REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 22 – ANO 4

JULHO E AGOSTO DE 2017

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

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

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 24
b) Agravos Internos 91
c) Apelações 100
d) Embargos de Declaração 354

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 360
b) Agravos Regimentais 433
c) Apelações 440
d) Apelações/Reexames Necessários 494
e) Conflitos de Competência 524
f) Embargos de Declaração 527
g) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 530
h) Mandados de Segurança 542
i) Reexames Necessários 553

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 558
b) Apelações 562
c) Correições Parciais 664
d) *Habeas Corpus* 667
e) Mandados de Segurança 685
f) Recursos em Sentido Estrito 690
g) Reexames Necessários 696
h) Revisões Criminais 699

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 713
b) Agravos Internos 759
c) Agravos Regimentais 766
d) Arguições de Inconstitucionalidade 775
e) Conflitos de Competência 779
f) Reclamações 817

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 822
b) Apelações 834
c) Conflitos de Competência 851
d) *Habeas Corpus* 865
e) Reexames Necessários 878

5- Câmara Especial de Presidentes 885

6- Conselho Superior da Magistratura 919

7- Noticiário 935

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, 1º andar
sala 114, 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. 22, jul./ago. 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
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
ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
ALEX Tadeu Monteiro Zilenovski

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
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**
Desembargador RODRIGO NOGUEIRA*

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***
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

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 LÚCIA 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 621/623)

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 Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT***
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

28ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 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 — TERCEIRA-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 604)

35ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 2ª feira — 13:30 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 MAURÍCIO PESSOA
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

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

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 MAURÍCIO PESSOA

30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES***
Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA***
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**

32ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES***
Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

33ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI***
Desembargador ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

34ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

35ª 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

36ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador GILBERTO Pinto DOS SANTOS***
Desembargador SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI

38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador HUGO CREPALDI Neto
Desembargador LUÍS FERNANDO NISHI
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**

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 CLÁUDIO 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 José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI***
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
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 OLIVEIRA
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 211 — 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)

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 Dimas BORELLI THOMAZ Júnior***
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO

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 José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
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 LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador LUIZ TOLOZA NETO***
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador CESAR MECCHI MORALES
Desembargador Antônio ÁLVARO CASTELLO
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**
Desembargador AIRTON VIEIRA**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

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 GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargador JUVENAL José DUARTE
Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
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 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**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 737/2016)

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**

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

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064603-58.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA., é agravado ROSÂNGELA PEREIRA ANTÔNIO.

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 17.888)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), ALEXANDRE COELHO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 19 de junho de 2017.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AUTORA, ACOMETIDA DE DOR ABDOMINAL AGUDA E INTENSA, QUE TEVE DE SE SUBMETER A CIRURGIA DE LAPAROTOMIA EXPLORADORA EM CARÁTER DE URGÊNCIA (CID:R-100) - OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE QUE SE RECUSA A CUSTEAR AS DESPESAS SOB A ALEGAÇÃO QUE NÃO FORA OBSERVADO O PRAZO DE CARÊNCIA CONTRATUALMENTE ESTIPULADO - RECUSA INJUSTA, PORQUE BASEADA EM CLÁUSULA ABUSIVA (CDC, ART. 51, INCISO IV) - PRECEDENTE - MULTA EM PATAMAR ADEQUADO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida

às fls. 63/65, que concedeu a liminar para determinar à operadora de planos de saúde que autorizasse e custeasse toda e qualquer despesa médico-hospitalar havida com a realização da cirurgia de urgência de laparotomia exploradora, arcando com todos os gastos relacionados ao tratamento prestado à autora no Hospital Paulistano, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada ao teto de R$ 30.000,00, para a hipótese de descumprimento, sem prejuízo de ulterior majoração.

Irresignada, pretende a agravante a concessão de efeito suspensivo e a reforma do r. pronunciamento sob a alegação, em síntese, de que não se encontram presentes os requisitos legais autorizadores da tutela antecipada; o contrato, livremente pactuado entre as partes, encerra cláusula atinente à carência ora discutida; a inobservância dos limites estipulados importará desequilíbrio contratual, não havendo que se falar em abusividade ou irregularidade na negativa de cobertura; interpretando-se conjuntamente os arts. 12 e 35-C, p. único, ambos da Lei nº 9.656/98, conclui-se que a cobertura para urgências e emergências é de apenas 12 horas; a multa diária foi fixada em valor excessivo, desproporcional à prestação que se busca, impondo-se sua redução para montante não superior a R$ 100,00.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido negada a liminar pleiteada, consoante decisão de fls. 116/121.

Contrarrazões às fls. 123/136.

Por fim, as partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 187).

É o relatório.

1.- Consoante observado anteriormente, "Nesta sede de cognição sumária, não se vislumbra risco de lesão irreparável ou de difícil reparação aos interesses da agravante que justifique a concessão da liminar pretendida.

"Da detida leitura dos autos, verifica-se que o contrato firmado entre as partes teve início de vigência em 1º de outubro de 2016, estando descrito no manual do segurado quais as carências previstas, ou seja, 24 horas para atendimentos de urgência/emergência, 30 dias para consultas médicas em consultório, exames de rotina e atendimentos, 180 dias para internações em clínicas, cirúrgicas e exames não cobertos pelo item anterior e 300 dias para cobertura de parto a termo (fls. 28/49).

