 expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial" (RSTJ 157/31, 148/247 e RT 659/192).

Do exposto, dá-se provimento à apelação a fim de afastar a medida socioeducativa consistente na obrigação de reparar o dano, mantida, no mais, a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000054-72.2016.8.26.0626, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante P. DE J. DA V. I. E J. DE S. S., é apelado S.M.

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 30.114)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 8 de maio de 2017.
XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO – ECA – Representação pela prática do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas – Sentença que impôs ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida – Provadas a autoria e materialidade da infração equivalente ao tráfico – Adolescente primário, sem registro de maus antecedentes, comprovou atividade lícita laborativa, matrícula e frequência escolar e conta com respaldo familiar – Data do fato e circunstâncias pessoais do adolescente a recomendar, excepcionalmente, a manutenção da solução adotada, que a esta altura dispensa maior rigor, como forma de não se desnaturar o caráter educacional das medidas socioeducativas – Precedentes – Aplicação inciso VIII do artigo 100, arts. 118, *caput* e 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Súmula 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça no caso em comento – Apelo improvido.

VOTO

O representante do Ministério Público junto à Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Sebastião ofereceu representação em face do adolescente S.M, ora apelante, e H.M.M. porque teriam os adolescentes praticado ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes. A r. sentença julgou procedente a representação com fundamento no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 e aplicou ao apelante a medida socioeducativa de "liberdade assistida" (fls. 231/235).

O Ministério Público apela aduzindo a inadequação da medida eleita, uma vez que, diante das provas coligidas e da gravidade da infração, a imposição da medida de internação, por prazo indeterminado, seria a solução mais adequada (fls. 290/294).

Processado de forma regular, com o oferecimento as contrarrazões (fls. 295/309), o digno Magistrado manteve a sentença recorrida (fl. 272), advindo parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo não provimento do apelo (fls. 313/316).

É o relatório.

Segundo a representação, no dia (...), por volta de (...), na Avenida (...),

Acesso ao Sumário

na cidade e Comarca de (...), H.M.M. ((...) anos) e S.M. ((...) anos), agindo em concurso, trazendo consigo, para fornecimento a terceiros, 09 (nove) porções de "Cannabis sativa L" (maconha) e 10 (dez) porções individuais de "cocaína", sem autorização e em desacordo com determinação legal e/ou regulamentar.

Em que pese à combatividade do ilustre representante do Ministério Público, tem-se que seu reclamo não reúne condições de ser acolhido.

Com efeito, a materialidade com relação ao tráfico de drogas restaram indiscutíveis, pois comprovadas pelo boletim de ocorrência nº 189/2014, laudos de exibição e apreensão (fls. 14/16), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 219/222) e pelos depoimentos prestados tanto informalmente (fls. 21/22) quanto em Juízo (fl. 228).

A autoria, da mesma forma, restou induvidosa.

O apelado, na data dos fatos, foi abordado por policiais e negou a prática do ato infracional, alegando que o entorpecente estava com o outro adolescente e o que tinha com ele era para uso pessoal (mídia 228).

O depoimento em juízo está em consonância com os demais elementos probantes, principalmente com os depoimentos dos policiais militares L.H.P. e C.C.P.

Autoria e materialidade comprovadas, restringe-se o debate somente quanto à medida socioeducativa adotada.

De se ressaltar, inicialmente, que o recorrido teve internação provisória decretada aos 16/1/2016 e sentença prolatada em 18/2/2016, neste intervalo esteve internado por aproximadamente 34 dias (fls. 25/26 e 238). Desde a data da sentença até conclusos a esse relator se decorreu o intervalo de aproximadamente 12 meses.

Pese-se, por outro lado, sem desmerecer a repulsa que a infração merece, no que se refere a medida socioeducativa adotada, sopesar o fato de que o adolescente S.M., possuía 17 anos de idade à época dos fatos, alcançando a maioridade no mesmo ano, é primário (fls. 17), não ostenta histórico de passagem pela Fundação Casa, estava matriculado e frequentava instituição de ensino conforme comprovantes às fls. 88, 89, 99, 100, trouxe provas de ocupação lícita como auxiliar de chaveiro às fls. 101, não denota familiaridade com o meio infracional conforme relatório favorável às fls. 206/211, conta com o apoio familiar, demonstrou arrependimento pelo que fez, manifestou desejo em prosseguir nos estudos e trabalho, razão pela qual, não parece que privá-lo da liberdade, por si só, seja a melhor medida a fim de atender aos melhores interesses da Criança e do Adolescente, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, bem aplicada a medida socioeducativa que vai ao encontro do disposto nos arts. 112, § 1º e 118, *caput*, do ECA.

Ademais, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da atualidade,

Acesso ao Sumário

previstos no inciso VIII do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão de os fatos articulados na inicial se reportarem ao mês de janeiro de 2016, mostra-se pouco razoável a inserção do apelado na medida extrema neste momento[1].

A respeito da necessidade de contemporaneidade entre a conduta infracional perpetrada e a necessidade de aplicação de medida socioeducativa, já se manifestou esta Colenda Câmara Especial:

> *Ato infracional – tráfico ilícito de entorpecentes – sentença que julgou procedente a representação com aplicação da medida de liberdade assistida – recurso do Ministério Público para o agravamento da medida – menor em meio aberto – fatos ocorridos há quase dois anos – necessidade de observância do princípio da atualidade – apelação não provida. (Apelação Cível nº 3002696-22.2013.8.26.0286, Relator Vice-Presidente do Tribunal de Justiça Desembargador Eros Piceli, j. 27.7.2015).*
>
> *"APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – Ato infracional equiparado ao crime de roubo em concurso de agentes – Sentença que aplicou medida socioeducativa de advertência aos jovens – Pretensão à aplicação de medida socioeducativa de internação – Impossibilidade – Ato infracional que autoriza, em tese, aplicação da medida extrema – Ausência, entretanto, de contemporaneidade na aplicação da medida socioeducativa – Adolescentes que responderam ao processo em liberdade – Circunstâncias pessoais e do caso concreto que recomendam a manutenção dos jovens na medida socioeducativa imposta pela r. sentença – Decisão que deve ser mantida – Recurso não provido" (Apelação Cível nº 0008893-23.2011.8.26.0348, Relatora Desembargadora Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 4.8.2014).*

Assim, considerando tais circunstâncias, somadas ao fato de que esta é a primeira vez que ao jovem é aplicada uma medida socioeducativa, bem como a possibilidade de ser encaminhado a programa de Plano Individual de Atendimento, como, aliás, já determinado pela r. sentença, imperioso se faz, visando atender o caráter pedagógico instituído pelo ECA, a manutenção do adolescente na medida conforme determinada, como forma de tentar promover sua socialização, que até então se mostra possível.

Nesse contexto, em homenagem ao princípio da excepcionalidade da internação e considerando outros fatores, tais como a capacidade de cumprimento de medida menos gravosa e as características pessoais do adolescente, tem-se que a medida a ser aplicada deve guardar direta relação com a capacidade de recuperação e desenvolvimento do jovem.

E, sob pena de se desnaturar o caráter reeducacional das medidas

Acesso ao Sumário

1 Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
VIII – proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada.

socioeducativas enumeradas no artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, convolando-as em singelas punições, não se apresenta o mais prudente interná-lo juntamente com notórios homicidas, roubadores ou traficantes, eis que, reitera-se, em que pese a gravidade da infração, evidenciado nos autos não ser o jovem pessoa dada a prática infracional.

Assim, já se pronunciou esta Colenda Câmara Especial:

APELAÇÃO. Ato infracional equiparado ao delito do artigo 33, caput, da lei 11.343/2006. Materialidade e autoria comprovadas pelo acervo probatório dos autos. Substituição excepcional da internação por liberdade assistida. Atenção aos objetivos traçados no artigo 1º, § 2º, incisos I, II e III, da lei nº 12.594/12 (Sinase). Admoestação verbal inadequada ante a gravidade da conduta. Segregação total da liberdade que se mostra desnecessária frente ao perfil do educando. Adolescente primário e confesso, que estuda, conta com amparo familiar e exercia atividade laborativa. Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0006608-79.2014.8.26.0048 – Câmara Especial – Rel. Issa Ahmed – j. 6.7.2015)."

Aliás, a Súmula 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, dispõe que *"o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente."*.

De se ressaltar que, aplicada uma medida socioeducativa, cabe ao Juiz da execução, como se sabe, reavaliá-la, acompanhando o atendimento destinado à adolescente, podendo, no momento oportuno, progredi-la (progressão), regredi-la (regressão), substituí-la (substituição) ou prorrogá-la (prorrogação).

Dessa forma, afigura-se mais adequada a manutenção do jovem na medida socioeducativa já fixada, conforme determinado pela r. Sentença.

Pelo exposto, **nega-se** provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1108669-39.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes C.F.M. e L.A.A.O., é apelado P. DE J. DA V. I. E J. C. 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 42.917)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO

Acesso ao Sumário

(DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 29 de maio de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Destituição do poder familiar – crianças afastadas do convívio familiar – demonstração do abandono moral, material e afetivo dos genitores – tentativas de reestruturação infrutíferas – hipótese prevista nos artigos 1.638, II, do Código Civil e 24 do ECA – prevalência do superior interesse dos infantes a impor a manutenção da r. sentença – recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por C.F.M. e L.A.A.O. contra a sentença proferida pela MMª. Juíza Mônica Gonzaga Arnoni (fls. 167/175), que julgou procedente o pedido do Ministério Público e destituiu os apelantes do poder familiar sobre os menores C.V.F.M.O., W.M.O., A.M.O., W.M.O., A.C.O. e L.G.O.

Alegam que a vulnerabilidade social não constitui causa para a decretação da perda do poder familiar. Aduzem, ainda, que o distúrbio psicológico do genitor e as supostas agressões perpetradas pela genitora não foram comprovadas nos autos. No mais, afirmam que a destituição é medida excepcional, cabível somente quando esgotadas todas tentativas de manutenção dos menores no seio da família natural ou extensa, e solicitam autorização para visitas. Pelos motivos expostos, requerem a improcedência da ação e, subsidiariamente, a suspensão do processo para realização de novos estudos psicossociais (fls. 182/193).

Apresentadas contrarrazões (fls. 199/201), a Procuradoria Geral de Justiça, nesta instância, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 205/208).

É o relatório.

Segundo os autos, C.V.F.M.O., W.M.O., A.M.O., W.M.O., A.C.O. e L.G.O., nascidos respectivamente em (...), (...), (...), (...), (...) e (...), são filhos de L.A.A.O. e C.F.M.

O núcleo familiar é acompanhado pelo Conselho Tutelar Regional da (...) e pela rede assistencial, vez que os genitores, ocupantes de imóveis invadidos, não proporcionavam aos filhos estrutura adequada à criação.

Conforme se depreende da inicial e dos documentos que a acompanham, os menores eram vítimas de abusos, omissões e negligências dos pais.

Acesso ao Sumário

Nas diversas visitas promovidas com o propósito de incluir a família em programas sociais, as profissionais do CREAS foram sempre mal recebidas, sobretudo pelo genitor, egresso do sistema penitenciário, resistente a qualquer abordagem ou intervenção da equipe multidisciplinar.

Há ainda notícias de que L. e C. são dependentes químicos, ressaltando-se que a genitora, portadora do vírus HIV e com a saúde debilitada, não se submetia a tratamento médico adequado.

O Serviço de Atenção Urbana, na única oportunidade que teve para verificar as condições internas do imóvel ocupado pela família, assim o descreveu:

> *"trata-se de um cômodo bem grande, porém, sem higienização nenhuma, em condições bastante precárias... No cômodo havia 02 colchões no chão, sendo um de casal e um de solteiro, onde as crianças se encontravam, uma geladeira e uma pia cheia de utensílios e sua maioria em uso, e sujos. Algumas das crianças estavam em péssimas condições de higiene e no mesmo ambiente havia mais 02 cachorros. Observou-se que o esgoto tem entrada direta dentro do próprio cômodo por um cano grande e aberto. O cômodo estava com um forte odor e na mesma encontrava-se fezes espalhadas" (fls. 14).*

Em vista do panorama retratado, os menores foram institucionalizados (processo nº (...)) e o Ministério Público ajuizou a presente ação.

Depois de decretada a suspensão do poder familiar dos requeridos, com vedação de visitas aos filhos (fls. 27/28), a equipe psicossocial do juízo foi convocada para avaliação do caso.

Na entrevista inaugural com a psicóloga judiciária (fls. 104/107), compareceu apenas o pai, que apresentou, segundo a profissional, indicadores de possíveis "transtornos decorrentes de desajustamento funcional da personalidade" (fls. 106).

O estudo social, por sua vez, envolveu os pais, as crianças, vizinhos, visita domiciliar e discussão técnica com outras especialistas (fls. 115/124).

Do referido relatório, merece destaque o relato das crianças, acolhidas há mais de dois anos, sobre as constantes agressões físicas praticadas pelo pai.

Conclui a assistente social que o *"núcleo familiar possivelmente convive com a violência estrutural, física e emocional há mais de uma geração"*, posicionando-se favorável à colocação dos infantes em família substituta (fls. 124).

Em juízo, ambos se preocuparam em negar as agressões e creem que o acolhimento dos menores ocorreu pelas péssimas condições do local onde antes residiam. Salientaram também que deixaram de consumir drogas e bebidas alcoólicas, além de exercerem atividade remunerada (fls. 143/146).

Acesso ao Sumário

Como visto, o contexto evidencia a desídia dos apelantes, que se furtaram do compromisso de assumir de modo prudente a criação dos filhos e, em nenhum momento, ponderaram sobre suas posturas, refutando todas as tentativas de reorganização familiar propostas pela equipe assistencial.

Destarte, evidente o abandono moral, material e afetivo dos menores, circunstância que autoriza a decretação da perda do poder familiar dos apelantes, na hipótese do artigo 1.638, inciso II, do Código Civil, e artigo 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por último, a possibilidade de inserção dos infantes na família extensa deve ser descartada, haja vista nenhum interessado ter se manifestado mesmo depois da institucionalização dos petizes.

Assim, a procedência do pedido, além de ser a consequência lógica dos dispositivos mencionados, mostra-se como o único meio de possibilitar que seja resguardado às crianças o direito à convivência familiar, ainda que em família substituta (art. 19 e 22 do ECA).

Do exposto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003934-87.2014.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que é apelante G.O.S. (MENOR), é apelado P. DE J. V. I. E J. DE I.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo adolescente G.O.S., mantida, na íntegra, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de maio de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 180, *CAPUT* DO CÓDIGO PENAL E ART. 28, *CAPUT* DA LEI 11.343/06. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. MATERIALIDADE E

AUTORIA DEMONSTRADAS. CONFISSÃO DO ADOLESCENTE CORROBORADA PELOS RELATOS DAS TESTEMUNHAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO APTAS A DEMONSTRAR A CIÊNCIA DA ORIGEM ESPÚRIA DO BEM. RESPONSABILIZAÇÃO DE RIGOR. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE SUFICIENTES AO PROCESSO RESSOCIALIZADOR DO REPRESENTADO. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 86/93, que julgou procedente a representação ofertada contra **G.O.S.** e o responsabilizou pela prática dos atos infracionais equiparados aos crimes previstos no art. 28, *caput* da Lei 11.343/06 e art. 180, *caput* do Código Penal, aplicando as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 6 meses, e liberdade assistida por prazo indeterminado. Inconformada, recorreu a defesa pugnando pela absolvição do adolescente por insuficiência de provas (fls. 100/104).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público (fls. 113/118).

A d. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer nos autos (fls. 124/129).

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Consta da representação que, na manhã do dia (...), na Rua (...), nº (...), na cidade de (...), G.O.S. mantinha em depósito para uso pessoal 0,590g de cocaína.

Narra o Ministério Público que, nas mesmas condições de tempo acima narradas, na residência do adolescente e na Rua (...), em um terreno baldio, na cidade de (...), G.O.S. ocultava, em proveito próprio, coisas que sabia ser produto de crime, pertencentes à vítima S.A.C.J.

A vítima S. teve sua motocicleta (...), (...), placas (...), furtada e compareceu na delegacia de polícia para noticiar o ocorrido.

Durante as diligências investigativas que se iniciaram, policiais receberam diversas notificações anônimas informando que a referida motocicleta estaria na residência de G.O.S. Com efeito, deliberaram pela busca domiciliar.

Na oportunidade, policiais localizaram no quarto do adolescente dois

Acesso ao Sumário

invólucros de plástico contendo cocaína em seu interior, destinada ao consumo pessoal, com peso líquido total de 0,590g.

Além disso, encontraram também no mesmo local algumas peças da referida motocicleta furtada. Indagado sobre a procedência dos objetos. G.O.S. conduziu os policiais a um terreno baldio próximo a sua casa e mostrou a eles o veículo parcialmente desmanchado.

A materialidade dos atos infracionais ficou demonstrada pelas circunstâncias descritas no boletim de ocorrência (fls. 4/12), nos documentos de fls. 13/16, no laudo de exame químico-toxicológico (fls. 17/18), no laudo pericial de fls. 30/32 e pela prova oral colhida.

A autoria restou igualmente comprovada.

Ouvido em juízo, **G.O.S.** confessou a prática dos dois atos infracionais, asseverando que adquiriu a motocicleta de um rapaz pelo valor de R$ 100,00. Asseverou que desconhecia que a motocicleta era roubada. Afirmou ter retirado a capa do filtro da motocicleta e que seu pai lhe disse que a motocicleta era roubada. Era usuário de cocaína e as drogas encontradas pelos policiais seriam para uso pessoal (mídia digital).

A genitora do apelante asseverou, em audiência, que desconhecia que seu filho era usuário de drogas. Em relação à motocicleta, asseverou que o adolescente a adquiriu de um rapaz que veio de uma fazenda com dinheiro que lhe foi dado pela avó. Alegou que o pai do adolescente dizia que a motocicleta era roubada, motivo pelo qual o adolescente decidiu guardar o veículo em um pasto. Afirmou que seu filho pagou R$ 100,00 pela motocicleta e que tem conhecimento de que uma motocicleta não custa tão pouco (mídia digital).

A testemunha **S.A.C.J.** asseverou, em audiência, que é proprietária da motocicleta (...), placas (...), e que teve sua motocicleta furtada. Alegou que recebeu um telefonema da delegacia informando que sua motocicleta havia sido encontrada. A motocicleta estava com o chassi raspado, sem placas, sem os documentos, sem filtro de ar e pintada de outra cor (mídia digital).

O policial militar **I.S.F.** asseverou, em audiência, que recebeu denúncia de que a motocicleta furtada estava em poder do apelante. Em diligências pela casa do adolescente, foram encontrados os entorpecentes descritos na representação e o próprio adolescente informou o local onde estava guardada a motocicleta, em um matagal. Há várias denúncias contra o adolescente por tráfico de entorpecentes e o adolescente é conhecido nos meios policiais (mídia digital).

Ao contrário do que alega a defesa, o conjunto probatório é suficiente à responsabilização do apelante e a procedência da representação não se baseou exclusivamente na confissão do adolescente.

G.O.S. não apresentou documentação que justifique a licitude da posse

da motocicleta e asseverou, em juízo, que adquiriu referida motocicleta de um rapaz que veio de uma fazenda pelo valor de R$ 100,00. A própria mãe do apelante afirmou, em audiência, que o valor pago pela motocicleta não condiz com seu valor de mercado.

Ademais, o próprio apelante afirmou que seu pai lhe disse que a motocicleta era objeto de ilícito e o obrigou a escondê-la, o que indica que ele, de fato, sabia a origem espúria do veículo.

Segundo entendimento jurisprudencial: *"É interessante assinalar, ainda, por relevante, que em se cuidando do crime descrito no art. 180, 'caput', do Código Penal, a prova é sutil e difícil, daí avultando a importância dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e a própria conduta do agente.* ***Não é por outra razão que a jurisprudência, de forma reiterada e unânime, tem reconhecido que a posse injustificada da*** **res** ***inverte o ônus da prova, de tal sorte que é perfeitamente possível atribuir a responsabilidade pelo crime de receptação dolosa ao agente que recebe bens de origem espúria e não apresenta justificativa cabal e palpável a respeito do fato"*** (TJSP – Apelação n.º 0088214-36.2008.8.26.0050, Rel. Sérgio Coelho, 10/11/2011).

No mais, o próprio apelante confessou que a droga encontrada em seu poder seria destinada ao consumo pessoal e sua confissão foi corroborada pelos relatos do seu genitor perante a psicóloga do Judiciário (fls. 69/71).