"Sucede que, no caso dos autos, restou comprovado que a autora necessitou de atendimento hospitalar em 14 de março de 2017. Deu entrada no pronto socorro do Hospital Paulistano com quadro de dor abdominal aguda e intensa, tendo o médico que a atendeu determinado sua pronta internação para realização de cirurgia de laparotomia exploradora em caráter de urgência (CID: R-100) (fls. 54).

Acesso ao Sumário

"Com efeito, consoante o disposto no art. 35-C da Lei nº 9.656/98, que se aplica tanto aos contratos antigos quanto aos novos, adaptados ou não ao diploma, é obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência e de urgência, vedadas limitações ou obstáculos (cf. MAURY ÂNGELO BOTTESINI e MAURO CONTI MACHADO. Lei dos planos e seguros de saúde. 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2005, ps. 315/316).

"Desse modo, inegável que o regime de urgência não autorizava a negativa de cobertura para o atendimento questionado, de modo que se conclui que a recusa foi injusta, porque baseada em cláusula abusiva e em afronta ao disposto no art. 51, inc. IV, do CDC.

"Nesse sentido, entendeu esta C. 8ª Câmara de Direito Privado: 'Ementa: PLANO DE SAÚDE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Procedência - Prazo de carência que deve ser respeitado, mas não em hipótese de urgência - Abusividade da restrição de carência e internação, que contraria o artigo 12, V, 'c' da Lei 9.656/98, que estipula prazo de vinte e quatro horas para atendimento dos casos de urgência e emergência - Recusa que também afronta o CDC (que não foi revogado, em especial seu artigo 51, IV) - Recusa injusta - Ressarcimento das despesas efetuadas - Cabimento' (Ap. 0141064-49.2010.8.26.0583, rel. Des. Salles Rossi, j. 16.02.2011).

"A propósito, 'Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido' (STJ-4ª T., REsp 466.667/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 27.11.2007).

"Por derradeiro, no que se refere às astreintes, sabe-se que não têm caráter punitivo, mas coercitivo.

"Visam antes a tornar efetivo o comando judicial relativo a obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, no sentido de constranger o devedor a cumpri-lo, do que a impor sanção ao último.

"Por isso mesmo, não podem ser arbitradas em valor módico, sob pena de perderem a função para a qual se destinam.

"No caso dos autos, não se cogita multa em patamar desarrazoado, nem tampouco exigência de caução, mesmo porque, na hipótese de reversão da medida quando do julgamento da demanda principal, eventuais prejuízos da operadora serão de ordem exclusivamente patrimonial (TJSP, 8ª Câm. Dir Priv., AI 0254345-49.2011.8.26.0000, rel. Des. Luiz Ambra, j. 07.12.2011).

"E, de mais a mais, 'é lícito ao julgador, a qualquer tempo, modificar

Acesso ao Sumário

o valor e a periodicidade da multa (art. 461, parágrafo 4º c/c parágrafo 6º, do CPC), conforme se mostre insuficiente ou excessiva. Precedentes (...)' (REsp n. 1060293/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.03.2010).

"Feitas essas considerações, e ainda levando em conta que está em risco a proteção da saúde, bem jurídico especialmente relevante, que deve ser priorizado em detrimento de qualquer outro, imperiosa a manutenção da r. decisão recorrida, até entendimento ulterior desta C. 8ª Câmara de Direito Privado."

2.- CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2031732-09.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante JOSEFA MARTINS DE ANDRADE, são agravados TELMA CRISTINA PEREIRA DE LIMA e ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI e J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação de usucapião de imóvel urbano fundada no art. 183 da Constituição Federal e no art. 1.240 do Código Civil (usucapião "pro habitatio"). Pedido cumulado de anulação de partilha feita nos autos de arrolamento que contemplou o bem usucapiendo. Admissibilidade, em tese, da cumulação, observado o procedimento comum dos arts. 318 e seguintes do NCPC. Art. 327 e seu § 2º do mesmo Código: não havendo técnicas processuais diferenciadas para a ação de usucapião; inexistência de incompatibilidade da ação com as disposições do procedimento comum.

Acesso ao Sumário

Aliás, pelo contrário, o § 10 do art. 216-A da Lei de Registros Públicos (nº 6.015/73, na redação da Lei 13.015/15 NCPC), é expresso acerca do rito do usucapião judicial ser o comum. Necessidade, todavia, de citação, como litisconsortes necessários (NCPC, art. 114), de todos os herdeiros na sucessão, cujas esferas jurídicas podem ser afetadas pela sentença. Decisão de primeiro grau que se reforma para tal fim. Agravo de instrumento parcialmente provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de julgar agravo de instrumento que deste modo sumariei, quando pela primeira vez despachei em seus autos:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão saneadora, proferida nos autos de ação de usucapião movida por Telma Cristina Pereira de Lima e André Martins de Andrade contra Josefa Martins de Andrade, que rejeitou as preliminares apresentadas pela ré, ora agravante, ***verbis***:

'Vistos.

Trata-se de ação de usucapião.

Designada audiência de instrução e julgamento, verifica-se que existem preliminares arguidas em sede de contestação a serem apreciadas.

Quanto à inépcia da inicial, fica esta rejeitada, vez que inexiste, na realidade, a aludida cumulação, tratando-se de ação de usucapião que uma vez declarada geraria efeitos sobre a referida partilha, mas que oportunamente o juízo irá decidir a respeito com os elementos que as partes trouxerem para os autos.