Com efeito, a procedência da representação e a consequente responsabilização do adolescente pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos previstos no art. 180, *caput* do Código Penal e art. 28, *caput* da Lei 11.343/06 eram medida de rigor.

No mais, verifica-se que as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade mostram-se adequadas às condições pessoais do adolescente, à natureza dos atos infracionais e ao seu processo de reeducação.

Ante o exposto e com estes fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo adolescente G.O.S., mantida, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1000315-03.2016.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que são apelantes M.B. e J.E.O., é apelado R.V.G.P. (MENOR).

Acesso ao Sumário

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 voluntário e deram parcial provimento ao reexame necessário. 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 41.549)**

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), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 8 de maio de 2017.

SALLES ABREU, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – ECA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS E INSUMOS NECESSÁRIOS À SAÚDE DE CRIANÇA PORTADORA MIELOMENINGOCELE LOMBAR – DIREITO À SAÚDE – SOLIDARIEDADE ENTRE ESTADO E MUNICÍPIOS – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – ATRIBUIÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER AO ENTE INDICADO PELA PARTE – REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA POR CONTA DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO INEFICAZ PERANTE O CIDADÃO – NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PARTICIPAÇÃO NECESSÁRIA DA FAZENDA DO ESTADO – SÚMULAS 37 E 66, TJSP – EXIGIBILIDADE INDEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO – NORMAS DE EFICÁCIA PLENA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS – PLANEJAMENTO GERAL DO FORNECIMENTO DE SAÚDE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO IMPEDE A EFETIVAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO INDIVIDUAL – PREVALÊNCIA DA ORDEM MÉDICA – MULTA

Acesso ao Sumário

COMINATÓRIA – POSSIBILIDADE – VALOR QUE DEVE SER REDUZIDO EM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR ARBITRADO COM EQUIDADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 85, §§ 2º E 8º DO CPC – SUCUMBÊNCIA RECURSAL FIXADA – RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO PROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r sentença de fls. 138/143, que julgou procedente a obrigação de fazer proposta por R.V.G.P. determinando o fornecimento à autora do kit sonda, na forma especificada às fls. 03 e 70/71, enquanto perdurar seu tratamento, autorizada a substituição por medicamento similar desde que permitido pelo médico da autora, sob pena de multa de R$ 1.000,00 por descumprimento dos prazos constantes do receituário médico.

É o relatório.

R.V.G.P. ingressou com ação de obrigação de fazer em face do Município de Boituva visando o fornecimento do kit sonda descrito à fls. 3 e 70/71.

No presente caso, a indicação dos equipamentos e insumos postulados está devidamente motivada pelos laudos médicos presentes à fls. 32, 34/36, 37/38 e pelo receituário médico juntado à fls. 70/71, havendo elementos de convicção suficientes para se confirmar a obrigação de seu fornecimento.

E não cabe ao Poder Judiciário questionar a opção do tratamento escolhido pelo profissional habilitado que vem acompanhando o estado de saúde da criança.

Assim, diante da comprovação dos problemas de saúde que acometem o menor e da necessidade de obtenção dos equipamentos e insumos, que se mostraram imprescindíveis, o Poder Público não pode se eximir de seu fornecimento de forma contínua, tal como especificada.

Ainda que se admita o chamamento ao processo nos autos de mandado de segurança, nos termos da Súmula 63 do TJSP, "é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território", razão pela qual não há falar em participação necessária da Fazenda do Estado.

Não há que se falar em ilegitimidade passiva, uma vez que há solidariedade entre os entes federados quanto a obrigação de prover a saúde (art. 23, II, CF), garantida pela Constituição Federal como direito público subjetivo (arts. 6º e 196,

Acesso ao Sumário

CF). A tese foi confirmada de forma definitiva no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178, com a seguinte ementa:

> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.**
>
> O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porque responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.
>
> (STF – Repercussão Geral no RE 855.175-SE – Pleno – rel. Min. Luiz Fux – j. 05.03.2015 – DJe 13.03.2015).

A decisão reafirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uníssona na existência de solidariedade dos entes federados no dever fundamental de prestação de saúde em favor de qualquer pessoa (STF – ARE 814.878 AgR – 2ª T. – rel. Min. Teori Zavascki – j. 17.03.2015; ARE 894.085 AgR/SP – 1ª T. – rel. Min. Luís Roberto Barroso – j. 13.12.2015; RE 717.290 AgR/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – j. 18.03.2014).

A posição adotada pelo Tribunal Constitucional não destoa do posicionamento adotado por esta Câmara Especial:

> Súmula 37, TJSP: A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.
>
> Súmula 66, TJSP: A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estados e Município.

Havendo solidariedade em sentido estrito, permite-se à parte indicar um, algum ou todos os responsáveis pela satisfação da obrigação pretendida (art. 275, *caput*, CC), não havendo que se questionar a escolha ou os limites da responsabilidade do escolhido.

Acesso ao Sumário

O fato de o art. 197, CF prever a administração hierarquizada do sistema único de saúde, amparada na diretriz da descentralização, não traduz isenção de responsabilidade própria de cada ente federado em prover dos meios necessários ao exercício do direito à saúde, pelo fornecimento de tratamento, medicamentos e insumos.

Afastado o argumento da ausência de responsabilidade própria da União, do Estado ou dos Municípios, ou de ilegitimidade passiva, declara-se a natureza solidária da obrigação de prover meios para a tutela à saúde (art. 196, CF).

Ademais, a saúde é direito social previsto na Constituição Federal como direito social de natureza fundamental (art. 6º, da CF), com eficácia plena em

face do Estado por força do art. 196, da CF (A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua **promoção, proteção e recuperação**). O próprio Supremo Tribunal Federal já declarou que *"o fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado"* (RE 717.290-AgR/RS – rel. Min. Luiz Fux).

O dever é reforçado quando se trata de direito à saúde de crianças e adolescentes, constituindo *"**dever** da família, da comunidade, da sociedade em geral e **do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetividade dos direitos referentes à vida, à saúde**, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."* (art. 4º, do ECA)

A norma especial assegura a crianças e adolescentes atendimento integral na área da saúde, por meio do SUS, incluindo o fornecimento de medicamentos e insumos. Dispõe o art. 11, do ECA que:

> "Art. 11. É assegurado **atendimento integral à saúde da criança e do adolescente**, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.
>
> (...)
>
> § 2º **Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.**"

É dever do Estado garantir a todos o acesso a meios de proteção e recuperação da saúde, afasta-se o caráter programático da norma, configurando-se direito público subjetivo exigível independentemente de normas de regulação ou mesmo de obstáculos decorrentes da aplicação da teoria da reserva do possível. O fato de a Constituição Federal determinar a realização de políticas públicas para a tutela da saúde não retira a eficácia do direito à saúde ou sua exigibilidade imediata frente à necessidade concreta.

O direito ao fornecimento do medicamento, equipamento ou insumo prescrito pelo médico assistente em detrimento daqueles constantes de listagem preparada pelo poder público é reconhecido pela jurisprudência:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO AO SUS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 2/STJ.

Acesso ao Sumário

(...)

2. Esta Corte admite o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS mediante Protocolos Clínicos, quando as instâncias ordinárias verificam a necessidade do tratamento prescrito.

3. Infere-se que a Corte local, após ampla análise do conjunto fático-probatório dos autos concluiu pela imprescindibilidade do medicamento em questão.

(...)

5. Agravo Regimental não provido.

(STJ – AgRg no RE 1.547.838-RN – 2ª T. – rel. Min. Herman Benjamin – j. 17.11.2015 – DJe 04.02.2016).

Nem se diga, por outro lado, que a determinação judicial de fornecimento de medicamentos, equipamentos e insumos necessários para atender à necessidade individual caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes.

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional.

A imposição de multa processual à Fazenda Pública como ferramenta de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer já foi declarada legal pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o entendimento consolidado: STJ – REsp 7.707.753/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – DJe. 27.2.2007; AgRg no REsp 796.255/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – DJe. 13.11.2006; REsp 831784/RS – 1ª T. – rel.ª Min.ª Denise Arruda – DJe. 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – DJe 16.10.2006; REsp 851760/RS – 1ª T. – rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJe 11.09.2006.

Todavia, a multa diária imposta, no valor correspondente a R$ 1.000,00 (mil reais), deve ser reduzida para R$ 200,00 (duzentos reais), valor suficiente para obter-se o desejado efeito inibitório de descumprimento da ordem judicial que guarda correlação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, adequando-se aos critérios adotados nesta Câmara Especial.

Acesso ao Sumário

A verba honorária foi fixada com equidade, levando-se em conta os parâmetros estabelecidos pelo artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC (R$ 1.000,00), conforme art. 85, § 8º, do CPC/15 (art. 20, § 4º, do CPC/73). Este valor é razoável e encontra respaldo na jurisprudência desta C. Câmara Especial.

Ademais, sendo o recurso interposto após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, necessária também a fixação da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, a qual arbitro no valor de R$ 200,00, devidos exclusivamente para a fase recursal, sem prejuízo do valor fixado em primeira instância.

Quanto ao prequestionamento, cediço que tal situação deve ser extraída de todo o contexto processual, sem a necessidade da referência aos artigos de lei

pretensamente violados. Sem prejuízo, importante salientar que não se vislumbra, no julgado, qualquer ofensa aos dispositivos constitucionais invocados.

Por tais fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo voluntário e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa necessária, apenas para reduzir a multa diária.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 05230)

Respeitado o entendimento da Douta maioria, dela ousei divergir.

ILEGITIMIDADE PASSIVA

A saúde é um direito social (art. 6º da CF), um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da CF). O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura **atendimento integral** à saúde da criança e do adolescente[1].

No art. 23, II, a Carta Magna prevê que é competência **comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública[2].

A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre a proteção à saúde pelo Estado, em seu art. 9º, também atribui a gestão do Sistema Único de Saúde a todas as esferas do governo[3].

Sobre o assunto, o col. Órgão Especial deste eg. Tribunal editou as Súmulas 37 e 66, nestes termos:

> Súmula 37: "A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno".
>
> Súmula 66: "A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado

1 Art. 11 – É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).
§ 1º A criança e o adolescente com deficiência serão atendidos, sem discriminação ou segregação, em suas necessidades gerais de saúde e específicas de habilitação e reabilitação.
§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.

2 Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I – (...)
II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

3 Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
I – no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

e Município".

Portanto, a obrigação de fornecer medicamentos, insumos, equipamentos e tratamento médico é solidária entre todos os entes da Federação, e pode ser exigida de qualquer deles. **Não há que se falar, portanto, em denunciação da lide ou chamamento ao processo do Estado.**

DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito social (art. 6º da CF), um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da CF). Não se pode invocar o caráter programático das regras constitucionais para deixar de cumprir a obrigação de fornecer medicamentos e adequado tratamento, quando indispensáveis[4].

O ECA assegura **atendimento integral e prioritário** à saúde da criança e do adolescente, por meio do SUS (art. 11, *caput*), com destaque para a precedência de atendimento nos serviços públicos, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos (art. 4º, *caput* e parágrafo único, b, c, e d, do ECA).

A imposição judicial de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos **não** implica ingerência do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Configura típico exercício da Jurisdição, conforme posição pacífica deste eg. TJSP[5].

PROVA DA NECESSIDADE

Para garantia do acesso universal e igualitário, depende-se do emprego dos recursos públicos com o máximo de eficiência. As decisões que tratam de situações particulares devem nortear-se pela excepcionalidade.

Aos médicos, cabe a prescrição dos medicamentos, insumos e equipamentos que mais bem se adequem ao tratamento do paciente.

À criança ou ao adolescente, cumpre a demonstração da necessidade do medicamento, tratamento ou insumo mediante exibição, por exemplo, de receita ou relatório médico fundamentado.

Ao ente público, deve-se reconhecer a possibilidade de demonstrar que o medicamento ou tratamento é desnecessário, que já seja disponibilizado na rede pública ou que exista alternativa na rede pública que atenda, de maneira igualmente satisfatória, a necessidade do cidadão.

Acesso ao Sumário

A inicial veio acompanhada somente com exame neonatal (fls. 32), ultrassonografias do abdome (fls. 34/36) e de rins e vias urinárias (fls. 37/38) e prescrição de medicamento estranho à lide (fls. 39).

Juntou-se receituário médico simples, apenas depois da decisão que concedeu a tutela de urgência (fls. 70/71), para especificar a quantidade de

4 RE AgR/RS 271.286, Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000.

5 Súmula 65.

itens.

A prova médica deve trazer esclarecimentos que possam ser reproduzidos na fundamentação da decisão judicial. Não é suficiente a mera prescrição, como razão de decidir.

Sequer o prontuário médico foi apresentado pela infante.

Também não ficou comprovada a alegação de que o Município disponibilizava administrativamente os insumos e, no final de 2015, interrompeu o fornecimento por corte de verbas destinadas à saúde.

Assim, de rigor a reforma da sentença.

Com essas considerações, **dava provimento** aos recursos.

ALVES BRAGA JUNIOR, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1000125-46.2016.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante MUNICÍPIO DE ITÁPOLIS, é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DE I.

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: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram: Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o Relator sorteado com declaração de voto. Acórdão com o 3º Juiz.". **(Voto nº 42.405)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencedores, e ALVES BRAGA JUNIOR, vencido.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Relator Designado

Ementa: Direito à saúde – fornecimento de medicamentos para tratamento de menor pelo Município – admissibilidade – princípio da proteção integral que justifica a disponibilização gratuita do tratamento prescrito – prevalência das normas que tratam do direito à vida e à saúde – inteligência das

Acesso ao Sumário

Súmulas 37 e 66 deste Tribunal de Justiça – apelação e reexame necessário não providos.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Município de Itápolis contra a sentença proferida pelo MM. Juiz Gustavo Abdala Garcia de Mello (fls. 42/44) que, em mandado de segurança, concedeu a ordem, compelindo o ente público fornecer à criança L.S.M., portadora de epilepsia CID G 40.5, os medicamentos Depakote ER 250 mg e Depakote ER 500 mg, na quantidade prescrita pelo médico, durante o período que permanecer em tratamento.

Inicialmente, pretende o apelante efeito suspensivo ao recurso. Depois, alega que em nenhum momento se negou a entregar o medicamento pleiteado e que a assistência à saúde prevista no texto constitucional deve ser efetivada através de programas governamentais e de acordo com os planos orçamentários, inviabilizando o atendimento de situações individualizadas. Afirma que a decisão judicial que impõe a disponibilização de medicamentos especiais e de alto custo afeta o equilíbrio financeiro e a ordem pública e que a União e os Estados devem colaborar nas atividades da saúde, justificando que o Município não pode ser obrigado a fornecer tais remédios porque seus recursos são muito escassos. Por fim, questiona a aplicação da multa diária imposta. Requer, ao final, o provimento do recurso, reconhecendo-se a improcedência do pedido (fls. 47/53).

Em primeiro lugar, o artigo 195 da Constituição Federal atribui expressamente o custeio do sistema único de saúde ao Executivo em todos os seus níveis, sem qualquer distinção. Trata-se, portanto, de responsabilidade solidária de todos os entes federativos.

Assim, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo nas demandas cuja pretensão seja o fornecimento de medicamentos, tratamentos e insumos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de qualquer um deles, raciocínio consolidado nas súmulas 37 e 66 deste Tribunal.

Acesso ao Sumário

No mais, a saúde é direito de todos e dever do Estado. A sua prioridade é estampada nos preceitos fundamentais da Constituição Federal, especificamente, nos seus artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*.

A obrigatoriedade de atendimento visa ao bem estar presente e futuro do menor, quem, exatamente por sua condição pessoal, dispõe de proteção integral e preferencial, forte nos artigos 1º e 11 da Lei nº 8.069/90.

De acordo com a jurisprudência pacífica desta Câmara Especial, é indiscutível o dever dos entes públicos de amparo à saúde de crianças e adolescentes. Contudo, em razão dessa obrigação envolver direito público e

subjetivo, ou seja, voltado contra o Estado e extensivo a todos, as concessões em torno da matéria devem ponderar, ainda, fatores que preservem a universalidade do atendimento.

Nesse sentido, quando o medicamento ou insumo foge ao padrão ofertado pela rede pública, forçoso observar, no caso concreto, se o pedido vem conjugado com provas que sustentem a excepcionalidade do fornecimento.

No presente caso, restou comprovado que a menor apresenta quadro de epilepsia – CID G 40.5.

A declaração médica prescreve o tratamento especializado e declara que outras medicações provocaram alergia ou foram ineficazes (fls. 26/27).

Diante dos termos do atestado firmado por profissional, cuja idoneidade não foi contestada, justifica-se a obrigação do ente público consistente em patrocinar à criança os medicamentos solicitados.

A Câmara Especial já decidiu nesse sentido, nos autos da apelação nº 0041593-13.2012.8.26.0576, relator Desembargador Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgado em 12.5.2014:

> *"Apelação e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Determinação judicial de fornecimento de insumos prescritos por médico para criança portadora de doença grave. Ação julgada procedente. Garantia fundamental consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com a jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Recursos improvidos".*

Presente, portanto, a obrigação da Administração Pública de fornecer à menor o tratamento de que precisa.

Do exposto, nega-se provimento à apelação e ao reexame necessário, mantendo-se a sentença.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 04861)

Respeitado o entendimento da Douta maioria, dela ousei divergir.

DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito social (art. 6º da CF), um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da CF). Não se pode invocar o caráter programático das regras constitucionais para deixar de cumprir a obrigação de fornecer

Acesso ao Sumário

medicamentos e adequado tratamento, quando indispensáveis[1].

No art. 23, II, a Carta Magna prevê que é competência **comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública[2].

A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre a proteção à saúde pelo Estado, em seu art. 9º, também atribui a gestão do Sistema Único de Saúde a todas as esferas do governo[3].

Sobre o assunto, o col. Órgão Especial deste eg. Tribunal editou as Súmulas 37 e 66, nestes termos:

> Súmula 37: "A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno".
>
> Súmula 66: "A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município".

A obrigação de fornecer medicamentos, insumos, equipamentos e tratamento médico é solidária entre todos os entes da Federação, e pode ser exigida de qualquer deles.

O ECA assegura **atendimento integral e prioritário** à saúde da criança e do adolescente, por meio do SUS (art. 11, *caput*), com destaque para a precedência de atendimento nos serviços públicos, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos (art. 4º, *caput* e parágrafo único, b, c, e d, do ECA).

A imposição judicial de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos **não** implica ingerência do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Configura típico exercício da Jurisdição, conforme posição pacífica deste eg. TJSP[4].

PROVA DA NECESSIDADE

Para garantia do acesso universal e igualitário, depende-se do emprego dos recursos públicos com o máximo de eficiência. As decisões que tratam de situações particulares devem nortear-se pela excepcionalidade.

Aos médicos, cabe a prescrição dos medicamentos, insumos e

Acesso ao Sumário

1 RE AgR/RS 271.286, Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000.

2 Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I – (...)
II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

3 Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
I – no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

4 Súmula 65.

equipamentos que mais bem se adequem ao tratamento do paciente.

À criança ou ao adolescente, cumpre a demonstração da necessidade do medicamento, tratamento ou insumo mediante exibição, por exemplo, de receita ou relatório médico fundamentado.

Ao ente público, deve-se reconhecer a possibilidade de demonstrar que o medicamento ou tratamento é desnecessário, que já seja disponibilizado na rede pública ou que exista alternativa na rede pública que atenda, de maneira igualmente satisfatória, a necessidade do cidadão.

Segundo o **relatório médico de fls. 26**, a criança tem síndromes epilépticas especiais e necessita dos medicamentos Depakote ER 250 mg e Depakote ER 500 mg, *"pois as outras medicações já prescritas deram alergia ou foram ineficazes"*.

Não se especificou, porém, quais seriam essas medicações.

O prontuário da Santa Casa de Misericórdia de Itápolis comprova a ministração de **apenas um medicamento** (nome ilegível, fls. 10).

A Secretaria Municipal de Saúde, por outro lado, trouxe aos autos **extensa relação** de medicamentos, até mesmo de alto de custo, que são disponibilizados na rede pública (fls.22).

A prova médica deve trazer esclarecimentos que possam ser reproduzidos na fundamentação da decisão judicial. Não é suficiente a mera prescrição, como razão de decidir, **principalmente em mandado de segurança**, notadamente quando há política pública para a doença diagnosticada.

Assim, de rigor a reforma da sentença.

Com essas razões, **dava provimento aos recursos** para julgar improcedente o pedido.

ALVES BRAGA JUNIOR, Desembargador, Relator sorteado vencido

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0063678-33.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE AVARÉ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam

Acesso ao Sumário

competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Avaré, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.141)**

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, 17 de abril de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência. Ação monitória. Redistribuição ao Juízo que decretou a falência da empresa credora. Inadmissibilidade. Ação não regida pela regra geral da Lei na qual figura a massa falida como autora. Exceção à regra do princípio da universalidade do juízo da falência, consagrado no artigo 76 da Lei nº 11.101/05. Não obstante a indivisibilidade que é inerente ao Juízo Universal, esta regra não é irrestrita, sendo inaplicável à hipótese ora "sub judice". Precedente desta Corte. Conflito procedente. Competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Avaré, ora suscitado.

VOTO

Trata-se o presente, em síntese, de conflito de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital, em autos de ação monitória, que inicialmente foi distribuída à 1ª Vara Cível de Avaré, tendo sido remetida à primeira com fundamento no art. 76, da Lei nº 11.101/2005. Aduz o suscitante, por sua vez, que não há ocorrência de prevenção do juízo especializado nos casos em que a Massa Falida figura como autora de ação não regulada pela Lei Falimentar (fls. 2/3 e 11).

Designou-se o juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fls. 13) e, nesta Instância, manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pela competência desse para o caso (fls. 17/18).

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, uma vez que ambos os magistrados se consideraram incompetentes para conhecer a lide.

De fato, a competência para apreciar a causa é do Juízo suscitado.

Desde logo, ressalte-se que a decretação de falência ocorreu em 2015, ou

Acesso ao Sumário

seja, na vigência da atual legislação. Incide, portanto, na espécie, o disposto na Lei nº 11.101/05.

No presente caso, aplicável o art. 76, da já citada Lei de Falência que consagra o denominado como "universalidade do juízo falimentar", a qual, em princípio, declara a competência do juiz que preside a falência, em todas as ações em que haja interesse da massa, conforme disposto: "O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo".

Com efeito, não obstante, a universalidade do juízo da falência seja aplicada como regra geral, essa apresenta exceção que incide no presente caso, por se tratar de ação monitória na qual figura o falido como autor. Em tal caso, possível que seja a ação ajuizada ante o juízo do domicílio do devedor e não o da falência.

Nesse sentido, cita-se precedente desta Colenda Câmara:

"Monitória movida pela Massa Falida – Remessa dos autos ao Juízo da Falência e Recuperação Judicial – Impossibilidade – Ressalva legal ao Juízo universal da Falência – Inteligência do art. 76 da lei 11.101, de 9-2-2005. Competência do M. Juízo suscitado, para apreciar e decidir na espécie." (CC nº 0063677-48.2016.8.26.0000, Rel. Presidente da Seção de Direito Público Des. Ricardo Dip, j. 30.1.2017, vu – Suscitante: Juízo da 2ª Vara da Falência e Recuperações Judiciais da Capital. Suscitado: Juízo da 1ª Vara Cível de Avaré).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de execução proposta por empresa que, posteriormente, teve falência decretada – Inocorrência de prevenção do juízo especializado – Massa falida é autora da ação – Exceção prevista no art. 76 da Lei 11.101/2005 – Conflito procedente para julgar competente o Juízo Suscitado". (CC 158.782-0/6-00, Rel. Des. MOREIRA CARVALHO).

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e se declara competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Avaré, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040236-38.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42493)**

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, 8 de maio de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de Reconhecimento de Multiparentalidade cumulada com Alteração do Registro Civil. Vara dos Registros Públicos. Competências previstas no artigo 38 do Decreto-Lei Complementar nº 03 – Código Judiciário do Estado de São Paulo –, e no artigo 31 do Decreto-Lei nº 158, que dispõe sobre a Organização Judiciária do Estado de São Paulo. Ação visando ao reconhecimento jurídico da existência de dupla paternidade. Matéria relativa ao âmbito do Direito de Família, sendo competente a Vara de Família para processá-la e julgá-la. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado declarada.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, instaurado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos da Capital, em face do Juízo de Direito da 10ª Vara de Família e Sucessões da Capital, nos autos da ação de Reconhecimento de Multiparentalidade cumulada com Alteração do Registro Civil.

Os requerentes movem a presente ação para alteração do registro civil da Requerente S.M.G., de modo a incluir o Requerente S.S. como pai, mantendo-se o registro de S.G.S. também como pai, em respeito à sua memória. Esclarecem que já lavraram escritura pública de reconhecimento de paternidade socioafetiva, em 31.03.2016, perante o 26º Tabelionato de Notas.

A demanda foi originalmente distribuída para a 10ª Vara da Família e Sucessões da Capital. Em decisão proferida em 09.06.2016, a MMª Juíza determinou a redistribuição do feito a uma das Varas de Registros Públicos, sob o entendimento de que, existindo a escritura pública, não haveria a necessidade

Acesso ao Sumário

de decisão judicial para seu reconhecimento. Fundamentou, ainda, que a alteração da certidão de nascimento da requerente S. foge da competência da Vara de Família e Sucessões, por não constar das hipóteses previstas no artigo 37 do Decreto-Lei Complementar nº 03/69 – Código Judiciário do Estado de São Paulo (fl. 20).

O Juízo da 2ª Vara de Registros Públicos, em vista da extrema peculiaridade do caso, antes de deliberar sobre a competência, abriu vista ao Ministério Público para manifestação (fl. 21).

O *parquet* opinou pela incompetência da Vara de Registros Públicos, sustentando que a matéria em questão diz respeito ao estado das pessoas naturais, com imprescindível dilação probatória (fls. 22/28).

A MMª Juíza da 2ª Vara de Registros Públicos, então, suscitou o presente conflito negativo de competência, sustentando, em síntese, que a pretensão voltada ao reconhecimento de paternidade socioafetiva não se restringe a uma questão meramente registrária, na medida em que envolve a formação de convencimento judicial sobre a concepção de família decorrente do vínculo socioafetivo; que a matéria posta em controvérsia não envolve alteração ou correção de eventuais erronias lançadas no assento, mas, sim, busca reconhecimento da existência de vínculo de filiação socioafetiva (fls. 29/31).

Processado o incidente, foi designado o juízo suscitado para apreciar, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, sendo solicitadas informações (fls. 33).

A magistrada suscitada apresentou resposta (fls. 37/39).

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou o seu parecer pelo acolhimento do conflito declarando-se competente o Douto Juízo suscitado (fls. 40/41).

Os requerentes peticionaram requerendo a tramitação prioritária, em razão da idade avançada do Requerente S.S. (fls. 43/45).

É o relatório.

Trata-se de ação de Reconhecimento de Multiparentalidade cumulada com Alteração do Registro Civil, conforme se constata da leitura da exordial (fls. 05/16).

Na medida em que ambos os MM. Juízes recusaram a competência, é de se conhecer do presente conflito negativo, nos termos do artigo 115, II do Código de Processo Civil (artigo 66, inciso II, do Novo Código de Processo Civil).

Data vênia do eminente Juiz suscitado, penso que, na hipótese presente, a razão encontra-se com o Juízo suscitante.

A questão de fundo é o reconhecimento jurídico da possibilidade da existência de dupla paternidade, sendo certo que a questão registral fica

Acesso ao Sumário

submetida ao fato principal.

Dispõe o Decreto-Lei Complementar nº 03, de 27 de agosto de 1969 – Código Judiciário do Estado de São Paulo:

> ***Artigo 38 – Aos Juízes das Varas dos Registros Públicos, ressalvada a Jurisdição das Varas Distritais, compete:***
>
> ***I – processar e julgar os feitos contenciosos ou administrativos, principais, acessórios e seus incidentes relativos aos registros Públicos, inclusive os de loteamento de imóveis, bem de família, casamento nuncupativo e usucapião;***
>
> ***II – dirimir as dúvidas dos oficiais de registro e tabeliães, quanto aos atos de seu ofício e as suscitadas em execução de sentença proferida em outro juízo, sem ofender a coisa julgada;***
>
> ***III – decidir as reclamações formuladas e ordenar a prática ou cancelamento de qualquer ato de serventuário sujeito à sua disciplina e inspeção, salvo matéria da competência específica do outro juízo;***
>
> ***IV – processar e julgar as suspeições opostas aos serventuários dos cartórios que lhes estão subordinados;***
>
> ***V – processar a matrícula de jornais, revistas e outros periódicos e das oficinas impressoras;***
>
> ***VI – decidir os incidentes nas habilitações de casamento.***
>
> **(nossos grifos).**

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 158, de 28 de outubro de 1969, que dispõe sobre a Organização Judiciária do Estado de São Paulo, esclarece:

> ***Artigo 31. – Além da competência prevista no artigo 30 do Código Judiciário cabe ainda ao Juiz da Vara dos Registros Públicos***
>
> ***I – processar medidas preventivas, preparatórias e incidentes em matéria de sua competência;***
>
> ***II – exercer a corregedoria permanente dos cartórios extrajudiciais da Comarca da Capital, rubricar-lhes os livros e aplicar penas disciplinares aos serventuários, escreventes e auxiliares, na forma das leis vigentes.***

Acesso ao Sumário

Verifica-se, assim, que a competência da Vara de Registros Públicos cinge-se às questões meramente formais dos registros, tais como a retificação dos nomes, datas de nascimento ou simples correção de grafia, tendo o procedimento de retificação natureza meramente administrativa.

Portanto, a Vara dos Registros Públicos não é competente para julgar a ação em questão, pois não se trata somente de questão registral, mas, sim, do reconhecimento de filiação, isto é, reconhecimento da possibilidade jurídica da existência de dupla paternidade.

Ademais, o Decreto-Lei Complementar nº 3/69, dispõe o seguinte sobre

a competência das Varas de Família e Sucessões:

Artigo 37 - Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:

I – processar e julgar:

a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes;

b) os inventários, arrolamentos e partilhas, bem como a divisão geodésica das terras partilhadas e a demarcação dos quinhões.

II – conhecer e decidir as questões relativas a:

a) capacidade, pátrio poder, tutela e curatela, inclusive prestação de contas;

b) bens de incapazes;

c) registro e cumprimento de testamentos e codicilos;

d) arrecadação de herança jacente, bens de ausentes e vagos;

e) suprimento de idade e consentimento, inclusive outorga marital e uxória;

f) vínculos, usufruto e fideicomisso;

g) adoção e legitimação adotiva, ressalvados os casos de competência das Varas de Menores;

h) fundações instituídas por particulares e sua administração.

(nossos grifos)

Verifica-se, assim, que o caso dos autos encaixa-se na competência da Vara de Família e Sucessões, nos termos da legislação acima transcrita.

É dizer, a competência é da Vara de Família e não da Vara dos Registros Públicos, já que pela competência desta, o feito teria natureza simplesmente administrativa, o que não é a hipótese dos autos.

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito para declarar competente para conhecer e julgar o pedido o Juízo de Direito da 10ª Vara de Família e Sucessões da Capital, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011832-40.2017.8.26.0000, da Comarca de Mogi Guaçu, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE MOGI GUAÇU, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE MOGI GUAÇU.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Acesso ao Sumário

proferir a seguinte decisão: "Declararam competência do M. Juízo suscitante, qual seja, o da digna 2ª Vara Cível de Mogi Guaçu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 8 de maio de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

– Reclamação trabalhista – cobrança de FGTS e multa por rescisão contratual – Emenda da petição inicial com alteração do valor da causa e, depois, remessa dos autos a Vara Cível da Comarca – Possibilidade – Inteligência do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n. 12.153/2009 (de 22-12) – Incompetência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública para as causas de valor excedente a 60 salários mínimos.

Competência do M. Juízo suscitante, para apreciar e decidir a espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 2ª Vara Cível de Mogi Guaçu em face do M. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível da mesma Comarca, nos autos de reclamação trabalhista, ajuizada por Maria Otília Pappa contra o Município de Mogi Guaçu (fls. 7-13).

Desfiou-se o conflito com o fundamento de que a alteração do valor da causa, por emenda à inicial, não altera a competência fixada pelo momento da propositura da ação.

É o relatório.

VOTO:

2. Admissível o conflito negativo de competência no caso em análise, a teor do inc. II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

A demanda foi livremente distribuída ao M. Juízo da 2ª Vara Cível de Mogi Guaçu, que determinou a remessa dos autos ao M. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível da mesma comarca, e, após a emenda da inicial, alterou-se o valor atribuído à causa para R$ 70.456,27 (fls. 20-1), além da alçada do

Acesso ao Sumário

Juizado, acarretando a determinação de retorno dos autos ao M. Juízo da 2ª Vara Cível.

3. Consabido que o valor da causa cumpre refletir o conteúdo patrimonial perseguido pela autora da ação.

Nessa esteira, deve observar-se que, no caso em exame, o valor atribuído à causa pela autora, mercê de emenda à petição inicial (fls. 20-1), e à falta de melhor critério, somente fez refletir a expressão econômica da lide, vale dizer, o valor do contrato a que se ligou a penalidade administrativa.

Digno é notar que a exigência legal de atribuir-se **adequadamente** valor à causa justifica-se, especialmente no caso em exame, como critério para a determinação de competência de juízo, matéria de ordem pública, inderrogável pela vontade das partes.

A Lei Federal 12.153/09 (de 22-12), em seu artigo 2º, dispõe ser da *"competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar **causas cíveis** de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, **até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos**"* (grifou-se). Mais adiante, no § 2º do mesmo artigo, complementa dispondo que, *"quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no caput deste artigo"*. O § 4º do referido artigo determina, ainda, que *"no foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua **competência é absoluta**"* (grifou-se, art. 2º, § 4º).

É da competência **absoluta**, portanto, do Juizado especial da **Fazenda Pública** o julgamento das ações em que o valor não exceda a 60 salários mínimos. É dizer, há **incompetência absoluta** do Juizado Especial da Fazenda Pública para o processamento e julgamento das causas de expressão econômica desbordante desses lindes. Para além dessa alçada, as pretensões de interesse dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios **não devem** tramitar no Juizado especial da **Fazenda Pública, padecendo de nulidade a demanda que percorrer essa via**.

Diante de tal quadro, ainda que se reconheça certo grau de discrição no valor atribuído à causa pelo M. Juízo suscitado, parece legítimo considerar que aludido valor, conquanto estimativo, apresenta-se *prima facie* muito mais sintonizado à expressão econômica do pedido deduzido pela autora, no cotejo com o valor originalmente atribuído à demanda na petição inicial emendada.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitante, qual seja, o da digna 2ª Vara Cível de Mogi Guaçu.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0001273-24.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é suscitado MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

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 30.174)**

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, 8 de maio de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de guarda proposta por avó materna ao tomar conhecimento de suposto abuso sexual do genitor para com seus netos com a conivência da genitora. Configurada situação de risco a reconhecer a competência da Vara da Infância e da Juventude para processamento do feito, nos termos do artigo 98, inciso II e 148, parágrafo único, 'a', do Estatuto da Criança e do Adolescente – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude em face do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família e Sucessões, ambos da Comarca de São José dos Campos, nos autos de ação de guarda dos netos (...), (...), (...) e (...), ajuizada pela avó (...) em face de (...) e (...) (fls. 6/11).

Alega o suscitante, em apertada síntese, que, ainda que se reconheça que o Juízo da Infância e da Juventude tem competência para julgar ação de guarda em decorrência de situação de risco vivida pelas crianças, tem-se que, no presente caso, tal situação não está devidamente caracterizada, haja vista

os quatro menores já estão sob a guarda provisória da avó, não se encontrando desamparados ou com direitos violados (fls. 2/4).

Já o juízo suscitado sustenta que, havendo denúncias de eventual prática de abuso sexual por parte do genitor das crianças, torna competente o Anexo da Infância e Juventude para o processamento do presente feito (fl. 15).

Designou-se o MM. Juízo suscitante para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 40).

Manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo acolhimento do conflito, a fim de se declarar competente o MM. Juízo suscitante (fls. 43/45).

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os MM. Juízos indicados se consideraram incompetentes para conhecer da demanda.

Em que pesem as alegações pelo nobre Juízo suscitante, dele é a competência para conhecer e julgar a presente ação.

Do que consta dos autos, houve registro de Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida para apuração dos fatos (fls. 20/22) concedendo-se como medida preventiva a guarda provisória a avó materna (fls. 18/19), o que evidencia hipótese de menores em situação de risco. Ainda que se trate de mera suspeita, não se pode perder de vista a situação de risco vivenciada pelas crianças, e caso demonstrada a violência sexual em tela, perpetrada pelo genitor com condescendência da genitora, autorizado o processamento do feito pela Vara da Infância e da Juventude, nos termos dos artigos 98, inciso I e 148, parágrafo único, 'a', do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mais razoável, portanto, o reconhecimento da competência do MM. Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São José dos Campos.

Nesse sentido já se manifestou essa Egrégia Câmara Especial:

"Conflito negativo de competência. Pedido de guarda ajuizado pelo genitor contra a genitora. Distribuição livre para a 4ª Vara Cível de Limeira. Redistribuição para Vara da Infância e Juventude. Menor que se encontra na guarda de fato do genitor. Parecer da assistente social que indica necessidade de estudos mais elaborados sobre a situação da criança para verificação de eventual situação de risco, sugerindo que a guarda, eventualmente, seja concedida para outro membro da família extensa. Pedido de guarda que se fundou em maus tratos da genitora. Genitor que reconhece fazer uso de drogas e que pretende se internar numa clínica de recuperação. Situação de risco, em tese, que justifica o deslocamento de competência ao Juízo da Infância e Juventude. Inteligência do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitante" (Conflito de Competência nº 0046352-94.2015.8.26.0000, Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Público, j. 10.12.2015).

Acesso ao Sumário

"Conflito Negativo de Competência. Ação de modificação e revogação de guarda de menores. Documentação acostada aos autos que revela a existência de sérios problemas familiares que podem implicar reais prejuízos à formação e crescimento dos infantes. Situação, portanto, que se subsome à situação irregular ou de risco disposta no artigo 148, parágrafo único, c.c. artigo 98, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Necessidade de atuação da Justiça Especializada. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado" (Conflito de Competência nº 167.823.0/5, Rel. Des. Martins Pinto, j. 10.11.2008).

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito, a fim de declarar a competência do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São José dos Campos, ora suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0012763-43.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE PENHA DE FRANÇA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 37ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.350)**

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, 29 de maio de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de nulidade de ato associativo cumulada com indenização por danos materiais. Pedido acessório de ressarcimento que não tem o condão de alterar a competência do pedido principal. Inteligência dos artigos 92 do Código Civil e 53, inciso IV, alínea "b", do Código de Processo Civil. Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo da 37ª Vara Cível da Capital, ora suscitado.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional VI Penha de França em face do MM. Juiz de Direito da 37ª Vara Cível da Capital, nos autos da ação de nulidade de convocação e da Assembleia Geral Extraordinária cumulada com pedido de indenização por danos materiais.

Entendeu o Juízo suscitado remeter os autos a uma das Varas Cíveis do Foro Regional da Penha de França sob o argumento de que *"os supostos danos materiais mencionados na inicial (correspondentes ao valor gasto para publicação de editais), se admitidos, não teriam ocorrido no momento da realização da Assembleia, razão pela qual não se pode considerar o local de sua realização como o da ocorrência dos danos."* (fls. 761/762).

Por sua vez, o Juízo suscitante entendeu que ao caso se aplica a norma do artigo 53, inciso IV, alínea "b" do Código de Processo Civil (fls. 2/6).

Designado o Juízo suscitado para apreciar e resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fls. 1104).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar nos termos do artigo 178 e 951, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil (fl. 1109).

É o relatório.

O presente conflito deve de ser conhecido tendo em vista que ambos os Juízos declinam da competência para conhecer e julgar a demanda nos termos do artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ressalvado entendimento em contrário, a competência é do MM. Juízo suscitado.

Consta dos autos que se pretende anular deliberação assemblear de ato praticado por membro do Conselho Fiscal da Cooperativa de Crédito Mútuo dos Praças e Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo – COOPERACS-SP, bem como ressarcir-se a autora do valor R$ 672,00, gasto com a publicação do edital. Dessa forma, o pedido subsidiário feito de danos materiais, não tem a faculdade para determinar a competência, sobrepondo o pedido principal que é a nulidade da reunião assemblear.

Nesse sentido, como bem elucidou o nobre Juiz suscitante: "... O fato de se pleitear um pequeno pedido subsidiário de *'(...) ressarcimento dos danos materiais causados à autora no valor de R$ 672,00 [R$ 336,00 + R $336,00], gastos com a publicação no jornal Diário de São Paulo do Edital de AGE publicada em 02.12.2015, indevidamente convocada (...)'*, não tem o condão de transmutar o pedido principal (declaração de nulidade do ato associativo) em acessório e o pedido acessório (ressarcimento dos gastos do ato associativo) em principal, para então, por meio dessa inversão, se estabelecer a competência.