Em relação à ausência de litisconsórcio necessário, fica também rejeitada pelos mesmos argumentos já dispendidos, haja vista o reconhecimento da não cumulação de pedidos pelos autores.

Quanto ao alegado reflexo da coisa julgada do procedimento do arrolamento à presente ação de usucapião, esta será apreciada conjuntamente com o mérito da demanda.

No mais, o processo encontra-se formalmente em ordem, as partes são legítimas e estão bem representadas, concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação, entendida esta como direito abstrato à obtenção de tutela jurisdicional, não existindo defeitos ou nulidades a serem supridas ou sanadas, de tal sorte que declaro o feito saneado. Aguarde-se a audiência de instrução anteriormente designada.

Int.' **(fls. 15/17)**

É contra isto que agrava a ré.

Acesso ao Sumário

Afirma a agravante, em suma, que *'os autores alegam que desde o começo do ano de 2010 foram desapossados do imóvel ora objeto de usucapião. Entretanto, é de todo evidente e notório que referido imóvel estava arrolado como bem a partilhar nos autos da Ação de Arrolamento, iniciada no mês de outubro de 2006 e transitada em julgado em janeiro de 2009. Resta, portanto, configurado, que no desde 2006 os autores consentem com a partilha do bem; não rechaçaram a partilha, não opuseram resistência e, mais ainda, não invocaram em procedimento incidental próprio o direito originário de usucapião'* (fl. 9).

Nesta esteira, sustenta que o bem já foi partilhado de forma consensual. Assim, '*com a formação da coisa julgada no arrolamento, restou preclusa a possibilidade de rediscussão de todos os argumentos alegações e defesas, que poderiam ter sido suscitados, mas não foram*' (fl. 10).

Requer, deste modo, o acolhimento das preliminares de **(i)** coisa julgada, em razão do '*arrolamento nº 5169/06 (1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Bauru/SP), considerando o efeito preclusivo da discussão sobre a propriedade objeto desta ação*' (fl. 10); **(ii)** cumulação inapropriada de pedidos, tendo em vista que a natureza jurídica da ação de usucapião é incompatível com pedido de reintegração de posse; **(iii)** ausência de litisconsórcio passivo necessário.

Pede, a final, o provimento do agravo.

É a síntese do necessário.

Ausente pedido liminar, à contraminuta.

Faculto às partes, no mesmo prazo da contraminuta, manifestação acerca do julgamento eletrônico do presente recurso e daqueles que se lhe seguirem, se o caso, entendendo-se o silêncio como concordância com tal procedimento." **(fls. 81/84)**.

Contraminuta a fls. 86/93.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Reformo, em parte, a r. decisão recorrida, antes transcrita.

A declaração de usucapião pleiteada pela petição inicial de fls. 19/25, em tese, não depende do que se passou nos autos do arrolamento dos bens deixados pelo sogro da autora (Pedro Evangelista de Andrade). A ação tem por objeto imóvel residencial de 133,28 m2 e vem fundada nos arts. 183 da Constituição Federal e 1.240 do Código Civil (usucapião ***pro habitatio***).

Terá - se julgada procedente por ter a agravada posse qualificada pela residência e pelo prazo de cinco anos previsto em lei -, sua sentença, conteúdo declaratório de aquisição originária da propriedade, desligada da relação jurídica que tenha ela mantido com os sogros, o finado e a agravante.

Entretanto, quanto ao litisconsórcio que a agravante, dizendo-o necessário, pretende se estabeleça, chamando-se aos autos os demais herdeiros

Acesso ao Sumário

de Pedro Evangelista de Andrade, é ele de rigor, posto que há pedido cumulado de anulação do arrolamento, em princípio viável, que somente poderá ser objeto de decisão se estiverem presentes nos autos todos os interessados na sucessão.

A possibilidade de cumular-se o pedido em tela, abro parêntese, decorre das disposições do NCPC atinentes ao procedimento comum (318 e seguintes), especialmente do art. 327 e seu § 2º, que isto somente vedariam acaso houvesse técnicas processuais diferenciadas para a ação de usucapião - e não as há - que fossem incompatíveis com esse rito geral. Aliás, muito pelo contrário, o § 10 do art. 216-A da Lei de Registros Públicos (nº 6.015/73, na redação da Lei 13.015/15 - NCPC), é expresso acerca do rito do usucapião, quando judicial, ser o comum.

Voltando ao chamamento de terceiros aos autos, a procedência do usucapião gerará efeitos jurídicos para esses outros herdeiros do ***de cujus***.

Incide, deste modo, o art. 114 do NCPC, que estipula que o litisconsórcio será necessário "*quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos os que devam ser litisconsortes*".

Têm esses outros herdeiros interesse jurídico em opor-se ao que pretende a agravada, isto é, como está na contraminuta (fl. 89), provar que o prazo quinquenal tenha decorrido antes do falecimento de Pedro Evangelista de Andrade, obtendo, assim, o usucapião ***pro habitatio***.

Assim:

> "É indispensável a presença no polo passivo da ação do terceiro eventualmente atingido em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional." (STJ-4ª T., REsp 965.933, Min. João Otávio, j. 25.3.08, DJU 5.5.08)" - **THEOTONIO NEGRÃO e continuadores, CPC, 47ª ed., pág. 225.**

Deste modo, para que a agravada, autora da ação de usucapião, seja intimada a promover à citação dos demais herdeiros, por meu voto, reforma-se parcialmente a r. decisão.