Acesso ao Sumário

Não há ressarcimento do gasto para a convocação de AGE sem antes se discernir sobre a natureza (incontroversa) e a regularidade (controversa) do ato associativo (artigo 92 do CC: "Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal"). (fl. 3)

No presente caso, a anulação do ato associativo praticado por membros do Conselho Fiscal, segue a regra do artigo 53, inciso IV, alínea "b", do CPC : "É competente o foro: (...) IV – do lugar do ato ou fato para a ação: (...) b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios". Assim, estabelece a norma o processamento do feito no juízo onde os requeridos exercem seus cargos associativos na cooperativa que, no caso, como também a sede da instituição, estão sob a jurisdição do Foro Central da Capital.

Por tais razões, julgo procedente o conflito negativo e declaro competente para conhecer e julgar a ação a **MMa. Juíza de Direito da 37ª Vara Cível da Capital**, ora **suscitada**.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2027651-80.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente V.H.M.A.M.S.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem de *habeas corpus*, para julgar extinta a medida socioeducativa imposta ao paciente, comunicando-se a origem para as providências pertinentes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40893)**

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, 17 de abril de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução de medida de internação – Expedição de mandado de busca e apreensão – Hipótese em que o ato infracional foi

praticado há mais de dois anos – Jovem que, ademais, já atingiu a maioridade e não se envolveu em outros atos infracionais – Retomada da medida de internação que, a esta altura, mostra-se desnecessária – Princípios da atualidade e brevidade – Circunstâncias peculiares do caso concreto que autorizam a extinção da medida socioeducativa – Ordem concedida.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente V.H.M.A.M.S. sustentando, em suma, que ele está sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude, que determinou a renovação de mandado de busca e apreensão do paciente, a fim de que ele seja reconduzido ao cumprimento da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

Sustenta a impetrante que a medida socioeducativa deve ser extinta, porque não mais se encontram presentes os requisitos da brevidade e da mínima intervenção, exigidos pelo artigo 35, V e VII, da Lei do SINASE, notadamente à vista do longo lapso temporal decorrido desde a prática do ato infracional. Ademais, antes da fuga do adolescente, havia relatório conclusivo da Fundação Casa dando conta de que a finalidade socioeducativa da internação já havia sido integralmente alcançada. Pugna pela concessão da liminar e da ordem.

Processado com liminar, nos termos da decisão de fls. 263/264, sobreveio parecer da d. Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem (fls. 269/272).

É o relatório.

A concessão da ordem é de rigor.

Com efeito, é dos autos que ao paciente foi imposta, em novembro de 2014, medida socioeducativa de internação, mas o jovem infrator descumpriu a medida em maio de 2016 e, desde então, frustradas as tentativas para sua localização, encontra-se em local incerto e não sabido.

Nesse cenário, forçoso reconhecer-se que a execução da medida socioeducativa não mais atende aos princípios da atualidade e da brevidade, insculpidos no artigo 35 da Lei 12.594/2012, máxime levando-se em conta que o ato infracional pelo qual recebeu a medida foi praticado em outubro de 2014, há mais de dois anos, portanto.

Demais disso, não se pode perder de vista que o paciente atingiu a maioridade, circunstância que, a despeito de não impedir a execução da medida, revela que seu propósito ressocializador não mais subsiste, pois eventual

Acesso ao Sumário

novo envolvimento do paciente com o meio infracional conduzirá à sua responsabilização pelo estatuto penal.

Aliás, não há notícias de que ele tenha voltado a se envolver com o meio infracional, a despeito de se encontrar em liberdade desde maio de 2016, sendo certo que já existia, em seu favor, relatório conclusivo da Fundação Casa dando conta de que a finalidade socioeducativa da internação já havia sido integralmente alcançada (fls. 216/222), de modo que o caso caminhava para eventual abrandamento da medida outrora aplicada.

Nesse cenário, a retomada do cumprimento da internação, a essa altura, significaria reconhecer tão somente o caráter punitivo da medida, afastando-se dos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo de rigor a extinção da medida socioeducativa.

A hipótese é, portanto, de extinção da medida socioeducativa, como, a propósito, postulou o próprio Ministério Público (doc. de fls. 255).

Isto posto, pelo meu voto, concede-se a ordem de *habeas corpus*, para julgar extinta a medida socioeducativa imposta ao paciente, comunicando-se a origem para as providências pertinentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2034591-61.2017.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente I.P.O. (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 41.090)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 17 de abril de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Aplicação da medida socioeducativa de internação – Ilegalidade da medida – Descabimento – Internação necessária e proporcional à gravidade do fato e às condições pessoais do infrator, que reitera

no cometimento de infrações graves – Inteligência do artigo 122, do ECA – A Súmula 492 do C. STJ não veda a imposição de internação, apenas estabelece que a medida deve ser aplicada consoante o caso concreto – A internação, no caso em tela, é necessária em face da gravidade do fato e das condições pessoais da adolescente – Substituição da medida fundada no art. 49, II, da Lei 12.594/12 (SINASE) – Inadmissibilidade – Inexistência de unidade de internação na Comarca de residência do paciente não justifica a liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família, a permitir a presença dos familiares no processo de ressocialização – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Defensor Público Daniel Palotti Secco, com pedido liminar, em favor de **I.P.O.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Judicial da comarca de Ubatuba.

Esclarece que a paciente foi responsabilizada pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes e submetida à medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado. Defende a ilegalidade da medida, por ausência dos requisitos previstos no rol taxativo do art. 122, ECA e por contrariar a equipe técnica da fundação CASA, que sugeriu, fundamentadamente, a aplicação da medida de liberdade assistida. Afirma que a r. decisão ofende as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude e a Súmula 492 do C. STJ. Alega que a adolescente está internada em Comarca distinta de sua residência, em desacordo com os artigos 35, IX, e 49, II, ambos da Lei do SINASE.

Requer, liminarmente, que a paciente aguarde em liberdade o julgamento do presente *writ*. No mérito, busca a cassação da r. decisão e a substituição da internação por medida socioeducativa em meio aberto.

Indeferida a liminar (fls. 34/36), foram dispensadas as informações de praxe.

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 40/53).

É o relatório.

A presente ordem de *habeas corpus* é de ser denegada, posto que ausente o apontado constrangimento ilegal.

Acesso ao Sumário

A r. sentença julgou procedente a representação e aplicou à paciente a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, reconhecendo ter ela praticado ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes (fls. 22/27).

E a decisão está fundamentada, devendo ser mantida, visto que a autoridade apontada coatora justificou a necessidade imperiosa da aplicação da medida de internação, uma vez que reconheceu a prática do ato infracional após análise acurada do conjunto probatório.

Consta dos autos que a paciente juntamente com o imputável J.R.T.M., agindo com unidade de desígnios, trazia consigo, 23 pinos de cocaína, substância essa entorpecente que causa dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, bem como certa quantia em dinheiro.

No tocante à medida aplicada, a digna Autoridade Judiciária justificou sua decisão não só com base na gravidade dos atos infracionais, em questão, mas, também, considerou as condições pessoais da adolescente. Na ocasião, consignou que a paciente *"...teve participação efetiva nos fatos, atuação esta que não pode ser tida como de somenos importância, de forma a embasar eventual medida em meio aberto, como se pretende, já que a representada confessou a autoria do ato infracional e demonstrou audácia ao tentar se evadir da Delegacia de Polícia subtraindo a droga apreendida."* Destacou, ainda, que, além da gravidade do ato infracional cometido pela paciente, o envolvimento dela com pessoas envolvidas com o tráfico de drogas, a reiteração da sua conduta, bem como a fuga da casa da mãe, demonstram a efetiva situação de risco em que ela se encontra no meio aberto.

Bem concluiu, assim, que a internação era a única medida que se coadunaria com o grave contexto apurado, razão porque não se mostra recomendável a sua substituição por outra medida em meio aberto.

A tese sustentada pela impetrante de que estão ausentes quaisquer das hipóteses elencadas no art. 122 do ECA não merece ser acolhida.

Cumpre destacar que a paciente foi responsabilizada pela prática de ato infracional grave, análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, que atemoriza a sociedade, repercutindo de modo negativo na vida de um número indeterminado de pessoas, propiciando sentimento de impunidade e insegurança, devendo, por isso, o Judiciário adotar resposta célere e proporcional.

A internação, demais disso, mostra-se adequada não só para acautelar a sociedade, mas, e principalmente, para afastar o adolescente da evidente e acentuada situação de risco em que se encontra, em razão da sua ampla exposição ao mundo do crime, como forma de materializar o princípio da proteção integral.

Com efeito, o inciso I do art. 122 do ECA estabelece que a internação só

pode ser aplicada quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Todavia, não há que se olvidar que a conduta do agente, qual seja, a de trazer consigo substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, com finalidade de comercialização, leva o usuário a condições deploráveis e até à morte, evidenciando, assim, violência e grave ameaça, além de grave risco à saúde pública.

Referido dispositivo legal não deve ser interpretado de forma restrita, pois, se assim fosse, os atos infracionais equiparados a crimes de menor potencial ofensivo, como: lesão corporal leve, ameaça e constrangimento ilegal seriam suscetíveis de internação, enquanto que o ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, considerado crime hediondo, não poderia ensejar a internação, tudo sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade.

De mais a mais, importante destacar que o tráfico de drogas representa risco concreto para a sociedade, porque fomenta diversas outras infrações graves, o que ainda mais justifica a necessidade de resposta severa ao adolescente, com a sua internação, conforme dispõe o art. 112, § 1º do ECA.

E a Súmula 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça não veda a imposição de internação ao ato equiparado ao tráfico, mas apenas estabelece que a medida deva ser aplicada consoante o caso concreto, como no caso em exame, em que a internação é necessária em face da gravidade do fato e das condições pessoais do adolescente.

O pedido de substituição da internação por medida em meio aberto pela não internação em estabelecimento no mesmo domicílio da família não encontra amparo na legislação, não se vislumbrando ofensa ao artigo 49, inciso II, da Lei 12.594/12.

Verifica-se às fls. 30/31 que a paciente cumpre a medida socioeducativa de internação na Casa Ruth Pistori/SP.

Convém destacar que a internação da paciente na Capital não viola o disposto no artigo 49, inciso II, do SINASE. É recomendável que o cumprimento da medida socioeducativa, pelo adolescente, se dê perto de sua família, porém, tal circunstância, por si só, não pode justificar a liberação do jovem ou a atenuação da medida, visto que vários outros fatores devem ser considerados como: disponibilidade de vagas; eventual superlotação; idade compatível; periculosidade do menor infrator, dentre outros.

O artigo 49, inciso II, da Lei do SINASE não pode ser analisado de forma isolada, porquanto, se houve a manutenção da medida privativa de liberdade é porque o Juízo *a quo* entendeu por bem que a internação seria medida mais adequada ao adolescente no presente caso. Assim, colocar o paciente para cumprir medida em meio aberto, tão somente pelo fato de não existir unidade de internação próxima a sua residência, significaria condená-lo a viver uma

Acesso ao Sumário

vida nos mesmos moldes que o levaram à prática infracional. Ademais, tanto o SINASE como o ECA são regidos pela intenção de possibilitar que a família tenha contato com o adolescente, facilitando a sua vinda em dias de visita e acompanhando-o de maneira sistemática em seu processo evolutivo, facilitando, assim, o regresso da paciente ao convívio familiar. Para isso, não é necessário que a família esteja residindo próximo ao local em que se encontra internada o adolescente.

Importante, por fim, salientar que o artigo 35, inciso IX, da Lei nº 12.594/12 não traduz direito absoluto do adolescente infrator ser inserido em medida socioeducativa em meio aberto por não haver vaga para regime de internação na Comarca em que residem seus familiares. O princípio contido no referido dispositivo legal visa garantir a continuidade da convivência entre o adolescente infrator e seus familiares, como medida salutar em seu processo socioeducativo.

E para tal finalidade, há previsão de concessão de auxílio financeiro para despesas decorrentes do deslocamento da família de adolescentes que cumprem medida em unidades de internação da "Fundação CASA", o que possibilita, ainda que minimamente, a presença dos familiares no processo de ressocialização.

Destarte, a medida de internação aplicada ao paciente não comporta reparo, eis que justificada sua excepcionalidade e necessidade.

Logo, inexiste qualquer ilegalidade a ensejar a pretendida aplicação de medida em meio aberto.

Ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem é de rigor.

Isto posto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor de **I.P.O.**, nos termos acima descritos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2048410-65.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente M.E.O.

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 41.854)**

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, 8 de maio de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado a roubo tentado majorado (art. 157, § 3º, c.c o art. 14, II, ambos do Código Penal) – Cumprimento de medida socioeducativa de internação – Decisão *extra petita* – Inocorrência – Juízo da execução que não está adstrito ao pleito das partes – Decisão devidamente fundamentada – Relatório técnico que não vincula o magistrado – Extinção que se mostra descabida – Designação de reavaliação pela equipe técnica do juízo – Inocorrência de constrangimento ilegal – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor da adolescente M.E.O., sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital.

Sustenta a impetrante que a paciente cumpre medida socioeducativa de internação desde 22/06/16 e, embora haja relatório técnico conclusivo sugerindo a extinção da medida pelo cumprimento de sua finalidade, foi determinada a realização de avaliação pela equipe técnica do juízo, o que lhe ocasiona constrangimento ilegal. Requer a imediata liberação da paciente, a fim de que aguarde em liberdade o julgamento do *writ* e, ao final, a concessão da ordem.

Processado sem liminar, nos termos da decisão de fls. 166/167.

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (fls. 172/174).

É o relatório.

De início, não se revela *extra petita* a decisão que determinou o prosseguimento da execução.

A ausência de requerimento não enseja afronta ao sistema acusatório ou ao princípio da inércia da jurisdição. Tal como sucede no campo criminal, em que se estabeleceu a *"jurisdicionalização da execução penal"*, a intervenção do juiz na execução socioeducativa estatal, além de preservar as garantias

Acesso ao Sumário

individual e coletiva, é decorrência lógica do princípio constitucional do devido processo legal.

Assim, confere-se ao Juízo da execução o poder geral de cautela para eleger as providências apropriadas para corrigir o socioeducando, de acordo com suas necessidades pedagógicas e protetivas, não estando adstrito ao requerimento das partes, como prevê o art. 148, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, o juiz, ao receber as manifestações ministerial e defensiva, não é mero chancelador ou homologador de situações atestadas ou certificadas por terceiros, podendo recusá-las, inteira ou parcialmente, desde que, como é o caso, o convencimento esteja devidamente motivado.

No mérito, a ordem deve ser denegada.

A jovem está custodiada em decorrência de ato infracional equiparado ao crime de roubo tentado majorado (art. 157, § 3º, c.c o art. 14, II, ambos do Código Penal).

A decisão atacada, de seu turno, está devidamente fundamentada, amparada não só na gravidade do ato infracional praticado, mas sobretudo no frágil quadro probatório existente nos autos acerca do perfil socioeducativo da jovem, que se envolveu em importantes episódios de indisciplina na unidade, colocando em dúvida o efetivo atingimento da ressocialização (fls. 153/154).

E, em relação ao parecer favorável da Fundação CASA, como já dito, o magistrado não está adstrito aos laudos elaborados por seus técnicos, porquanto aludidos relatórios consubstanciam apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante, consoante já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"Criminal. HC. ECA. Ato Infracional equiparado a latrocínio. Internação. Parecer técnico. Sugestão de progressão da medida. Manifestação que não vincula o magistrado. Princípio do livre convencimento. Internação mantida. Falta de fundamentação. Inocorrência. Determinada nova avaliação psiquiátrica do adolescente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem Denegada"* (Habeas Corpus nº 48.801-SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 21/3/06, DJ de 10/4/06).

No mesmo sentido é a súmula nº 84 desta Corte de Justiça: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica"*.

Nessa esteira, não há exclusividade dos técnicos da Fundação CASA para emitir pareceres acerca da evolução comportamental da jovem, sendo plenamente admissível a avaliação pela equipe técnica do juízo, inexistindo qualquer abusividade ou ilegalidade em tal determinação.

Acesso ao Sumário

Em consequência, não vinga a tese de violação aos princípios da brevidade e da excepcionalidade, uma vez que a execução ainda se mostra útil e necessária não só para a garantia da sociedade, mas também para a proteção da própria paciente.

Ante o exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2057936-56.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente L.S.M. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 8 de maio de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *HABEAS CORPUS*. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICADA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA EM MEIO ABERTO. DESCABIMENTO. GRAVIDADE DA CONDUTA E SITUAÇÃO DE RISCO DO PACIENTE SUFICIENTES A JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA INTERNAÇÃO. OFENSA AO ART. 49, II, DA LEI DO SINASE, NÃO ACOLHIDA. O CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM COMARCA DIVERSA DA RESIDÊNCIA DO ADOLESCENTE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA A SUBSTITUIÇÃO PLEITEADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Defensor Público Daniel Palotti Secco, com pedido liminar, em favor de **L.S.M.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital.

Informa que o paciente cumpre medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. Aduz que o cumprimento da medida se dá na comarca da Capital, enquanto a família do adolescente reside na comarca de Itapetininga, o que afronta os artigos 35, IX, e 49, II, da Lei do SINASE. Relata que a autoridade coatora indeferiu pedido defensivo de colocação do paciente em meio aberto, em decisão ilegal. Requer, em liminar, a suspensão da internação para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento do presente *writ*. No mérito, pleiteia a cassação da r. decisão com a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto.

Indeferida a liminar (fls. 54/56), a d. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer (fls. 60/62).

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 tráfico de entorpecentes e submetido a medida socioeducativa de internação.

A autoridade coatora justificou a fixação da medida na gravidade do ato infracional, na reiteração do adolescente e na situação de vulnerabilidade em que ele vive, ressaltando o preenchimento do requisito do art. 122, II, ECA.

L. afirmou ter praticado a mercancia ilícita, pois devia a traficantes, o que indica a situação de risco a que está exposto.

Os fatos repercutem de modo negativo na vida do paciente, devendo o Judiciário adotar resposta célere e proporcional. Assim, a internação se mostra adequada não só para acautelar a sociedade, mas – e principalmente – para afastar o adolescente da referida situação de risco em que se encontra, como forma de materializar o princípio da proteção integral.

Portanto, a imposição da medida socioeducativa de internação não merece qualquer modificação.

Quanto ao cumprimento da medida na CASA Juquiá, nesta Capital, enquanto a família do paciente reside em Itapetininga, está ausente a alegada violação ao artigo 49, II, da Lei do SINASE.

De fato, é recomendável que o cumprimento da medida socioeducativa se dê próximo da família, porém tal circunstância, por si só, não pode justificar

Acesso ao Sumário

a liberação do jovem ou a atenuação da medida, vez que outros fatores devem ser considerados, tais como a disponibilidade de vagas, eventual superlotação, idade compatível e periculosidade do infrator.

O dispositivo em comento não pode ser analisado de forma isolada, pois se houve a imposição da medida de internação, é porque o Juízo *a quo* entendeu ser a mais adequada ao paciente no caso concreto. Assim, colocar o adolescente em meio aberto tão somente pelo fato de não existir vaga em unidade da Fundação CASA próxima de sua residência significaria condená-lo a viver uma vida nos mesmos moldes que o levaram à prática infracional.

Ademais, tanto o SINASE como o ECA procuram possibilitar o contato da família com o adolescente, facilitando a sua vinda em dias de visita e acompanhando-o de maneira sistemática em seu processo evolutivo, promovendo, assim, seu regresso ao convívio familiar. Para isso, esclareça-se, não é necessário que a família resida próximo ao local em que se encontra o paciente.

E o princípio contido no artigo 35, IX, da Lei 12.594/12 visa garantir justamente a continuidade da convivência entre o adolescente infrator e sua família, como medida salutar no processo socioeducativo. Para tal finalidade, há previsão de concessão de auxílio financeiro para despesas decorrentes do deslocamento dos familiares de infratores que cumprem medida em unidades da Fundação CASA, o que possibilita, ainda que minimamente, sua presença no processo de ressocialização.

Assim, 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 **L.S.M.**

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1000472-59.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos P. DO M. DE S.P. e G.J.A.M. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.609)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO

Acesso ao Sumário

(DECANO).