DISPOSITIVO.

Dou parcial provimento.

Consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, influentes na elaboração deste voto. Na hipótese, de apresentação de embargos de declaração, em que pese este prévio prequestionamento, 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201640-64.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é agravado GABRIEL OLIVEIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.132)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2017.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - obrigação de fazer - Plano de saúde - Tutela provisória de urgência concedida para impor à ré o dever de custear o tratamento de *home care* - Comprovação técnica da necessidade e utilidade do tratamento pretendido - Presença dos requisitos do art. 300 do NCPC - Prazo exíguo não configurado - Multa diária fixada em valor que atende aos princípios da razoabilidade/ proporcionalidade - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 96 que, em autos de ação de obrigação de fazer, deferiu a concessão de tutela antecipada, para determinar que a ré, no prazo de 5 dias, arque com o pagamento do tratamento de *home care* do autor, sob pena de multa diária no importe de R$ 5.000,00, por estarem presentes os requisitos autorizadores da medida.

Alega a agravante, em breve síntese, que a medida pleiteada pelo autor e deferida pelo MM. Juiz *a quo* em sede de tutela provisória de urgência possui caráter satisfativo e é dotada de irreversibilidade, devendo, por tal razão, ser cassada. Afirma ainda que a negativa de cobertura está correta, em face dos termos do contrato celebrado entre as partes, com ênfase para o fato de que as regras dispostas pela Agência Nacional de Saúde não estabelecem obrigatoriedade de

Acesso ao Sumário

disponibilização do tratamento em comento. Sustenta, outrossim, que o prazo concedido para o cumprimento da liminar é muito exíguo, bem como o valor da multa diária fixada no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é excessiva.

Recurso processado, sem efeito suspensivo, recolhido o preparo.

Contraminuta às fls. 114/121.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça às fls. 126/130 é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

Ressalte-se, inicialmente, que a questão deve ser analisada sob a ótica estritamente processual: presença ou ausência dos requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência. As outras questões dizem respeito ao próprio mérito da causa e não podem ser aqui examinadas, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Assim, este E. Tribunal, por hora, só tem competência para analisar os pressupostos necessários à concessão da tutela provisória de urgência, pretendida pelo autor da demanda, bem sejam: a probabilidade do direito invocado e o risco de dano ou prejuízo ao resultado útil do processo (art. 300 do NCPC).

Inconsistente o reclamo.

De fato, encontram-se presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória de urgência, motivo pelo qual torna-se irrepreensível a decisão proferida, uma vez que restou comprovada tecnicamente a necessidade e utilidade do tratamento pretendido, não cabendo, em princípio, aos planos e seguros-saúde questionar critérios médicos e analisar o mérito e a conveniência das prescrições realizadas pelo profissional responsável pelo atendimento.

A probabilidade do direito invocado pelo agravado, que justificou o deferimento do pedido liminar formulado na ação de obrigação de fazer, resulta da comprovação da gravidade de seu quadro clínico, resultante de hidrocefalia, paralisia cerebral, deficiência visual e física, que o deixou totalmente impossibilitado de realizar suas atividades vitais diárias, com necessidade de realização diária de fisioterapia e outros tratamentos regulares, o que gera a necessidade de acompanhamento médico, além de cuidados de enfermagem.

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

Tratando-se de contrato de adesão, pouco resta à parte opinar no momento

Acesso ao Sumário

da avença, acabando por optar por aquele que lhe é mais conveniente, mas que nem sempre é aquele por ele pretendido. Para minimizar os prejuízos decorrentes de tais situações, foi editado o Código de Defesa do Consumidor.

A recusa da agravante em dar cobertura às despesas com o tratamento supra aludido se afigura, a princípio, abusiva e ilegal, considerando que foi expressamente recomendado por médico e vinculado a doença coberta pelo contrato. Além disso, e também a princípio, a postura da agravante está em afronta a preceito contido no Código de Defesa do Consumidor, artigo 51, inciso IV, já que restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto e o próprio equilíbrio contratual (idem, artigo 51, § 1º, inciso II).

O art. 47 do mesmo diploma legal, que dispõe sobre proteção contratual, estabelece que as cláusulas serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (Luiz Antonio Rizzatto Nunes, Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial, 2ª ed., pág. 37).

Cláusulas dessa ordem, entretanto, são tidas por abusivas e leoninas, **que ferem normas previstas tanto no texto constitucional como no Código de Defesa do Consumidor (RT 787/335)**.

Nesse sentido já decidiu esta Egrégia Corte:

PLANO DE SAÚDE. CAUTELAR. LIMINAR. 'HOME CARE'. DEFERIMENTO. Decisão que concedeu a liminar para que a ré/agravante providencie o tratamento 'home care' ao Autor. Elementos que evidenciam a verossimilhança (fumus boni juris) e o dano irreparável (periculum in mora). *Decisão mantida. Agravo desprovido.* (Agravo de Instrumento nº 0121765-21.2012.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Percival Nogueira, j. 12 de julho de 2012).

PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Tutela antecipada – Deferimento - Custeio do tratamento domiciliar (home care) da autora, incluindo serviços de fisioterapia e auxiliar de enfermagem, além de visita médica mensal *- Cabimento - Presença dos requisitos do art. 273 do CPC - Delicado estado de saúde da autora (que, aos 81 anos, é portadora de paralisia cerebral diplégica), necessitando de acompanhamento especializado - Urgência verificada - Discussão acerca da exclusão contratual que extrapola os limites do recurso, aonde se pretende a revogação da tutela deferida - Matéria a ser decidida por ocasião do sentenciamento - Inexistência de risco à agravante, posto que não se cogitou acerca do inadimplemento da agravada - Situação que garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado e assegura seu caráter oneroso e sinalagmático - Decisão mantida - Recurso improvido.* (Agravo de Instrumento nº 0303645-77.2011.8.26.0000, 8ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado, Rel. Salles Rossi, j. 14 de março de 2012).

Ademais, ressalte-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inclusive editou a **Súmula 90** sobre a matéria: "***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.***"

Daí porque podemos concluir que efetivamente está presente a probabilidade do direito invocado pela agravada no que tange ao custeio do tratamento de *home care*, incluindo todos os equipamentos, instrumentos, medicamentos, médicos e auxiliares, médico e de enfermagem, necessários segundo o critério médico.

O temor do paciente de ocorrência de danos é evidente, pois se trata da possibilidade de interrupção do tratamento a que vem se submetendo, o que pode trazer prejuízo à sua saúde e até mesmo à sua vida, bens os quais não podem ser comparados ao receio da agravante em suportar eventual dano material, pela impossibilidade de reaver os valores desembolsados com a cobertura das despesas para o tratamento. Há de se analisar a questão sob o princípio da proporcionalidade:

> *"Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder á avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão (...) Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir com razoabilidade os interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico" (JOÃO BATISTA LOPES,* ***Tutela antecipada no processo civil brasileiro****, 2ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 83).*

Assim, não bastasse, na espécie, também verifica-se presente o requisito legal do risco de dano, consubstanciado no fato de que a ausência de tratamento adequado ao paciente pode causar-lhe sérios prejuízos à sua saúde e até mesmo à sua vida.

E aqui, impende ressaltar que não há que se falar em irreversibilidade da medida, uma vez que, caso esta última venha a ser revertida quando da prolação da sentença nos autos de origem, poderá a agravante buscar o ressarcimento das despesas havidas com a disponibilização do referido tratamento à agravada. Neste sentido:

> *"PLANO DE SAÚDE - Determinação de emenda da petição inicial - Vínculo jurídico mantido entre beneficiária e operadora do plano - Inexistência de relação jurídica entre agravante e agravada - Beneficiária que deve figurar no polo ativo, ainda que provisoriamente incapacitada - Deferimento da tutela específica - Relevantes os argumentos no sentido de que não teria a recorrente condições de prestar os cuidados adequados,*

Acesso ao Sumário

ainda que oferecido o home care *à paciente - Expressa recomendação médica para transferência para hospital de retaguarda - Melhor opção de tratamento -* ***Medida que não é dotada de absoluta irreversibilidade, sendo possível eventual ressarcimento de despesas indevidamente cobertas*** *- Viabilidade de outros tratamentos que diz respeito ao mérito da demanda, sendo prudente que se aguarde regular produção de provas - Recurso provido em parte." (AI 2066940-59.2013.8.26.0000 Relator(a): Luiz Antonio de Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/06/2014; Data de registro: 25/06/2014).*

Assim, deve-se prestigiar a magnitude do bem da vida, que supera o interesse econômico, razão pela qual a r. decisão recorrida deve ser mantida no que tange à concessão da tutela provisória de urgência.

No mais, a cominação da multa se faz necessária, na medida em que seu caráter é coercitivo e a finalidade é desestimular o descumprimento da determinação judicial pela ré, ora agravante, de modo que seu pagamento pode ser plenamente evitado de acordo com o comportamento assumido.

Quanto ao valor da multa diária fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), tem-se por razoável e proporcional, considerando a capacidade econômica da empresa agravante e, de outro lado, a extrema urgência e essencialidade no cumprimento da obrigação liminar imposta.

Nesse aspecto, tem-se que o prazo de 5 dias para cumprimento da tutela provisória de urgência não é exíguo, considerando que está em risco a saúde e a vida do segurado, que padece de doença considerada grave, restringindo seus movimentos.

Ademais, a agravante não trouxe qualquer razão motivada para demonstrar a impossibilidade de cumprimento da medida de urgência no prazo fixado de 5 dias, tendo apenas alegado tratar-se de prazo exíguo.

As ordens judiciais devem ser cumpridas e, para tanto, a parte deve empreender todos os esforços necessários, mobilizando todos os envolvidos, notadamente quando se trata de pessoa jurídica, que conta com quadro de funcionários aptos para resolver as questões administrativas com presteza. Portanto, eventuais trâmites administrativos existentes no âmbito da empresa agravante devem ser resolvidos no prazo fixado.

Neste sentido:

"OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO - Deferimento da tutela antecipada - Fixação do prazo de 24 horas para cumprimento, sob pena de multa diária - Inconformismo - Desacolhimento - Alegação da fixação de prazo exíguo e multa exorbitante para o caso de descumprimento da obrigação - Multa de atende aos princípios da razoabilidade/

Acesso ao Sumário

proporcionalidade - Ausência de prejuízo, uma vez que a ré afirma que não se opõe ao cumprimento da obrigação - Alegação de impossibilidade de atendimento no prazo de 24 horas em razão da existência de trâmites administrativos imprescindíveis - Ausência de especificação dos reclamados trâmites - Necessidade de efetivação de todos os esforços para o atendimento de ordem judicial no prazo - Decisão mantida - Recurso desprovido." (TJSP, AI 0040345-57.2013.8.26.0000, rel. J.L. Mônaco da Silva, j. 27/03/2013).