São Paulo, 29 de maio de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE PARA CRIANÇA ATÉ CINCO ANOS – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL – EXIGIBILIDADE INDEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO – NORMAS DE EFICÁCIA PLENA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA CUMPRIMENTO DE DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA DOS PODERES OU DETERMINAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – SÚMULA 65, TJSP – CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PELO FORNECIMENTO DE VAGA EM CONDIÇÕES DE SER USUFRUÍDA – LIMITAÇÃO À ORDEM CRONOLÓGICA DE ATENDIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADA – REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

VOTO

Trata-se de remessa necessária da sentença (fls. 50/54) que julgou procedente o pedido em ação de obrigação de fazer movida por **G.J.A.M.**, para determinar a **Municipalidade de São Paulo** a matricular a criança em creche próxima de sua residência.

Foi noticiado o cumprimento da obrigação (fls.87).

Não houve interposição de recurso pelas partes.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 103/106).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária, nos termos do art. 496, inciso I, do Código de Processo Civil.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer pela qual se garantiu o acesso de criança à educação infantil em creche da rede municipal, próxima de sua

Acesso ao Sumário

residência.

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) 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 seis 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.

Se o fornecimento de tal modalidade de atendimento educacional, por meio de creches, é uma garantia dada pelo Estado ao cidadão, não pode o Município, através de afirmações do caráter programático da norma ou de ausência de recursos alocados, subverter a ordem constitucional. Até porque o próprio texto constitucional fixou o direito de acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo (art. 208, parágrafo único, CF).

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). Isto através da operação de creches (art. 30, I, Lei 9.394/1996), sejam elas públicas ou contratadas pelo Município junto aos particulares.

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. 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.

E tratando 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).

Acesso ao Sumário

Bem por isto, esta Corte consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento sumulado:

> **Súmula 65, TJSP:** Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da 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).

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 EXISTENCIAL*: **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**

Acesso ao Sumário

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)

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, a mais próxima da residência da família.

É certo que a obrigação já foi cumprida, não se vislumbrando motivo para interrupção de seu cumprimento.

Ante o exposto e com estes fundamentos, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2079027-76.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado JOSE DE SOUZA ALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41960)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 5 de maio de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Ausência de alegação do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia – Razões recursais, no mais, dissociadas da matéria tratada nestes autos – Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **BANCO DO BRASIL S/A** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **Recursos Especiais 1.391.198/RS, 1.392.245/DF, 1.134.186/RS, 1.361.800/SP e 1.370.899/SP (fls. 588/592)**. Sustenta o agravante que a decisão ofende os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Houve apresentação de contraminuta (fls. 75/76).

É o relatório.

O agravo interno foi interposto com fundamento no parágrafo 2º do artigo

Acesso ao Sumário

1.030 do Código de Processo Civil contra decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso sob o regime dos recursos repetitivos, estando sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes criada nos termos do Assento Regimental nº 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental nº 553/2016.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

In casu, o agravante não alegou o desacerto da aplicação dos precedentes repetitivos adotados pela decisão hostilizada quanto aos temas do foro competente, da legitimidade ativa, do termo inicial dos juros de mora, da correção monetária e dos honorários advocatícios.

De resto, as razões desbordam dos limites desta via recursal, estreita.

Ante o exposto, não se conhece do agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2136995-64.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A (SUCESSORA DE BANCO NOSSA CAIXA S/A), é agravada AUGUSTA DA PAIXÃO DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41981)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 5 de maio de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Liquidação e execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva – Foro do domicílio do beneficiário – Possibilidade – Efeitos e eficácia da sentença não circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi julgado, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos direitos metaindividuais postos em juízo – Juros de mora – Termo inicial – Citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, sem configuração da mora em momento anterior – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento de representativo de controvérsia repetitiva – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Banco do Brasil S/A** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **recursos especiais n. 1.243.887/PR, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.273.643/PR, julgados sob o regime dos recursos repetitivos (fls. 325/328)**. Sustenta o agravante ofensa à Lei Federal n. 7.347/85, violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como existência de dissídio jurisprudencial. Aduz que o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à intimação para pagamento consumada nos autos de habilitação/liquidação de sentença. Finalmente, invoca o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de outorga, pelos associados, de autorização expressa às associações para defesa de interesse individual exarado no **recurso extraordinário n. 573.232/SC**.

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 10).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, criada nos termos do Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e os paradigmas apontados na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.243.887/PR**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que a liquidação e execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, eis que os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a linde geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.

Também houve pronunciamento da Corte Superior, nos **recursos especiais repetitivos n. 1.361.800/SP e 1.370.899/SP**, no sentido de que os juros de mora incidem a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública quando esta se fundar em responsabilidade contratual, cujo inadimplemento já produza a mora, salvo a configuração da mora em momento anterior. Confira-se **fls. 325/328**.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (**fls. 264/301**) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir que o cumprimento individual de sentença coletiva pode ocorrer no foro do domicílio do poupador e que o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública.

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Por fim, a pretensão de análise da aplicabilidade do entendimento exarado no **recurso extraordinário n. 573.232/SC** desborda dos limites desta via recursal, estreita.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2100542-70.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Tupã, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravadas VANIA SIDNEIA ALVARENGA CUNHA, CLAUDIA ALVARENGA VANZO e ADRIANE ALVARENGA MEIRELLES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41947)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 5 de maio de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Ação Civil Pública – Alcance da Sentença Coletiva – Aplicação indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil – Execução/Liquidação Individual – Foro Competente – Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal – Juros de mora – Termo inicial – Citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, sem configuração da mora em momento anterior – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Decisão mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **BANCO DO BRASIL S/A** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **Recursos Especiais 1.391.198/RS, 1.273.643/PR, 1.361.800/SP e 1.370.899/SP (fls. 348/353)**. Sustenta o agravante ofensa à Lei Federal nº 7.347/85, violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, invocando, ademais, a existência de dissídio jurisprudencial. Aduz que os juros de mora devem fluir da intimação para pagamento consumada nos autos

de habilitação/liquidação de sentença. Finalmente, invoca o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de outorga, pelos associados, de autorização expressa às associações para defesa de interesse individual exarado no Recurso Extraordinário nº 573.232/SC.

Houve apresentação de contraminuta (fls. 9/10).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto com fundamento no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial sob o regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes criada nos termos do Assento Regimental nº 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental nº 553/2016.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o Recurso Especial 1.391.198/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva nº 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, nos recursos especiais 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, da relatoria dos ministros **RAUL ARAÚJO** e **SIDNEI BENETI**, por acórdãos publicados em 14/10/2014 e 16/10/2014, respectivamente, firmou entendimento no sentido de que os juros de mora incidem a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública quando esta se fundar em responsabilidade contratual, cujo inadimplemento já produza a mora, salvo a configuração da mora em momento anterior. Confira-se **fls. 348/353**.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, assentado, pelo v. acórdão recorrido **(fls. 305/308)**, que o cumprimento individual de sentença coletiva pode ocorrer no foro do domicílio do poupador e que o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública, inviável o acolhimento da pretensão do agravante de reforma da decisão deste Tribunal proferida no mesmo sentido das orientações do Superior Tribunal de Justiça.

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Por fim, a pretensão de análise da aplicabilidade do entendimento exarado no Recurso Extraordinário nº 573.232/SC desborda dos limites desta via recursal, estreita.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0032922-63.2011.8.26.0114/50000, da Comarca de Campinas, em que é agravante A.C.M. (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41548)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 15 de maio de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Contrato bancário celebrado após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1963-17/2000 – Capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano – Pactuação expressa – Admissibilidade – Previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal – Suficiência – Tarifa de cadastro – Cobrança

no início do relacionamento entre consumidor e a instituição financeira – Possibilidade, exceto na hipótese de reconhecimento da abusividade segundo parâmetros de mercado e circunstâncias do caso concreto – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **A.C.M.** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **recursos especiais n. 973.827/RS, 1.251.331/RS e 1.255.573/RS**, **julgados sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta a agravante que as tarifas cobradas são abusivas e ilegais, a taxa de juros é diversa da pactuada e a capitalização não foi contratada.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 152/160.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes criada nos termos do Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e os paradigmas apontados na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 973.827/RS** sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17.2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que

Acesso ao Sumário

expressamente pactuada, acrescentando que a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Ademais, julgados os **recursos especiais n. 1.251.331/RS e 1.255.573/RS**, também sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de permanecer válida a tarifa de cadastro, que somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira, desde que pactuada de forma clara no contrato e atendida a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central**, ressalvado abuso** devidamente comprovado. Confira-se **fls.141/148**.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido **(fls. 122/128)** está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir pela possibilidade da capitalização de juros em contrato firmado posteriormente à Medida Provisória n. 1963-17/2000 quando expressamente pactuada – e, para este fim, suficiente a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal e pela legalidade da cobrança do valor contratado a título de tarifa de cadastro, não obstante tenha reconhecido a abusividade de outras tarifas bancárias no caso concreto. Confira-se os fundamentos do v. acórdão, *in verbis* **(fls. 125/126)**:

> *"...A capitalização mensal de juros é lícita, havendo previsão contratual e legislação específica que a autorize (1).*
>
> *O exame do contrato firmado entre as partes, todavia, não revela a existência de capitalização, em sentido estrito.*
>
> *O contrato previu o pagamento de sessenta parcelas mensais pré-fixadas, de idêntico valor, compreendendo os encargos relativos ao arrendamento e à antecipação do valor residual garantido, sem a incidência de correção monetária, pelo fato de a expectativa inflacionária já ter sido considerada no cálculo do valor das parcelas e sem a previsão de novos encargos durante a execução do contrato, exceto os moratórios.*
>
> *A capitalização implica incorporação de juros vencidos ao capital, para a incidência de novos juros, na hipótese de inadimplência do devedor – não prevista no contrato –, e não se confunde com a estipulação de taxa de juros efetiva superior à taxa nominal, que, fixada dentro da média de mercado, denota processo de formação da taxa de juros pelo método composto, não é vedada por lei e não viola o Código do Consumidor (2).*
>
> *Afastada a tese de capitalização, não é preciso examinar as alegações relativas à suposta inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170/01.*
>
> *O contrato previu a cobrança de tarifa de cadastro no valor de R$ 450,00, de inserção de gravame no valor de R$ 37,82 e de 'serviço prestado pela correspondente da Arrendadora' no valor de R$ 1.791,84, estes*

Acesso ao Sumário

relativos ao pagamento de 'despesas tidas com serviços de terceiros' (fls. 77Av/78, conforme dito pela ré na contestação).

Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução nº 3.518/07, do Conselho Monetário Nacional, em 30.04.2008, admite-se a cobrança de tarifa de cadastro, desde que seja feita uma única vez, no início do relacionamento entre a instituição financeira e o consumidor (súmula 566 do Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJe em 29.02.2016)."

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 0028989-88.2010.8.26.0576/50002, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante AUREA RITA DE CASSIA FERREIRA FERRAREZI RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes 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 40742)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 31 de maio de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGA PREJUDICADO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas.

2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

3. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fl. 1.289), que, com fundamento nos Temas 339 e 660, do Colendo Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 1.307/1.312).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fl. 1.314).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, "a", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de temas que já foram objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na decisão de fl. 1.289, ora atacada.

No tocante ao Tema 339, o Excelso Pretório, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Com efeito, observa-se que nos acórdãos de fls. 967/977, 1.041/1.047 e 1.092/1.106 restou consignado que a questão posta em debate foi substancialmente decidida pela Turma Julgadora, que demonstrou satisfatoriamente as razões de seu convencimento, cumprindo assim o dever insculpido no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Ficou registrado que "o acórdão não precisa abordar nem responder todos os argumentos suscitados no recurso, bastando que, de forma fundamentada exponha os motivos pelos quais a questão foi resolvida desta ou daquela maneira. O Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que 'ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a *res in iudicium deducta*' (REsp. nº 664.484/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto, em 03.02.2005)".

Tais decisões, assim, estão em conformidade com o *decisum* do Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, o que afasta o acolhimento deste agravo interno.

Quanto ao Tema 660, verifica-se que o mesmo Sodalício, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a relacionada à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, não sendo reconhecida a repercussão geral.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da presente insurgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 0004449-47.2015.8.26.0625/50000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante ANDRIEL RODRIGO DE FARIA LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes 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 42255)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 31 de maio de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso extraordinário. Interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fl. 176), que julgou prejudicado o recurso extraordinário com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO (Tema 280), em sessão de julgamento realizada aos 05 de novembro de 2015, por maioria, reconheceu a repercussão geral e fixou a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 186/187).

Acesso ao Sumário

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fl. 188).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) (...) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada e estando o acórdão recorrido de acordo com o entendimento ali firmado, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 176, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

Com efeito, verifica-se que o acórdão de fls. 132/144 consignou que não ocorreu a aduzida nulidade. Salientou-se que não há nenhuma irregularidade na diligência policial apenas pela falta de mandado judicial de busca e apreensão e suposta ausência de autorização para o seu ingresso na residência do acusado, onde foi apreendido o entorpecente, pois, a despeito de não estarem os policiais munidos de ordem judicial, as circunstâncias em que ocorreram os fatos foram suficientes para justificar seu ingresso naquele local, isso porque havia o estado de flagrância, situação pela qual foi o réu preso, não havendo, portanto, afronta à Constituição Federal, que em seu artigo 5º, XI, protege a casa, asilo inviolável do indivíduo, mas também admite o ingresso nela em caso de flagrante delito, em hipótese de crime permanente, como no caso em exame.

Tal decisão está em conformidade com o julgado pelo Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, no sentido de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 0001740-36.2009.8.26.0597/50001, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante NIVALDO MOREIRA BASTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes 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 42257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 31 de maio de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGA PREJUDICADO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSOS SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

3. Recursos sem repercussão geral reconhecida.

4. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão proferida pela Presidência

Acesso ao Sumário

da Seção de Direito Criminal (fl. 863), que, com fundamento nos Temas 424 e 660, do Colendo Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 871/874).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral (...);

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de temas que já foram objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na mencionada decisão de fl. 863, ora atacada.

Com relação ao Tema 424, o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 639.228/RJ, consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

Acesso ao Sumário

Quanto ao Tema 660, verifica-se que o mesmo Sodalício, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a relacionada à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, não sendo também reconhecida a repercussão geral.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da presente insurgência.

Por outro lado, cumpre salientar que a apreciação das questões jurídicas em exame pelo Colendo Sodalício, sob a sistemática da repercussão geral, tem plena aplicação nos recursos de matéria criminal (STF, AI 664567 QO/RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJe 06.09.2007; ARE 806439 AgR/SP, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJe 19.08.2014 e ARE 819651 ED/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 09.09.2014), sendo que compete aos tribunais de origem a aplicação dos temas aos demais casos, uma vez que *o reconhecimento da repercussão geral tem por precisa consequência esgotar a cognição nesta Corte (STF) e recomendar todos os processos (exceto os representativos da controvérsia), principais ou acessórios, à origem. É medida de caráter lógico e de economia interna da administração processual* (STF, Rcl 9302 AgR/PE, Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli, DJe 01.07.2013).

Por fim, merece registro alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal, cujas ementas seguem transcritas, que, além de tratar da aplicação dos temas 424 e 660 na esfera processual penal, apontam que a decisão de inexistência de repercussão geral tem eficácia em relação a todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 543-A, § 5º, do CPC c/c art. 237, § 1º, do RISTF) (ARE 688986 AgR/RS):

EMENTA: Processual penal. Agravos regimentais nos recursos extraordinários com agravo. Preliminar de repercussão geral. Fundamentação deficiente. Ônus do recorrente. Ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Questão infraconstitucional. Repercussão geral negada (ARE 748371, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 660). Indeferimento de produção de provas no processo judicial. Matéria infraconstitucional. Repercussão geral rejeitada no ARE 639228 (Rel. Min. Cezar Peluso, Tema 424). Violação ao art. 93, IX, da CF/88. Omissão não configurada. Fundamentação do julgado recorrido nos termos das diretrizes fixadas no AI 791.292 RG (Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 339). Reexame de fatos e provas. Súmula 279 do STF. Agravos regimentais a que se nega provimento. (ARE 688986 AgR/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 05.10.2015).

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 3001144-33.2013.8.26.0444/50001, da Comarca de Pilar do Sul, em que é agravante JACIRA DE ALMEIDA DEUS (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de

Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42197)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Extensão de rede de eletrificação rural – Custeio da obra pelo consumidor – Ilegalidade – Não ocorrência – Decreto n. 41.019/57 – Restituição dos valores aportados pelo consumidor resguardado nas seguintes hipóteses: (i) adiantamento de parcela cabente à concessionária – em caso de responsabilidade conjunta (arts. 138 e 140) – ou (ii) custeio da obra cuja responsabilidade era exclusiva da concessionária (art. 141) segundo normatização editada pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE com base na natureza de cada obra – Inexistência de provas nesse sentido – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Decisão mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Jacira de Almeida Deus contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 1.243.646/PR, julgado sob o regime dos recursos repetitivos.** Sustenta a agravante, em síntese, que o precedente repetitivo tratou apenas do tema da prescrição; portanto, inaplicável ao caso dos autos. Afirma, ainda, que a questão refere-se a uma relação estabelecida na vigência da lei federal n. 10.438/2002 sobre a qual remanesce divergência interpretativa entre os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Mato Grosso do Sul.

Embora regularmente intimada, a agravada não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes criada nos termos do Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.243.646/PR**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que a participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica não é, por si só, ilegal, uma vez que, na vigência do Decreto n. 41.019/57, havia previsão normativa de obras que deviam ser custeadas pela concessionária (art. 141), pelo consumidor (art. 142), ou por ambos (art. 138 e art. 140), resguardando-se o direito do consumidor à restituição dos valores aportados nas seguintes hipóteses: (i) ter adiantado parcela que cabia à concessionária – em caso de responsabilidade conjunta (arts. 138 e 140) – ou (ii) ter custeado obra cuja responsabilidade era exclusiva da concessionária (art. 141). Leva-se em consideração, em ambos os casos, a normatização editada pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE definidora dos encargos de responsabilidade da concessionária e do consumidor, relativos a pedidos de extensão de redes de eletrificação, com base na natureza de cada obra. Confira-se **fls. 240/242.**

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (**fls. 172/180**) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao consignar que *"À falta de causa de pedir específica, a própria narrativa fática da exordial permite estabelecer a subsunção fática dos investimentos realizados pelo apelado no campo próprio disciplinado pelo art. 142 do Decreto n. 41.019/57, que disciplinava as hipóteses de total responsabilidade do consumidor pelo custeio das obras realizadas a seu pedido, daí não haver cogitar-se de enriquecimento ilícito, presente a legítima participação financeira a tal título normatizada."*.

Acesso ao Sumário

A alegada divergência interpretativa entre os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, uma vez pacificado o dissídio jurisprudencial nacional pelo julgamento do recurso paradigma, não autoriza o recurso especial pela alínea *"c"* como é da *ratio essendi* do sistema dos recursos repetitivos.

De resto, a pactuação diferenciada em cada uma das Unidades da Federação não inibe a incidência do precedente repetitivo; ao contrário, exige apenas o confronto entre a situação fática e contratual traçadas nos autos e o tratamento específico dispensado, no julgamento repetitivo, para cada forma de ajuste havido entre concessionária e consumidor.

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0078018-78.2013.8.26.0002/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado ISAÍAS ANÍSIO AMANCIO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram em parte do agravo interno e, na parte conhecida, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42174)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Responsabilidade civil – Danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – Responsabilidade objetiva da instituição financeira – Risco da atividade – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento

representativo de controvérsia repetitiva – *Quantum* indenizatório – Inteligência do artigo 1.042 do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Recurso não conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Banco do Brasil S/A** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **recursos especiais n. 1.197.929/PR e 1.199.782/PR, julgados sob o regime dos recursos repetitivos.** Sustenta o agravante ausência de culpa pela ocorrência do evento danoso. Aduz que o agravado não agiu com cautela na guarda de suas informações pessoais, o que acarretou a utilização indevida destes dados para a contratação de serviço com a instituição financeira. Alega ofensa aos artigos 944, parágrafo único, e 884, ambos do Código Civil em razão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais. Discorre sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por fim, pugna pelo afastamento da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 184/189.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes criada nos termos do Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgados os **recursos especiais n. 1.197.929/PR e 1.199.782/PR**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados

Acesso ao Sumário

por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. Confira fls. 168/169.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 127/138) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir que a instituição financeira responde objetivamente pelos danos causados por fraude a teor do disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se a ementa:

> Indenização por danos morais – Procedência – Alegação do demandante de não ter mantido conta bancária perante o réu – Responsabilidade do banco que é de caráter objetivo, nos termos dos arts 3º, § 2º, e 14 do CDC – Ônus da prova que cabe, por isso, ao fornecedor de serviços, consoante previsto no art. 6º, inc. VIII, de referido Código – Requisitos configurados na hipótese vertente – Prova de inexistência de defeito na prestação dos serviços não apresentada, nem produzida pelo banco – Responsabilidade deste que deve ser reconhecida – Demandante que faz jus à reparação dos danos morais, cuja ocorrência está configurada no presente caso, face a anotação de seu nome no cadastro de inadimplentes – Montante arbitrado pela douta Magistrada que merece ser mantido – Recursos do autor e do réu improvidos.