Neste diapasão conclui-se que a r. decisão recorrida deve ser integralmente mantida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246755-11.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes NATALÍCIO GOMES PATRIOTA, MARCELO DE ANDRADE PICCIAFUCO, ANTONIA ZEMIARA BARANKIEWICZ, NAIR MARIA DE BRUYN, IVONE MARTA BARANKIEWICZ, OSMAR ANTONIO BARANKIEWICZ, ODESIO TADEU BARANKIEWICZ e EDIVANIO PEREIRA, é agravado CRISTIANO ALLODI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28660)**

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

São Paulo, 7 de julho de 2017.

PIVA RODRIGUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença - execução de *astreintes*. Acolhimento de exceção de pré-executividade - reconhecimento de bem de família. Herdeiro que reside com sua família em imóvel do espólio. Inconformismo dos exequentes. Art. 1º da Lei 8.009/90 assegura o direito de moradia à entidade familiar. Prova de que o bem constitui única

residência do herdeiro. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão proferida pela MMª Juíza de Direito Ana Carolina Della Latta Camargo Belmudes, da 7ª Vara Cível do Foro Regional de Santana da Comarca da Capital, às fls. 2409-2409v, complementada pela de fls. 2416, que, em ação ordinária em fase de cumprimento de sentença, acolheu a exceção de pré-executividade, nos seguintes termos:

"*(...) Trata-se de ação condenatória em fase de cumprimento de sentença.*

Penhorado o bem imóvel, o executado apresentou exceção e pré-executividade alegando tratar-se de bem de família, alega o executado que o imóvel pertencia a sua mãe, também devedora, e que residia no mesmo condomínio para ficar mais perto a sua mãe, mas quando ela faleceu ele se mudou para o imóvel, sendo que não possui outro (fls. 2279/2293).

A exceção foi instruída com documentos (fls. 2296/2339).

Os exequentes apresentaram resposta a fls. 2359/2368, alegando que a mudança do executado para o imóvel é na verdade manobra do devedor para frustrar a penhora, assim como a renúncia das outras herdeiras.

Determinada a constatação de quem realmente reside no imóvel penhorado, a oficial de justiça constatou que de fato o executado lá reside com sua família e que o imóvel antes ocupado por ele está vazio e pertence a terceira pessoa (fls.. 2399).

Cumpre mencionar que a propriedade do bem é transferida aos herdeiros com a morte do autor da herança, que no presente caso ocorreu antes da penhora. Assim, não há qualquer impedimento ao herdeiro tomar posse do bem herdado, no presente caso, o executado se mudou para o imóvel quando sua mãe faleceu, destacando-se que o imóvel onde antes residia não lhe pertence.

A renúncia das outras herdeiras em favor do executado não altera a natureza o bem penhorado, ainda que não houvesse renúncia, o bem poderia servir de residência para um dos herdeiros, configurando bem de família.

Com relação aos benefícios da gratuidade, os exequentes não trouxeram nada que afaste o benefício.

Diante do exposto, acolho a exceção para tornar nula a penhora do bem imóvel. Providencie-se o levantamento da penhora.

Manifestem-se os exequentes em termos de prosseguimento, esclarecendo se há interesse na expedição de mandado de penhora de bens móveis que

Acesso ao Sumário

guarnecem a residência dos devedores, como obras de arte, tapeçaria, móveis de design e outros bens considerados luxuoso." (fls. 60/61).

O agravante recorre (fls. 1/25). Pugna pela i) anulação da decisão proferida em sede de embargos de declaração por omissão e falta de fundamentação adequada, determinando-se que nova seja proferida, analisando-se efetivamente a) a alegação de nulidade da renúncia da herança pelas coerdeiras em favor do agravado, por ter havido aceitação irrevogável e porque caracterizada fraude à execução alegada; e b) o fato de que, à época da penhora, o agravado possuía empresa e imóvel que poderia lhe servir de residência ou, ii) alternativamente, seja dado provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, mantendo-se a penhora do imóvel; iii) sucessivamente, seja dado parcial provimento ao recurso, reformando a decisão agravada para (a) declarar que a renúncia feita pelas irmãs do agravado à herança da devedora Ilda foi em fraude à execução ou, ainda, reconhecer a invalidade do ato e, por isso, anulá-lo, devolvendo o imóvel ao Espólio e mantendo a constrição; (b) subsidiariamente, tendo em vista que o filho do agravado, quando do ajuizamento da objeção o filho do agravado era proprietário de outro imóvel que poderia servir de residência para a família, que não seja ele considerado bem de família, mantendo-se a contrição; (c) em quaisquer das hipóteses seja condenado o agravado nas penas da litigância de má-fé, em especial por criar todos os incidentes destinados a inviabilizar que os agravantes recebam seu crédito; (iv) finalmente, requer seja reformada a decisão agravada para o fim de revogar os benefícios da justiça gratuita concedido ao agravado, vez que não pode ele ser considerado pobre na acepção jurídica do termo ou, subsidiariamente seja determinado que o apelado comprove sua hipossuficiência financeira. Sustentam a inviabilidade de transferência de bem a herdeiro sem prévia quitação das dívidas do espólio. Alegam que a renúncia à herança não pode ser feita quando há lesão contra credores.