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

A respeito do *quantum* indenizatório, observa-se que houve exame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, inadmitido nesse ponto, razão pela qual é inviável a revisão desta decisão por meio de agravo interno, a teor do artigo 1.042 do Código de Processo Civil e do Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

Ante o exposto, não se conhece em parte do agravo interno e, na parte conhecida, nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0047142-49.2013.8.26.0000/50001, da Comarca de Americana, em que é agravante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF, é agravado CELSO CARLOS DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42201)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – SEGURO HABITACIONAL – CEF – Falta de comprovação, além de vinculação à apólice pública, de comprometimento do FCVS – Ausência de interesse jurídico da instituição financeira – Posicionamento da Câmara Julgadora coincidente com a orientação do Superior Tribunal de Justiça – Incidência do artigo 1.030, inciso I, alínea *b*, do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela **Caixa Econômica Federal** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 1.091.393/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos.** Sustenta a parte agravante, em síntese, que a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Repetitivo pertinente ao tema em debate no presente feito não é definitiva à falta do trânsito em julgado e, portanto, não há acórdão fruto de julgamento dentro da hipótese processual regulada no artigo 1.030, inciso I, alínea *b* do Código de Processo Civil. Acrescenta que em processos com a mesma questão jurídica controversa – competência, partes e direitos de mesma natureza – há soluções distintas. Requer, pois, o provimento do presente agravo interno.

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 158).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto com fundamento no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, criada nos termos do Assento

Acesso ao Sumário

Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.091.393/SC**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente acerca da ausência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal para ingressar nas demandas que envolvam contratos de seguro de mútuos habitacionais firmados no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional quando não ficar comprovado que, além da vinculação à apólice pública, o Fundo de Compensação de Variações Salariais será afetado. Confira-se fls. **150/152.**

Nesse contexto, o v. acordão recorrido (fls. **110/117**) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir *in verbis*: *"como bem se verifica não apenas da manifestação da instituição financeira, mas também da própria decisão que admitiu seu ingresso no pólo passivo da relação processual, não se provou a existência desse concreto interesse jurídico; ao revés, assentou-se que a Caixa poderia assumir posição de corré meramente por figurar como administradora do Fundo de Compensação de Valores Salariais (FCVS)."*(g.n) (fls. 86).

Inafastável, assim, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria Corte Superior: *"A jurisprudência do STJ assenta-se no sentido de que, para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, é desnecessário que o recurso especial representativo de matéria repetitiva tenha transitado em julgado."* (**AgRg no REsp n. 1.387.848/SC**, da relatoria do ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 25/10/2013).

Finalmente, as decisões lançadas nos processos enumerados nas razões recursais, apesar da identidade de questão jurídica controversa, deram-se à luz de contextos processual e temporal distintos.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0014781-23.2012.8.26.0320/50001, da Comarca de Limeira, em que é agravante TELEFÔNICA BRASIL S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO), é agravado CARLOS FICHMANN KRAUSS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42088)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO (VPA) – APURAÇÃO – MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. *"Nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização – tema objeto da súmula 371/STJ."* (STJ, recurso especial n. 1.033.241/RS, julgado em 05/11/2008, sob o regime dos recursos repetitivos).

2. "O valor patrimonial da ação, nos contratos de participação financeira, deve ser o fixado no mês da integralização, *rectius*, pagamento, do preço correspondente, com base no balancete mensal aprovado. Nos casos de parcelamento do desembolso, para fins de apuração da quantidade de ações a que tem direito o consumidor, o valor patrimonial será definido com base no balancete do mês do pagamento da primeira parcela" (STJ, recurso especial n. 975.834/RS, julgado em 24/10/07, com razões incorporadas ao recurso especial paradigma).

3. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Telefônica Brasil S.A.** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 1.033.241/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos.** Alega a agravante, em síntese, que a discussão não versa a respeito do critério de apuração do valor patrimonial, mas sim sobre qual a data a ser considerada como aquela da integralização do capital, bem como acerca da aplicação do enunciado da Súmula n. 371 do Superior Tribunal de Justiça aos contratos firmados sob a modalidade PCT. No mais, alega que deve ser utilizado o VPA da data da incorporação da rede ao patrimônio da Telesp, e não aquela da contratação com a empreiteira local. Acrescenta que em processo com a mesma questão jurídica controversa foi dada solução distinta.

Contraminuta apresentada às fls. 341/351.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes criada nos termos do Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil é cabível apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

Acesso ao Sumário

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.033.241/RS**, sob o regime dos recursos repetitivos, o Plenário do Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização.

Importante ressaltar que a Corte Superior tem aplicado o entendimento supracitado, com origem no **recurso especial n. 975.834/RS**, também em contratos de participação financeira nesta **modalidade PCT**. Neste sentido, confira-se o posicionamento firmado no **AREsp n. 459.398**, relator o ministro

RAUL ARAÚJO, DJe de 12/03/2014:

> Nas razões do recurso especial, a recorrente alega a existência de divergência jurisprudencial ao entendimento de que não é possível a aplicação do valor patrimonial da ação através do balancete do mês da integralização aos contratos de participação financeira de Planta Comunitária de Telefonia – PCT, afirmando que: "(...) a Telesp sempre seguiu as determinações contidas na Lei das Sociedades Anônimas, **o que impossibilita a emissão de ações sem o necessário aumento de capital, o qual, in casu, só ocorreria com a absorção do acervo, ou seja, apenas após a finalização e entrega das obras.** 22. Portanto, o entendimento dissidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro espelha com clareza as diferenças entre um contrato e outro – PEX e PCT – de forma que, para estes, não se deve aplicar a Súmula 371 do STJ, devendo ser reformada a r. sentença para julgar improcedente a ação, eis que, in casu, TODOS OS CONTRATOS são do tipo PCT, de modo a prevalecer o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o devido acatamento a esta Corte Especial e a dignidade das suas decisões. 23. Desta feita, fica demonstrada a dissidência entre os julgados apresentados, tendo em vista que o acórdão recorrido entende que a todos os contratos de participação financeira, sejam do tipo PCT ou PEX é aplicável a Súmula 371 do STJ, no sentido que seja utilizado o VPA apurado no balancete do mês da integralização, enquanto que o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro entende que há que ser diferenciado o PEX do PCT, especialmente com a finalidade do capital investido, e por consequência, entendendo pela inaplicabilidade da Súmula 371 do STJ aos casos de contratos do tipo PCT, sendo que nestes deve ser considerado o VPA da data da incorporação do acervo." (fl. 464, grifos do original). Contrarrazões ao recurso especial apresentadas.
>
> É o relatório. Passo a decidir.
>
> Em relação ao critério para o cálculo do valor patrimonial das ações, a eg. Segunda Seção desta Corte, a partir do julgamento do REsp 975.834/RS, de relatoria do em. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (DJ de 26 de novembro de 2007), firmou orientação no sentido de que o contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao seu valor patrimonial na data da contratação, apurado mediante balancete do mês do primeiro ou único pagamento. Em se tratando de ações decorrentes da dobra acionária, deve ser aplicado o mesmo critério, consubstanciado no balancete mensal.

Também neste sentido: **AREsp n. 281.951**, relator ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 26/03/2013; **REsp n. 1.161.667**, relator o ministro MARCO BUZZI, DJe de 08/05/2012; e **REsp n. 1.142.849**, relator o ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 16/03/2010.

Ademais, julgado o **recurso especial n. 1.033.241/RS**, o ministro relator

Acesso ao Sumário

ALDIR PASSARINHO JUNIOR invocou expressamente, como razões de decidir, a conclusão exarada nos Embargos de Declaração opostos ao acórdão do **REsp n. 975.834/RS** que, de forma absolutamente clara, firmou orientação no sentido de que o VPA a ser considerado no cálculo de indenização tomará como base o balancete do mês em que cada autor houver efetuado o primeiro ou único pagamento.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. **249/264**) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir que: *"O fato de tratar-se de contrato de participação financeira pela modalidade PCT não exclui a aplicação do entendimento sumulado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, frisando-se neste tópico que a interpretação do termo 'integralização' deve se dar da maneira mais benéfica ao consumidor, em observância ao espírito protetivo imposto pela política nacional das relações de consumo (art. 4º da Lei 8078/90), de modo a viabilizar a adequada remuneração, em ações, do valor despendido pelo contratante para expansão do sistema de telefonia."* (fls. 257/258).

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Finalmente, a decisão lançada em outro processo, apesar da identidade de questão jurídica controversa, deu-se à luz de contextos processual e temporal distintos.

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

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009567-14.2015.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que são partes é apelante FRANCISCO ASSIS DA SILVA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ITANHAÉM.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 29.734)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 25 de abril de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CARTA DE ADJUDICAÇÃO – FORMA DERIVADA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE – EXECUTADA QUE NÃO FIGURA COMO PROPRIETÁRIA DO IMÓVEL NA RESPECTIVA MATRÍCULA – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE – DESCRIÇÃO INSUFICIENTE DA ÁREA IMOBILIÁRIA A SER DESMEMBRADA E TRANSFERIDA, EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – OMISSA QUALIFICAÇÃO DAS PARTES, EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE SUBJETIVA – FALTA DE PRÉVIO RECOLHIMENTO DE ITBI, DETERMINADO PELO ART. 877, § 2º, DO CPC – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INSCRIÇÃO DO BEM JUNTO AO CCIR – REGISTRO INVIÁVEL – DÚVIDA PROCEDENTE – RECURSO

Acesso ao Sumário

DESPROVIDO.

VOTO:

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Itanhaém, que julgou procedente dúvida suscitada para o fim de manter a recusa a registro de carta de adjudicação expedida em execução de que figura, como executada, pessoa diversa daquela que consta como proprietária na matrícula do imóvel arrematado.

O apelante afirma, em síntese, que a carta de adjudicação, título judicial que é, haveria de ser prontamente registrada pelo apelado, já tendo havido determinação a tanto, em sede de agravo de instrumento julgado por este Egrégio Tribunal de Justiça. Pondera que o executado é compromissário comprador do imóvel, embora não tenha registrado o compromisso, de modo que não haveria afronta ao princípio da continuidade. Sustenta que o imóvel já teria sido suficientemente descrito em perícia realizada no bojo da execução. Alega inexigibilidade de recolhimento de ITBI previamente ao registro.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Preambularmente, o v. acórdão de fls. 393/394, ao decidir acerca da prescindibilidade do manejo de demanda judicial para que a carta de adjudicação fosse levada a registro, não tem o condão, per si, de impor imediato ingresso do título no fólio real. Nem mesmo os títulos judiciais escapam da necessária qualificação perante o CRI, nos explícitos termos do item 119, do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ:

> "119. Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais."

E, observando-se violação a qualquer das regras que disciplinam o registro, a respectiva recusa será mesmo de rigor. Neste passo, à luz do art. 195 da Lei de Registros Públicos:

> "Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro."

Já o art. 237 do mesmo Diploma dispõe:

> "Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro."

Acesso ao Sumário

Conforme os magistérios de Afrânio de Carvalho:

"O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subseqüente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público" (Registro de Imóveis, 4ª edição, Ed. Forense, 1998, pág. 253).

Em idêntico sentido o entendimento de Narciso Orlandi Neto:

"Existe uma inteiração dos princípios da especialidade e da continuidade na formação da corrente filiatória. Quando se exige a observância da continuidade dos registros, exige-se que ela diga respeito a um determinado imóvel. O titular inscrito, e só ele, transmite um direito sobre um bem específico, perfeitamente individualizado, inconfundível, sobre o qual, de acordo com o registro, exerce o direto transmitido. É por este corolário dos princípios da continuidade e da especialidade, reunidos, que o § 2º do art. 225 da Lei nº 6015/73 dispõe: 'Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior'." (Retificação do registro de imóveis, Ed. Juarez de Oliveira, 2ª ed., 1999, p. 67/68)

A matrícula de fls. 19 dá conta de que o imóvel em comento é de propriedade de Marvas S/A – Empreendimentos e Participações, que, a seu turno, não figurou como parte na demanda em que expedida a carta de adjudicação. Não era ela a devedora da obrigação que serviu de causa de pedir para a execução. Para que não se macule o princípio da continuidade, inviável registrar eventual transmissão da propriedade imobiliária, por quem jamais figurou como dono na matrícula do bem.

De outro bordo, não há, como seria de rigor, integral qualificação das partes na carta de adjudicação. Deveras, o art. 176, II, 4, a, da Lei 6015/73 elenca os elementos essenciais para a perfeita qualificação das partes:

"O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

II – são requisitos da matrícula:

Acesso ao Sumário

4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como:

a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação;"

Não obstante, nota-se, de fls. 37, que o título omite as profissões de ambas as partes, em violação ao princípio da especialidade subjetiva. Seria essencial, ainda, que a qualificação da esposa do apelante, apontando-se, inclusive, o regime de bens havido entre eles.

Sobremais, o compromisso de compra e venda de fls. 164/171 apresenta, como compradores, tanto o executado, quanto Fernando Tavares, que não tomou parte na execução. Assim é que a adjudicação haveria de ser limitada ao quinhão do devedor. Abarcou, todavia, a totalidade do imóvel, aí incluída a porção de quem sequer figurou como executado, novo obstáculo ao registro.

Também imperiosa a apresentação de memorial descritivo, com plantas dos imóveis transmitidos, para perfeita individualização dos bens, em atenção ao princípio da especialidade objetiva.

Igualmente de rigor a prévia comprovação do recolhimento do ITBI. À luz do artigo 877, § 2º, do CPC:

"A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e aos seus registros, a cópia do auto de adjudicação **e a prova de quitação do imposto de transmissão**."

Frise-se que a fiscalização do recolhimento dos impostos devidos por força dos atos que lhe forem apresentados em razão do ofício é dever do Registrador, em obediência aos artigos 289 da Lei 6015/73 e 30, XI, da Lei 8935/94.

É, ademais, a orientação traçada por este Egrégio Conselho Superior da Magistratura:

"No mais, não cabe, em procedimento de dúvida, discutir a interpretação da Lei Municipal ou fixar o momento correto para o recolhimento do ITBI. Isso será feito, eventualmente, na esfera jurisdicional.

O art. 274, do Código Tributário da Instância de Itu, prevê a incidência do imposto quando da adjudicação e não se afasta, nesse ponto, do art. 685-B, do Código de Processo Civil, que, em seu parágrafo único, preceitua:

Parágrafo único. A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do auto de adjudicação **e a prova de quitação do imposto de transmissão**.

Portanto, sendo dever da Oficial zelar pelo recolhimento do tributo, sob pena de responsabilização solidária, correta a exigência." (Apelação

Acesso ao Sumário

Cível 0005218-39.2014.8.26.0286, DJ: 07/07/2016, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças).

Por fim, o art. 176, § 1º, II, 3, a, da Lei 6015/73 estipula, como requisito da matrícula, a identificação do imóvel rural, com o respectivo código, os dados constantes do CCIR, a denominação e suas características, confrontações, localização e área. Todavia, o apelante não apresentou comprovante de inscrição do imóvel no CCIR, exigência também encontrada no art. 22, § 1º, da Lei 4947/66. A previsão legal presta-se a viabilizar a verificação do atendimento da fração mínima de parcelamento do imóvel rural, impossibilitada na hipótese em berlinda.

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004685-13.2015.8.26.0491, da Comarca de Rancharia, em que é apelante BANCO DO BRASIL S.A, é apelado OFICIAL INTERINO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE RANCHARIA.

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 29.756)**

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 PÉRICLES PIZA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 24 de maio de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Recusa de ingresso de cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes desse Conselho – Apelação desprovida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 54/56, que manteve a recusa do registro de cédula rural pignoratícia, sob o fundamento da impossibilidade de dissociação entre o prazo da garantia e o prazo do vencimento da obrigação garantida.

Sustenta o apelante: a) que os prazos da cédula e da garantia podem ser diversos; b) que as cláusulas questionadas atendem o disposto nas regulações do Banco Central.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A recusa ao registro ocorreu pela divergência entre a data de vencimento e o prazo final para pagamento da obrigação.

A questão não é nova e já foi enfrentada por esse Conselho, dentre tantas outras vezes, quando do julgamento da apelação nº 9000002-51.2011.8.26.0252, de relatoria do então Corregedor-Geral da Justiça Hamilton Elliot Akel. Lá, ficou assentado:

"De início, cumpre apontar que o prazo da garantia não pode ser tratado de forma autônoma ao prazo da cédula em si. Nessa espécie de título, a garantia e a obrigação estão vinculadas de tal forma que não cabe a separação pretendida quanto aos prazos. Assim, o prazo do penhor é o da cédula.

A jurisprudência deste Colendo Conselho Superior é firme nesse sentido. Vale trazer à colação trecho de voto do Desembargador Gilberto Passos de Freitas, na apelação cível 598-6/0, da Comarca de Pacaembu:

'(...) não se diga que o prazo do penhor seja distinto do prazo da obrigação (ou de vencimento da cédula), por ser aquele legal (cinco anos) e este contratual (oito anos): a) a uma, porque o título em foco não autoriza essa leitura dicotômica de prazos, mas, ao contrário, indica a unidade do prazo de oito anos também referido no campo clausulado denominado 'obrigação especial – garantia', com subsequente previsão de prorrogação para a hipótese de 'vencimento do penhor' (fls. 69); b) a duas, porque vinculada a cédula de crédito rural à garantia pignoratícia, o prazo de referência expresso na cédula é também o do penhor'."

Não obstante a alteração da redação do art. 1.439 do Código Civil e do art. 61 do Decreto-Lei 167/67 pela Lei nº 12.873/13 , com a supressão dos prazos antes previstos, o raciocínio quanto à impossibilidade da dicotomia entre prazo de garantia e vencimento permanece.

Nenhuma das razões expostas no apelo tem o condão de alterar o que esse Conselho já decidiu. Trata-se, aqui, de um título de crédito. Uma vez expirado o prazo final para pagamento e adimplida a dívida, não pode estender-se a

Acesso ao Sumário

garantia. A chamada "renovação simplificada" nada mais representa senão uma nova contratação, o que não pode ser feito com a utilização de título de crédito cuja exigibilidade já não subsiste. Por outro lado, na hipótese de inadimplência, a renovação significaria novação, ou seja, criação de nova obrigação em substituição à primeira, não podendo, da mesma maneira, subsistir a garantia.

Ademais, o art. 1.439 do Código Civil é claro ao apontar que o penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas.

O art. 61 do Decreto-Lei 167/67 também diz que o prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário, não excederá o prazo da obrigação garantida. A segunda parte do artigo e seu parágrafo único não permitem a interpretação desejada pela recorrente. Lá se diz que, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem. O parágrafo único trata da prorrogação do penhor e da garantia. Ora, parece claro que em ambos os casos se trata de hipóteses de prorrogação da mesma obrigação. Porém, o que pretende a recorrente é a renovação da obrigação, que, aliás, conforme o título , tem como pressuposto a sua quitação.

Portanto , agiu corretamente o registrador ao negar ingresso ao título, não obstante norma administrativa, do Conselho Monetário Nacional, permita a operação.

A atividade registral é pautada pelo princípio da legalidade, o qual se sobressai em importância no momento da qualificação do título, impondo ao registrador o controle dos requisitos do documento que dará entrada no fólio real. Assim, cabe a ele fazer o exame da legalidade do título e não se pode na qualificação desconsiderar critério expresso em lei.