Efeito suspensivo concedido à fl. 538.

Contraminuta às fls. 542/560.

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

É o relatório.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em ação ordinária em fase de cumprimento de sentença, acolheu a exceção de pré-executividade, reconhecendo a incidência da proteção do bem de família.

Buscam os agravantes a execução de *astreintes* decorrentes de ação ajuizada em 1985 e julgada parcialmente, condenando a construtora em obrigação de fazer, sob pena de multa diária. Houve desconsideração da personalidade jurídica, para atingir os sócios, dentre eles, Sra. Ilda Allodi, mãe do agravado já falecida, proprietária do imóvel em questão, que, na ocasião, não podia ser

Acesso ao Sumário

penhorado por caracterizar bem de família.

Sustentam os agravantes que, com a morte da Sra. Ilda em 12.09.2011, a proteção do art. 1º, da Lei 8.009/90 deixou de recair sobre o imóvel no qual sozinha residia, possibilitando a penhora do bem, que restou deferida em 19.10.2011 e registrada em 06.02.2012.

Contudo, o agravado Cristiano Allodi, codevedor e herdeiro de Ilda, ofertou incidente de objeção de pré-executividade (fls. 2279- 2293), alegando que após o falecimento de sua mãe, e diante da renúncia à herança operada por suas irmãs, o imóvel penhorado passou a pertencer-lhe e ele para lá se mudou com sua família, com o que restou novamente caracterizado bem de família.

Preliminarmente, não há que se falar em nulidade da decisão agravada por omissão e falta de fundamentação adequada na análise da alegação de nulidade da renúncia da herança pelas filhas de Ilda em favor do agravado, bem como da alegação de que a renúncia caracterizou fraude à execução alegada.

Ao que se depreende da decisão agravada, tais questões restaram analisadas mediante fundamentação satisfatoriamente pelo MM. Juízo *a quo*, que, contudo, adotou entendimento diverso daquele defendido pelos ora agravantes.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 8.009/90:

"*O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei*."

Acerca da extensão da proteção conferida ao bem de família, a jurisprudência se coloca no sentido de que tal proteção "(...) *não tem por alvo o devedor, mas a entidade familiar, que goza de amparo especial da Carta Magna*" (REsp. nº 351.932/SP STJ).

Infere-se de tal posicionamento que a proteção do bem de família deve se dar de forma ampliativa, de modo a garantir a máxima tutela possível ao direito constitucional à moradia.

Nesse sentido, oportuna a transcrição de excerto do voto proferido nos autos do EREsp 1.216.187-SC, pelo E. Rel. Min Arnaldo Esteves de Lima:

"*Constitui bem de família, insuscetível de penhora, o único imóvel residencial do devedor em que resida seu familiar, ainda que o proprietário nele não habite. De fato, deve ser dada a maior amplitude possível à proteção consignada na lei que dispõe sobre o bem de família (Lei 8.009/1990), que decorre do direito constitucional à moradia estabelecido no caput do art. 6º da CF, para concluir que a ocupação do*

Acesso ao Sumário

imóvel por qualquer integrante da entidade familiar não descaracteriza a natureza jurídica do bem de família. (...) Dessa forma, tem-se que a Lei 8.009/1990 protege, em verdade, o único imóvel residencial de penhora. Se esse imóvel encontra-se cedido a familiares, filhos, enteados ou netos, que nele residem, ainda continua sendo bem de família. A circunstância de o devedor não residir no imóvel não constitui óbice ao reconhecimento do favor legal. Observe que o art. 5º da Lei 8.009/1990 considera não só a utilização pelo casal, geralmente proprietário do imóvel residencial, mas pela entidade familiar. (...)".

Como cediço, a proteção ao bem de família, decorrente de direitos fundamentais previstos na Constituição, exige apenas e tão somente a comprovação de residência no imóvel, irrelevante o fato do executado possuir ou não outros imóveis. É impossível estabelecer de critérios outros, não previstos em lei.

A comprovação da residência do agravado e de sua família no presente caso é inequívoca, sendo inexitosas as tentativas dos agravantes sustentar incongruências acerca do período a partir do qual passou o agravante sua família a residir no imóvel, sobretudo diante do teor da certidão lavrada após o laudo de constatação.

Assim, sendo irrelevante o fato do executado possuir ou não outros imóveis, a alegação de que, quando do ajuizamento da objeção o filho do agravado era proprietário de outro imóvel que poderia servir de residência para a família, é igualmente inidônea a afastar a proteção ao bem de família no presente caso, até porque, como mesmo alegaram os agravantes, o imóvel sequer era de propriedade do agravado.

Quanto à renúncia das outras herdeiras em favor do executado, de fato, como bem pontuou o MM. Juízo *a quo*, esta não altera a natureza o bem penhorado, de modo que, ainda que renúncia não houvesse, o bem poderia servir de residência para um dos herdeiros, configurando bem de família.

Insta consignar, ainda, que a pretensão de reconhecimento de nulidade da renúncia nenhuma utilidade traria aos agravantes. Isso porque, ainda que renúncia não houvesse, consoante posicionamento remansoso da jurisprudência, não se admite penhora parcial de bem imóvel, ante à sua natureza indivisível (AgRg no REsp. nº 866051-SP).