Oportuno colacionar trecho de voto do Des. Ruy Camilo, na Apelação Cível nº 1.126-6/4 do Conselho Superior da Magistratura: *"Considerando, então, que o juízo de qualificação registraria não se pode apartar da lei – o que impõe o exame da legalidade, pelo registrador, dos aspectos formais do título –, forçoso negar registro ao título cuja apresentação extrínseca esteja em desajuste com os seus requisitos legais."*

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1060800-12.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.A.B.F., é apelado 4º OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL DO

ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação e determinaram o registro do formal de partilha, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.732)**

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, 6 de junho de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Recusa de ingresso de formal de partilha por falta de recolhimento de ITBI – Valor do patrimônio imobiliário dividido desigualmente entre os herdeiros – Hipótese de incidência prevista no artigo 2º, VI, da Lei do Município de São Paulo nº 11.154/91 – Exigência descabida – Quinhões que devem ser analisados como um todo para fins de incidência de imposto – Inocorrência de transmissão "inter vivos" de imóvel por ato oneroso – Inaplicabilidade do artigo 289 da Lei nº 6.015/73 e do inciso XI do artigo 30 da Lei nº 8.935/94 – Apelação provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 102/105 que julgou procedente a dúvida suscitada pela 4ª Oficial do Registro de Imóveis da Capital e manteve a recusa do registro de formal de partilha extraído do inventário dos bens deixados por A.L.B., que tramitou na 12ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Capital.

Sustenta o apelante: que o ITBI incide na transmissão onerosa de bens imóveis por ato *inter vivos* e na hipótese houve transmissão *causa mortis*; que os herdeiros podem abrir mão de um determinado bem sem que isso gere o pagamento de ITBI; e que os herdeiros receberam partes iguais na herança, que era constituída de móveis e imóveis (fls. 112/120).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 135/137).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Segundo consta, o apelante apresentou no 4º Registro de Imóveis da Capital formal de partilha extraído do inventário dos bens deixados por A.L.B. De acordo com o título, os únicos herdeiros de A. dividiram a herança da seguinte maneira: ao apelante, couberam um apartamento com duas vagas de garagem (matrículas nº (...), (...) e (...) todas do 4º RI da Capital) e o valor de R$ (...) depositado em uma conta corrente; à herdeira A.M.S.B.C., coube a integralidade das cotas sociais da empresa I.C.Z.B. Ltda. (fls. 33/36).

Em valores, o apelante recebeu R$ (...) (R$(...) em imóveis + R$ (...) da conta corrente) e sua irmã A.M., R$ (...), relativos às cotas sociais (fls. 35/36).

O recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis* foi efetuado devidamente (fls. 41/42).

A inscrição do formal de partilha foi negada, sob o argumento de que não havia comprovação do pagamento do Imposto sobre Transmissão *inter vivos*. Sustentou a registradora que os bens imóveis que integravam o monte partível foram atribuídos exclusivamente ao apelante, com reposição em cotas sociais em favor de A.M., fato que conferiu caráter oneroso à transação, atraindo a incidência do ITBI.

A tese da Oficial, adotada pela sentença de fls. 102/105, apoia-se no artigo 2º, VI, da Lei do Município de São Paulo nº 11.154/91, repetido pelo artigo 2º, VI, do Decreto Municipal nº 55.196/14, que preceitua acerca da incidência do ITBI:

Art. 2º Estão compreendidos na incidência do Imposto:

(...)

VI – o valor dos imóveis que, na divisão de patrimônio comum ou na partilha, forem atribuídos a um dos cônjuges separados ou divorciados, ao cônjuge supérstite ou a qualquer herdeiro, acima da respectiva meação ou quinhão, considerando, em conjunto, apenas os bens imóveis constantes do patrimônio comum ou monte-mor;

Pela leitura do dispositivo, percebe-se que a Lei Municipal, em se tratando de partilha, separa o patrimônio imobiliário do patrimônio mobiliário e somente admite a não incidência do ITBI se a divisão do primeiro for exatamente igual. Pouco importa que os quinhões, no total, sejam iguais; para fins de incidência de ITBI, analisa-se o patrimônio imobiliário de forma destacada.

A título de exemplo, suponhamos que uma pessoa faleça deixando dois herdeiros e um patrimônio de R$ 400.000,00, composto por um imóvel que vale R$ 200.000,00 e R$ 200.000,00 depositados em conta corrente. Digamos que um dos herdeiros tenha ficado com o imóvel e o outro com a aplicação financeira. Pela Lei do Município de São Paulo, além do ITCMD, cuja incidência é incontroversa em virtude da morte, os herdeiros, embora tenham dividido o monte partível de modo igual, terão que recolher ITBI, pois se considera que

Acesso ao Sumário

o herdeiro que ficou com o dinheiro vendeu sua parte no imóvel ao outro, que ficou com o bem.

Desafia a lógica o que se extrai do dispositivo acima transcrito. Se na forma do artigo 1.791 do Código Civil a herança é um todo unitário, cuja posse e propriedade regulam-se pelas normas relativas ao condomínio, não há como se defender que, antes da partilha, cada herdeiro seja titular da metade ideal de cada bem que integra o monte partível. Cada herdeiro, na verdade, é condômino da universalidade formada pelos bens da herança, de modo que somente a partilha fixará a quota parte de cada um.

A atribuição de imóveis para um herdeiro e de bens móveis para outro, resultando essa operação em quinhões iguais, não implica transmissão de bens imóveis por ato oneroso. Trata-se simplesmente de se definir quem será proprietário de quais bens, sem qualquer operação subsequente.

Não houve na espécie, portanto, transmissão por ato oneroso de bem imóvel, pressuposto estabelecido pela Constituição Federal para a incidência do ITBI[1], mas simples partilha de patrimônio comum.

A bem da verdade, no caso, se há ainda algum imposto a ser recolhido é o ITCMD, concernente à doação feita pelo apelante em favor de sua irmã, já que ele recebeu um quinhão avaliado em R$ (...), enquanto a parte que coube a ela foi de R$ (...) (fls. 35/36). A diferença entre esses valores (R$ (...)), caso não seja hipótese de eventual isenção, poderia, em tese, servir de base de cálculo para o imposto sobre doações. Esse tributo, todavia, por não ter qualquer relação com a transmissão de bens imóveis, também não pode condicionar a inscrição do formal de partilha.

A propósito da inaplicabilidade do inciso VI do artigo 2º da Lei do Município de São Paulo nº 11.154/91, reiterados precedentes deste Tribunal de Justiça:

"MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. Decadência não configurada. Divórcio consensual que resultou em divisão patrimonial em partes exatamente iguais. Ato não oneroso. Tributo indevido. Precedentes. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido" (Apelação nº 0004548-21.2014.8.26.0344, Rel. Des. Vera Angrisani, j. em 27/10/2016).

"ITBI – Mandado de segurança – Partilha de bens em alteração de regime de bens do casal – Partilha igualitária da totalidade dos bens – Excesso de meação inocorrente – Imposto indevido – Segurança concedida – Sentença mantida – Recursos oficial e voluntário desprovidos" (Apelação nº 1013039-97.2014.8.26.0053, Rel. Des. Osvaldo Capraro, j. em 9/10/2014).

Acesso ao Sumário

1 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
(...)
II – transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

"Tributário – ITBI – Partilha de bens. Divórcio consensual – Divisão igualitária da totalidade de bens – Compensação – Atualização dos bens imóveis à apelante. Operação que não se identifica como onerosa. Não incidência de ITBI – Recurso provido" (Apelação nº 0001518-59.2010 – Re. Des. Mourão Neto, j. em 31/1/2013).

"Apelação – Mandado de segurança – ITBI – Partilha de bens em separação judicial. Equivalência econômico-financeira na divisão patrimonial – Inexistência de excesso de meação – Imposto indevido – Segurança concedida – Recurso provido" (Apelação nº 9122550-97.2007.8.26.0000, Rel. Des. João Alberto Pezarini, j. em 14/6/12).

Assim, se não houve fato gerador a justificar a incidência do ITBI, não se pode condicionar a inscrição do título ao recolhimento do tributo. Note-se que o artigo 289 da Lei nº 6.015/73[2] e o inciso XI do artigo 30 da Lei nº 8.935/94[3] pressupõem a fiscalização por parte do Oficial do recolhimento de impostos devidos, não de tributos cuja incidência seja injustificável.

Finalmente, sabe-se que a esfera administrativa não é o palco adequado para a declaração de inconstitucionalidade de lei. Justamente por isso, aqui apenas se admite, nessa hipótese, a inscrição do formal independentemente da comprovação do recolhimento do ITBI. Nesse sentido, precedente deste Conselho, que dispensou a comprovação do recolhimento do ITBI em usucapião:

"Não se pretende, aqui, seara inadequada, agitar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 7, de 28 de setembro de 2007, do Município de Arujá: não se desconhece os precedentes administrativos deste Conselho Superior da Magistratura, então desautorizando declaração em tal sentido, até em situações equiparadas à agora focalizada.

Apenas, porém, admite-se, in concreto, o registro do mandado judicial independente da comprovação do recolhimento do ITBI.

Dispensa-se, exclusivamente, o cumprimento da exigência, pois, ictu oculi, porque manifesto, a usucapião não é hipótese de incidência de ITBI. Assimila-se, com isso, a orientação jurisdicional deste Egrégio Tribunal de Justiça, de modo a prestigiar a segurança jurídica e a função instrumental dos serviços de registro.

Ao invés de sujeitar a interessada a um processo contencioso voltado à declaração da inconstitucionalidade do inciso IV do § 1º do artigo 270 da Lei Complementar nº 7/2007 do Município de Arujá, e comprometer a regularização de seu direito de propriedade, a publicidade de seu direito, estabilidade das

2 Art. 289. No exercício de suas funções, cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício.

3 Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:
(...)
XI – fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar;

Acesso ao Sumário

relações jurídicas e a confiabilidade do sistema registral, transfere-se o ônus ao Município, a quem caberá, na via judicial, afirmar a constitucionalidade e buscar o recebimento do tributo" (Apelação nº 000424-82.2011.8.26.0543, Rel. Des. José Renato Nalini, j. em 7/2/2013).

Como no julgado supra, determinar-se-á o ingresso do título, com a regularização da titularidade dominial das propriedades imobiliárias. Caso o Município entenda, a despeito de tudo que aqui foi dito, que houve fato gerador do ITBI, caberá a ele buscar, em execução fiscal, o recebimento do tributo.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e determino o registro do formal de partilha.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

FÁBIO FRESCA (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 6ª Vara Cível e da Unidade de Processamento Judicial – UPJ – do Foro Regional do Jabaquara (Solenidade realizada em 06.06.2017).

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PAULO DIMAS MASCARETTI, DIGNÍSSIMO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO;

AUTORIDADE NA QUAL PERMITO ME SAUDAR AS DEMAIS AUTORIDADES;

SENHORAS, SENHORES,

Coube-me o privilégio e a honra de participar desta solenidade na condição de Juiz Diretor deste Foro Regional do Jabaquara.

Todavia, não posso deixar de iniciar meu discurso sem antes agradecer aos MEUS colegas e amigos das varas cíveis, Dr(s). LAURA MOTA LIMA DE OLIVEIRA MACEDO, ALBERTO GIBIN VILLELA, ALESSANDRA LAPERUTA NASCIMENTO ALVES DE MOURA, JOMAR JUAREZ AMORIM, LIDIA REGINA RODRIGUES MONTEIRO CABRINI, ROGÉRIO AGUIAR MUHHOZ SOARES, MARCO ANTONIO SOTTO MUSCARI, GUSTAVO SANTINI TEODORO e PAULO ROBERTO FERREIRA SAMPAIO.

Se hoje estamos aqui reunidos, tal evento decorre do consenso dos citados juízes cuja coragem, ousadia e determinação foram imprescindíveis para a instalação da UPJ conjuntamente com a 6ª Vara Cível.

Agradeço aos servidores da Administração na pessoa da Supervisara de Serviço Sra. MIRIAM GOMES DA SILVA FARIAS, pela operosidade, dedicação, companheirismo e união de esforços na instalação física da UPJ conjuntamente com a 6ª Vara Cível.

Agradeço ao Sr. Secretário da SPI, Sr. PEDRO CRISTÓVAO PINTO e aos demais servidores que o auxiliam, FABIO MAKOTO, VANESSA CRISTINA MATINIANO VICENTINI e REGINA DE OLIVEIRA GEMANO pela confiança e apoio na prioridade dedicada na instalação da UPJ. Peço desculpas por eventuais constrangimentos decorrentes da minha insistência. Ressalto, contudo, que tal como os senhores, sou um entusiasta do projeto, e, ainda prefiro

Acesso ao Sumário

pecar pela ação a sofrer pela omissão.

Agradeço, igualmente, à Corregedoria, em especial, ao juiz auxiliar, DR. RODRIGO COLOMBINI, e à equipe de servidores que o compõe os quais prontamente atenderam às solicitações deste magistrado.

Agradeço ao STI e a SOFTPLAN pela atenção dedicada à solução dos problemas técnicos ocorridos na semana passada. Peço desculpas se algumas observações pareceram ácidas, mas espero ter colaborado para o aperfeiçoamento do projeto.

Aos servidores dos gabinetes e da UPJ permitam-me uma dedicação especial:

Antes do funcionamento da UPJ, medo, angústia e ansiedade foram sentimentos constantemente expressados pelos servidores.

Após sete dias de funcionamento, tais sentimentos foram substituídos por pânico, diriam alguns... (espero algumas risadas).

Bem...

Caros servidores, não ignoremos as dificuldades a serem enfrentadas neste início do funcionamento desta UPJ.

Mas, com perseverança, cooperação, união, tolerância, paciência e diálogo, seremos capazes de compreender os nobres motivos que justificam sua instalação, quais sejam: concretizar a eficiência e os postulados da duração razoável do processo.

PERSEVERANÇA para nos manter firmes em face das dificuldades trazidas por essa significativa mudança;

COOPERAÇÃO e UNIÃO para atingir resultados usando muito menos tempo e energia do que se cada um estivesse trabalhando sozinho, juntos podemos fazer mais;

TOLERÂNCIA e PACIÊNCIA para maximizar os pontos fortes de cada equipe e minimizar nossas fraquezas individuais;

DIÁLOGO porque é indispensável para o sucesso de qualquer trabalho em equipe. Por meio do diálogo espero que cada membro das equipes formadas se sinta apoiado pelos demais.

Lembro que a instalação de UPJs em outros fóruns apresentou ganhos em produtividade na ordem de 40% para magistrados e 60% para servidores, conforme estudo feito pela SPI em 2016, cerca de dois anos após a implantação da primeira Unidade de Processamento Judicial, em 2014.

Estou certo que alcançaremos igual produtividade na nossa UPJ. Posso estar completamente equivocado. Mas produtividade para mim significa PRODUZIR mais, fazendo menos. Acredito que a UPJ permitirá uma redução significativa

Acesso ao Sumário

dos processos a ser compartilhada por todos.

O sucesso da UPJ poderá ser um paradigma a ser repetido na estrutura do Tribunal de Justiça. Sem alarde. Com dedicação reconstruiremos um novo local de trabalho que nos trará felicidades e o orgulho de dizer "sou servidor do TJ paulista".

Finalizando este meu singelo pronunciamento, gostaria de dirigir-me especialmente a Vossa Excelência, Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tive a honra de participar do treinamento de todas as equipes. Como cada um dos participantes descobri muitas funcionalidades do sistema SAJ o qual era subaproveitado nas nossas tarefas cotidianas. Sugiro humildemente, Sr. Presidente (e aos demais Desembargadores presentes), que a capacitação e treinamento por meio da Escola Judicial dos Servidores seja constante e permaneça nas futuras administrações como uma política do Tribunal de Justiça. A busca da eficiência depende da valorização e do investimento em nossos servidores.

Não preciso, penso eu, elencar as inúmeras qualidades de Vossa Excelência, mesmo porque vossas realizações ao longo da Presidência do Tribunal de Justiça falam por si.

Muito Obrigado.

MARCO ANTONIO BOTTO MUSCARI (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 6ª Vara Cível e da Unidade de Processamento Judicial – UPJ – do Foro Regional do Jabaquara (Solenidade realizada em 06.06.2017).

Presidente Paulo Dimas,

Em entrevista concedida à revista Consultor Jurídico, ainda como candidato à Presidência do Tribunal de Justiça, Vossa Excelência declarou: "devemos atingir os objetivos traçados no planejamento estratégico em vigor, quais sejam, uniformização e melhor gerenciamento das rotinas de trabalho nos ofícios judiciais físicos [...], ampliação das varas digitais [...] e adequação de nossos prédios às necessidades atuais para melhor atendimento da população".

Hoje Vossa Excelência demonstra que não fez promessas vãs: instalam-

se aqui a primeira vara totalmente digital do Jabaquara e a Unidade de Processamento Judicial, mais conhecida como "Cartório do Futuro".

Conquanto não tenha ainda chegado o momento de entregar formalmente as obras de reforma e ampliação do Fórum --algo que ocorrerá em poucas semanas--, ninguém transita pelos dois blocos do prédio sem se impressionar com a dimensão e o conforto proporcionados não só aos que aqui trabalham, mas também aos jurisdicionados, destinatários principais e últimos da nossa atividade.

Esta cerimônia representa a quebra de dois paradigmas arraigados há mais de um século na tradição do Poder Judiciário.

Cartórios sempre foram considerados "pequenos feudos" do juiz titular da Vara respectiva, ensejando a pulverização das rotinas de trabalho.

Pois doravante não haverá mais "feudos": todos e cada um de nós receberão apoio do mesmo Cartório e terão de seguir práticas similares na condução formal dos processos (condução formal, pois nunca se cogitou tolher, controlar ou engessar o que há de jurisdicional em nossa atividade).

As boas rotinas dos cinco Ofícios Cíveis se somarão e ao cabo teremos o que havia de melhor em cada um deles.

A escolha do Corregedor Permanente não poderia recair em Juiz mais vocacionado: o Doutor Fabio Fresca, eleito pela unanimidade de seus pares, mostrou-se incansável no difícil processo de unificação dos antigos Cartórios. Foram horas e horas de reuniões, trocas de e-mails, visitas ao Palácio da Justiça, telefonemas e inspeção nas dependências físicas. Tudo sem prejuízo dos processos da 4ª Vara. Poucos de nós seríamos capazes de antever os desafios enfrentados por Sua Excelência e pela valorosa Servidora Rosana Ganef Motta, designada por seus méritos para ser Escrivã da nova "UPJ".

O segundo paradigma agora quebrado no Foro Regional III é o dos autos físicos.

A 6ª Vara nasce completamente digital, proporcionando virada histórica que bem revela o arrojo e a mentalidade aberta dos Magistrados de São Paulo, especialmente daqueles que dirigem o nosso Tribunal.

Alguém indagará: por que brindar o Jabaquara, Foro dos sonhos de nove entre dez Juízes, com mais uma Vara?

Resposta: porque aqui temos, segundo levantamento promovido pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, a maior distribuição de processos cíveis, por Juiz, em toda a Comarca da Capital.

Equivoca-se quem supõe que a maior distribuição por magistrado esteja no Fórum João Mendes Jr., onde Vossa Excelência, o ilustre Doutor Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira e eu judicamos em salas contíguas nos anos 90.

Acesso ao Sumário

Labora em equívoco quem imagina que, se o líder de distribuição cível não é o Foro Central, deve ser então o de Santo Amaro. Não, Senhor Presidente: hoje a maior distribuição cível per capita desta imensa Comarca está aqui, no Jabaquara. Justíssima e necessária a instalação da 6ª Vara, portanto.

É hora de encerrar, pois já se disse: só há dois tipos de discurso: *o longo e o bom.*

Antes disso, porém, cumpre registrar um preito de gratidão a algumas pessoas sem as quais não estaríamos aqui.

A instalação da 6ª Vara Cível e do Cartório do Futuro só se tornaram possíveis pela existência de espaço físico. A gigantesca obra de reforma e ampliação, quase ultimada, foi fruto dos esforços de vários Juízes que ocuparam a Diretoria do Fórum, alguns dos quais nos brindam hoje com sua presença. Foram eles os Doutores Nelson Jorge Júnior, Antonio Tadeu Ottoni, José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, Rosana Moreno Santiso, Hélio Narvaez e Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira.

Impossível olvidar a Servidora Miriam Gomes da Silva Farias, Supervisora do Serviço de Administração do nosso prédio, que se lançou de corpo e alma na tarefa de enfrentar e superar os muitos obstáculos surgidos durante as obras e subsequente reocupação do prédio.

Do Tribunal não nos faltou imprescindível apoio, merecendo especial lembrança a STI, capitaneada pela Secretária Rosely Padilha de Sousa, e a SPI, conduzida pelo Secretário Pedro Cristóvão Pinto.

Destaco a colaboração dos hoje Desembargadores Luís Fernando Nishi e José Maria Câmara Júnior. Enquanto Juízes Assessores da Egrégia Presidência, ambos encaminharam propostas e construíram soluções para que, a despeito da crônica escassez de recursos, fosse viabilizada a obra que hoje testemunhamos.

O Doutor Fernando Figueiredo Bartoletti, Chefe do Gabinete Civil da Presidência, foi parceiro de primeira hora quando encaminhamos a proposta de criação da "UPJ" e concomitante instalação da 6ª Vara.

Ágil no exame da proposta de distribuição diferenciada, o dedicado Juiz Assessor Rodrigo Marzola Colombini, seguindo diretriz do Excelentíssimo Desembargador Pereira Calças, ordenou que a Equipe de Apoio da Egrégia Corregedoria permanecesse em nosso Fórum pelo tempo necessário à viabilização do início dos trabalhos da Unidade de Processamento Judicial.

Na condição de Coordenador da 1ª RAJ, o eminente Juiz Regis de Castilho Barbosa Filho emprestou decisivo apoio aos nossos projetos, deslocou-se pessoalmente até aqui em várias ocasiões e fez interface entre nós e o Egrégio Tribunal.

Gostaria de agradecer também aos muitos Funcionários que integram esta

grande Família. Animados alguns, temerosos outros, nenhum se negou a dizer "presente" quando instado a colaborar nas várias tarefas.

Da Softplan recebemos indispensável apoio, especialmente nas últimas semanas. Agradeço a essa empresa parceira do Tribunal de Justiça, na pessoa da incansável Coordenadora de Relacionamento Beatriz Costa de Santana.

Bem, Senhor Presidente, agora é trabalhar. Meios nos foram dados e cidadãos esperam a solução dos problemas que os angustiam.

Que sejamos os portadores do ideal de tornar mais amena a vida de tantos quantos, pagando tributos, tornaram possíveis os resultados que hoje celebramos.

Muito obrigado.

WILL LUCARELLI (Juiz Diretor do Fórum da Comarca de Embu-Guaçu)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Anexo do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Embu-Guaçu (Solenidade realizada em 20.06.2017).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DOUTOR Paulo Dimas de Bellis Mascaretti;

Excelentíssimo Senhor DOUTOR ALEXANDRE NUNES DE VINCENTI, Promotor de Justiça deste Foro Distrital, neste ato representando o Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça;

Excelentíssimo Senhor FABIO ROMEU CANTON FILHO, Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil;

Excelentíssima Senhora DOUTORA NEUZA PENHA GAMA OTERO, Presidente da 86ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil;

Excelentíssima Senhora Prefeita Municipal, MARIA LÚCIA DA SILVA MARQUES;

Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Embu-Guaçu, AGILDO BACELAR DA SILVA;

Excelentíssimo Senhor Coronel Major PM SILVIO FÉLIX DE ARAUJO, Comandante do 25° BPM-M;

Excelentíssimos Senhores Juízes presentes;

Senhores Vereadores;

Senhores Secretários;

Senhores Advogados;

Senhoras e Senhores presentes,

Acesso ao Sumário

Não é possível estar aqui, neste momento simbólico de inauguração das instalações da sede do Juizado Especial em Embu-Guaçu, sem estar premido da mais significativa emoção.

E digo emoção, no exato sentido da palavra, a qual deriva de *movi,* que significa, literalmente, **por em movimento.**

Assim, a palavra emoção contempla exatamente nossos sentimentos em relação à essa missão concretizada.

É a representação de nosso móvel, de nossa energia em movimento, daquilo que nos impele e nos impulsiona.

É a genuína tentativa de promover uma justiça acessível, célere, equidistante e pacificadora.

Já se diz: "Sem emoção, nada avança".

Creio nisso e creio também que isto é o que me faz estar aqui hoje. Não posso deixar de lembrar que quando ingressei no serviço público fui lotado, como servidor, no Juizado Especial e foi ali que idealizei o que hoje aqui se concretiza.

Ali pude ter a percepção do quão próximo o Judiciário pode estar da população e quão significativo e impactante ele pode ser na vida das pessoas.

Ali pude ver com clarividência o sentido da Justiça.

Enfim, foi ali que a emoção me pôs em movimento para estar aqui. Hoje, o Juizado Especial de Embu-Guaçu, fruto da união de esforços do empresariado local e do trabalho intenso de toda a dedicada equipe deste Fórum, encerra urna etapa que se iniciou lá atrás, quando uma nova sede do Poder Judiciário Bandeirante se inaugurou neste Município, mostrando o quanto poderíamos estar mais próximos da população embu-guaçuense e o quanto poderíamos influir em sua história.

E notem, digo que a etapa se encerra, porém, não acaba. Ao contrário disso, renova o nosso compromisso.

Nos mostra onde chegamos e para onde queremos ir.

E queremos ir longe, culminando com a concretização do CEJUSC e sua ampliação para o conceito de Centro de Cidadania, que tantos benefícios trará à população local.

Disse a pouco: "Sem emoção, nada avança".

Porém, digo mais, "com emoção, em nossa vida pode se fazer, como se diz na ginástica, um "salto duplo twist carpado"".

Estamos aqui... no meio da execução de nosso salto.

Não queremos uma jornada retilínea e uma mera acrobacia no ar.

Queremos executar o salto duplo com perfeição.

E só assim, queridos embu-guaçuenses, poderemos todos ser medalhados pela execução do "twist carpado" de nossa trajetória.

O meu emocionado muito obrigado a todos.

ALEXANDRE NUNES DE VICENTI (Promotor de Justiça da Comarca de Embu-Guaçu)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Anexo do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Embu-Guaçu (Solenidade realizada em 20.06.2017).

Boa tarde a todos!

Em primeiro lugar, cumprimento o Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, e os demais magistrados presentes na pessoa do Dr. Willi Lucarelli, Juiz de Direito desta cidade.

Cumprimento a Sra. Maria Lucia da Silva Marques e o Sr. Paulo Ribeiro de Almeida, prefeita e vice-prefeito de Embu-Guaçu.

Cumprimento os vereadores presentes na pessoa do Presidente da Câmara Municipal de Embu-Guaçu, Sr. Agildo Bacelar da Silva;

Cumprimento a Ordem dos Advogados do Brasil e todos os advogados presentes na pessoa do Dr. Fabio Romeu Canton Filho, Vice-Presidente da Seção São Paulo e da Dra. Neuza Penha Gava Otero, Presidente da Subseção de Itapecerica da Serra.

Acesso ao Sumário

Cumprimento a Polícia Militar do Estado de São Paulo na pessoa do coronel Ricardo Tahara.

Cumprimento a Polícia Civil do Estado de São Paulo na pessoa do Dr. Walther Serafim Godinho, Delegado de Polícia de Embu-Guaçu.

Cumprimento os diversos padres presentes na pessoa dos padres Gean Carlos Medeiros de Oliveira e José Lucio Emer.

Cumprimento os empresários presentes – desde já agradecendo pela contribuição - e o público em geral.

Na condição de Promotor de Justiça desta Comarca, parabenizo o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa do Desembargador Dr.

Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, e do Dr. Willi Lucarelli, Juiz de Direito desta cidade, pela inauguração do JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE EMBU-GUAÇU.

O JUIZADO é uma conquista de extrema importância para a população de Embu-Guaçu.

Conquista porque até ontem o acesso era difícil em razão do necessário deslocamento até o Município de Itapecerica da Serra.

Portanto, hoje podemos dizer que o acesso à justiça é pleno.

Além disso, as peculiaridades do rito do JUIZADO ESPECIAL vão ao encontro dos princípios da razoável duração do processo, economia processual e conciliação, a demonstrar preocupação com a rápida solução dos conflitos e a pacificação social.

Assim, o Ministério Público do Estado de São Paulo novamente agradece o Poder Judiciário pela iniciativa, chama a população a fazer uso do JUIZADO e se coloca à disposição para o que for preciso, ressaltando que esse presente fortalece a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Muito obrigado.

ISABELA DE SOUZA NUNES FIEL (Juíza de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Ofício Judicial da 2ºª Vara da Comarca de Serrana (Cerimônia realizada em 22.06.2017).

Excelentíssimo Sr. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Paulo Dimas de Bellis Marcaretti, na pessoa de quem cumprimento as demais Autoridades aqui presentes,

Senhoras e Senhores, boa tarde.

Nossa Constituição Federal, em seu preâmbulo, contém a afirmação de que vivemos em um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...

Acesso ao Sumário

Hoje é um dia de alegria para a Comunidade Serranense. Temos a oportunidade de presenciar um importante ato de construção do Estado Democrático de Direito atendendo às diretrizes lançadas na Constituição Federal.

A instalação da segunda Vara de Serrana é, sem dúvida, a disponibilização de um importante equipamento voltado à promoção dos direitos reconhecidos pela Constituição e pelas Leis e à solução dos conflitos.

Sabemos que o Judiciário Paulista nos últimos tempos vem pautando suas ações na conquista do cidadão, na democratização do acesso à justiça, na celeridade dos procedimentos, com investimentos maiores em tecnologia da informação.

Temos que agradecer os esforços do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, apesar de todas as restrições orçamentárias que vem sofrendo há anos, prossegue em seu caminho de ampliação, na busca de garantir efetividade ao compromisso de atuar com competência e celeridade em favor dos cidadãos.

A Comarca de Serrana, com a instalação desta segunda Vara, que já foi criada há vários anos, mas até agora não havia sido efetivamente implementada, dá um importante passo na direção da entrega de um serviço público de qualidade e em tempo razoável.

Atualmente, o volume imenso de trabalho, composto por mais de 25 mil processos em andamento, torna impossível a entrega da prestação jurisdicional em tempo ágil, não obstante a dedicação integral e obstinada da colega Juíza da primeira Vara, Dra. Viviane Decnop Freitas Figueira.

Esperamos que com a Segunda Vara os usuários da Justiça possam alcançar a prestação jurisdicional em tempo mais razoável.

É verdade que outros obstáculos ainda precisam ser vencidos. Precisamos, ainda de melhorias nas condições materiais, melhores equipamentos de informática que nos permitam utilizar em sua plenitude os recursos que o processo digital nos disponibiliza, assim como precisamos de incremento na força de trabalho a fim de conferir efetividade às decisões que vierem a ser emanadas pelo Juízo da Segunda Vara.

Mas ainda assim, é o momento de aplaudir a iniciativa do Tribunal de Justiça de buscar melhorar as condições do serviço prestado à população.

A 2ª Vara, que ora inauguramos, terá competência cumulativa, ou seja,

apreciará processos cíveis, de família, criminais e de infância e juventude e será 100% digital. Sua criação e instalação vai ao encontro do anseio da população por maior eficiência e eficácia no exercício da pacificação social, através da atividade jurisdicional.

Podemos destacar, ainda, que a instalação da 2ª Vara coincide com um momento de grave crise política e econômica nacional.

Serrana não está alheia a esta crise. Nos últimos anos o município sofreu com o fechamento de importantes empresas, gerando perda de elevado número de postos de trabalho.

Com isso, famílias inteiras se viram de uma hora para outra, privadas de seus sustentos e necessitadas de que o Estado lhes provenha seus direitos mais básicos, como alimentação, moradia, saúde, vestuário. E estando o próprio Estado em colapso econômico, não podendo prover a todos seus direitos individuais fundamentais, surgem, evidentemente, litígios, vindo tais conflitos desaguar na Justiça, assoberbando-a, ainda mais.

É por isso que a ampliação da estrutura judiciária constitui a realização de um compromisso voltado para o atendimento jurisdicional mais amplo e mais acessível aos anseios daqueles que têm na atuação do Poder Judiciário, a última, senão a única, esperança e garantia para a efetivação, sólida e segura, de suas justas pretensões.

Assim, para nós, a inauguração da 2ª Vara, representa não apenas uma unidade jurisdicional a mais, mas a vontade do Poder Judiciário se fazer presente e atuante em seu compromisso maior de assegurar ao povo, com a máxima e possível acessibilidade, um sentimento de segurança, de confiança, de proteção, de perspectivas melhores para as novas gerações.

De minha parte, comprometo-me a trabalhar arduamente para que a população de Serrana obtenha uma prestação jurisdicional acessível, célere e de qualidade.

Aproveito a oportunidade para agradecer a todos que se envolveram na preparação da presente cerimônia, que embora singela demandou muita dedicação e empenho de diversos servidores, dando-nos demonstração de seriedade e de profissionalismo e deixando antever que a 2ª Vara só pode estar destinada ao sucesso, por contar com corpo de funcionários deveras dedicado e capaz.

Rogo a Deus que nos dê perseverança para triunfar diante dos desafios e lutas

Acesso ao Sumário

que estão por vir.

Pela atenção e presença de todos, meus sinceros agradecimentos.

CLÁUDIO JOSÉ BAPTISTA MORELLI (Promotor de Justiça da Comarca de Serrana)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Ofício Judicial da 2ºª Vara da Comarca de Serrana (Cerimônia realizada em 22.06.2017).

EXMO. Sr. Dr. PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, na pessoa de quem cumprimento as demais autoridades componentes da mesa e presentes nesta solenidade.

É com grande satisfação que recebemos as autoridades do Poder Judiciário Paulista para a instalação da tão almejada 2ª Vara da Comarca de Serrana.

Município que, no século XIX, iniciou sua história como um pequeno Vilarejo a partir da doação de terras pelo colonizador mineiro Serafim José do Bem, passando, em 1912 a integrar o Município de Cravinhos com a denominação de Distrito de Serrinha (por situar-se às margens do córrego de mesmo nome), até que na década de 1940, ao assumir o cargo de vereador em Cravinhos como representante da população de Serrana, Ângelo Cavalheiro deu início à luta para a emancipação política do distrito, o que veio a ocorrer no dia 10 de abril de 1949, por ato do então Governador do Estado de São Paulo, Armando Salles de Oliveira.

A presença do Poder Judiciário no Município deu-se inicialmente em 8 de dezembro de 1986, como Vara Distrital da Comarca de Ribeirão Preto, sendo alçada à Comarca de Serrana no dia 25 de fevereiro de 2005.

Desde a fundação do Município, da instalação da então Vara Distrital, passando pela emancipação à Comarca, a cidade só fez crescer, passando hoje a contar uma população de 42.784 habitantes (segundo dados do IBGE de 2015), crescimento este que reflete diretamente na demanda do Poder Judiciário e do Ministério Público.

O crescimento da demanda da sociedade Serranense junto ao Poder Judiciário,

Acesso ao Sumário

impulsionado não só pelo incremento da população, mas principalmente pelo maior acesso ao Judiciário e a crescente conscientização dos cidadãos acerca de seus direitos, fez com que a vara única da Comarca e o cargo único de Promotor de Justiça, se tornassem insuficientes para fazer frente aos anseios da comunidade Serranense, que bate às portas do Ministério Público e do Judiciário em busca da concretização de seus direitos, quer por meio da intervenção Ministerial, quer por meio da prestação jurisdicional.

Os números expressivos (aproximadamente 24.000 processos em trâmite na Comarca, com distribuição mensal média aproximada de 350 novos processos), a extensa pauta diária de audiências e, no que toca ao Ministério Público, as infindáveis demandas sociais que exigem atuação do Promotor de Justiça na tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, evidenciavam a impostergável necessidade da instalação da 2ª Vara na Comarca, já criada por lei em 29 de agosto de 2000.

Nesse quadro, desde que assumi as funções de Promotor de Justiça de Serrana, há 4 anos, tornei-me um incansável (para não dizer inconveniente) defensor e incentivador da adoção das medidas necessárias para a instalação da 2ª Vara, como único caminho a propiciar, não só melhores condições de trabalho para os operadores do direito, mas principalmente para atender as crescentes demandas da sociedade Serranense, viabilizando maior eficiência na atuação Ministerial e na prestação jurisdicional.

Assim, grande a satisfação de ver hoje instalada a 2ª Vara da Comarca, cabendo aqui o reconhecimento e a homenagem a todos os que contribuíram para tal feito.

Inicialmente, destaco o empenho e a determinação da Dra. Viviane Decnop Freitas Figueira, Magistrada que, desde que assumiu a então Vara Única da Comarca, há um ano, atuou de maneira incansável à frente do Judiciário local, conciliando grande capacidade de trabalho no desempenho das funções jurisdicionais, com incomum e elogiável senso de gestão, trabalhando desde quando aqui chegou para viabilizar a instalação da almejada 2ª Vara, superando os percalços naturais e estruturais próprios de tal empreitada.

Necessário também o reconhecimento aos Magistrados da vizinha Comarca de Ribeirão Preto, sede de nossa circunscrição e Região Administrativa Judiciária, Dr. Sylvio Ribeiro de Souza Neto, Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça e Dr. Luís Augusto Freire Theotônio, diretor da 6ª Região Administrativa Judiciária que, prestativos e atentos aos anseios e necessidades de nossa comarca, sempre se dispuseram a auxiliar e encampar as demandas de Serrana, realizando a interlocução junto à Presidência do Tribunal.

Acesso ao Sumário

Menção imprescindível também é a do Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti, Juiz de Direito Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça, responsável pelas providências tendentes a instalação das varas nas Comarcas do Estado e que sempre atendeu prontamente às reivindicações do Judiciário de Serrana, viabilizando a instalação de nossa 2ª Vara.

E, principalmente, o reconhecimento, a homenagem e o agradecimento ao Exmo. Desembargador Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, na condução da maior Corte Judiciária do País tem se mostrado sensível às demandas sociais dos jurisdicionados e às necessidades da Primeira Instância do Judiciário, proporcionando, mesmo em tempos difíceis, de severas restrições orçamentárias, o desenvolvimento do Poder Judiciário Bandeirante para que possa fazer frente às crescentes e infindáveis demandas da sociedade paulista.

Nesse momento de reconhecimento e agradecimento por todos os que atuaram para tornar realidade a 2ª Vara, lembro e presto minhas homenagens também a todos os serventuários da Justiça (aqui representados pelo Diretor de Serviço José Marcílio Pereira e Diretor do Juizado Especial Fernando Toneto) e do Ministério Público, que ao longo da história da Comarca, sempre atuaram com presteza, dedicação e empenho, desdobrando-se no cumprimento dos atos processuais, impulsionando os milhares de feitos que tramitam na Comarca, viabilizando, assim, a prestação jurisdicional.

Não poderia deixar de enaltecer também, a atuação dos profissionais da advocacia que militam na Comarca (hoje aqui representados pelo Dr. Adriano Vilela Bueno), indispensáveis que são à administração da Justiça, atuam na defesa de seus constituídos com dedicação e afinco, mantendo os princípios de urbanidade e respeito para com os demais operadores do direito, contribuindo para a harmonia na rotina dos trabalhos forenses.

Registro, ainda, a colaboração dos Poderes Executivo e Legislativo Municipais, hoje representados pelo Prefeito Valério Antônio Galante e pelo Presidente da Câmara Dewilson Braga dos Reis, mas que sempre contribuíram, nas mais diversas gestões e de todas as maneiras possíveis, para tornar realidade a presença do Poder Judiciário no Município.

Importante lembrar também daqueles que, por longo tempo estiveram à frente da Comarca de Serrana na sua recente história e que muito contribuíram para o desenvolvimento do Judiciário no Município, entre os quais destaco os Magistrados Drs. André Antonio da Silveira Alcântara, Guilherme Infante Marconi e Andrea Schiavo, além do Promotor de Justiça Dr. Paulo Cesar Souza Assef que, atuando por anos em Serrana, deixaram suas marcas e contribuíram para o desenvolvimento das atividades do Judiciário e do Ministério Público na

Comarca.

A eles e a nós vem se juntar hoje a Dra. Isabela de Souza Nunes Fiel, assumindo a 2º Vara da Comarca de Serrana, somando esforços para a prestação jurisdicional no Município, trazendo, apesar da juventude, sua experiência de bons e reconhecidos serviços prestados à frente da vizinha comarca de São Simão.

Podemos afirmar que a 2ª Vara (com atribuições na sensível e prioritária área da infância e juventude) terá à frente Magistrada extremamente qualificada e dedicada, com todos os predicados necessários para o enfrentamento das questões e demandas da sociedade Serranense.

Encerro, assim, reforçando o agradecimento e o reconhecimento a todos que atuaram para o engrandecimento do Poder Judiciário na Comarca de Serrana, tornando realidade a 2ª Vara, a partir da qual o Ministério Público, na pessoa deste Promotor de Justiça, renova o ânimo e a disposição para o cumprimento de suas atribuições na defesa dos interesses da sociedade Serranense, certo de que a resposta do Judiciário será ainda mais eficaz e qualificada com o incremento proporcionado a partir de hoje na estrutura do Poder Judiciário em nossa Comarca.

Muito Obrigado.

Acesso ao Sumário