Pontue-se, ademais, que, à caracterização da fraude à execução, deve a alienação ser procedida pelo devedor. *In casu*, além, de as herdeiras não serem devedoras, renunciaram à herança em favor do agravado codevedor, fato que não enseja qualquer prejuízo aos agravantes, mas, de outra forma, apenas incrementa seu patrimônio.

A corroborar o entendimento ora adotado, temos os seguintes precedentes:

Acesso ao Sumário

"Execução de título extrajudicial. Impugnação à penhora rejeitada. Impenhorabilidade do imóvel. Bem de família. Prova de que o bem constitui única residência dos herdeiros do coexecutado. Precedentes. Determinação de levantamento da penhora. Recurso provido."

(Agravo de Instrumento n º 2022643-25.2017.8.26.0000. Relator Miguel Petroni Neto. 16ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 06.06.2017);

"PENHORA. Bem de família. Prova de inexistência de outros bens. A Lei nº 8.009/90 não condiciona sua incidência à prova de que o devedor não possua outros imóveis, apenas exige que o bem se destine à moradia da família."

(REsp. nº 87.866/SP. Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. STJ);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MONITÓRIA - Cumprimento de Sentença - Decisão reconheceu impenhorabilidade do bem imóvel descrito no termo de penhora - O art. 1º da Lei 8.009/90 prevê a impenhorabilidade do bem de família com a finalidade de assegurar o direito de moradia à entidade familiar - Imóvel utilizado como moradia pelo pai da agravada executada - Precedentes - Recurso negado."

(Agravo de Instrumento nº 2065887-04.2017.8.26.0000. Rel. Francisco Giaquinto. 13ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 08/06/2017);

"Processual civil. Decisão que rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença, mantendo a penhora de nua propriedade. Bem de família. Caracterização. Único imóvel da executada, destinado à moradia dos pais dela. Irrelevância da existência de usufruto em favor dos pais e, portanto, de que a penhora recaiu somente sobre a nua propriedade. RECURSO PROVIDO".

(Agravo de Instrumento nº 2225595-27.2016.8.26.0000, Rel. Des. Mourão Neto, 27º Câmara de Direito Privado, j. em 07.02.2017);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título Extrajudicial. Penhora incidente sobre o quinhão de propriedade do coexecutado. Impugnação à penhora, fundada em alegação de bem de família, que foi rejeitada. INCONFORMISMO do coexecutado deduzido no Recurso. ACOLHIMENTO. Matrícula do imóvel que confirma a partilha do bem entre herdeiros familiares, com a destinação de uma sexta parte ideal ao agravante. Comprovação da utilização do imóvel como residência pelos demais herdeiros. Configuração do 'bem de família'. Entendimento do STJ nesse sentido, por ser o único imóvel residencial do devedor cedido a familiares. EREsp 1.216.187-SC. Impenhorabilidade do bem de família. Aplicação do artigo 1º da Lei nº 8.009/90. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO."

(Agravo de Instrumento nº 2250787-93.2015.8.26.0000, Rel. Des. Daise

Acesso ao Sumário

Fajardo Nogueira Jacot, 27º Câmara de Direito Privado, j. em 03.05.2016);

"Ação de execução de título executivo extrajudicial. Decisão agravada que deferiu penhora on line de imóvel do executado. Alegação de bem de família do imóvel. Penhora que recaiu sobre imóvel em que residem os filhos do executado. Circunstância que não obsta a proteção da Lei nº 8.009/90. Proteção da habitação familiar. Filhos que fazem parte da entidade familiar. Recurso provido".

(Agravo de Instrumento nº 164040-43.2015.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, 13º Câmara de Direito Privado, j. em 08.10.2015).

Por fim, mantém-se os benefícios da justiça gratuita já concedidos.

Além de não terem os exequentes trazido aos autos nada que afastasse o benefício, da análise dos autos não se vislumbra de elementos capazes de caracterizar fundadas razões para o indeferimento do benefício.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

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 artigo 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2066937-65.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados MARIO AUSTREGESILO DE CASTRO, MARIA HELENA RIBEIRO DE CASTRO (ESPÓLIO), MARCELO RIBEIRO DE CASTRO, JOSÉ HÉLIO MÔNACO (INVENTARIANTE), ADRIANA DE CASTRO SILVEIRA PINTO e JOSE HENRIQUE MONACO.

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 30872)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INVENTÁRIO. Base de cálculo do ITCMD. Monte líquido tributável, correspondente ao monte-mor, deduzidas as dívidas e encargos do de cujus. Inteligência dos artigos 1.792 e 1.997 do Código Civil de 2002. Inconformismo da Fazenda. Não acolhimento. Herdeiros somente podem ser responsabilizados até as forças da herança. Tanto é que se não há transmissão de bens, não incide o imposto. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** interpõe recurso de agravo de instrumento, com pedido de liminar, contra a r. decisão (fl. 1267), que determinou a exclusão da base de cálculo do ITCMD da dívida passiva do **ESPÓLIO DE MARIA HELENA RIBEIRO DE CASTRO**.

Sustenta, em síntese, que o ITCMD deve incidir sobre o monte mor, sem dedução das dívidas, acenando com o disposto nos arts. 97 e 155, I, da CF; art. 165, I, "A" da Constituição Estadual; art. 135 do CTN; e art. 12 da Lei nº 10.705/2000 (fls. 01/11).

É o relatório.

Desnecessária a intimação do agravado, por não se vislumbrar prejuízo, em razão do que adiante se decide.

Os artigos 1.792 e 1.997 do Código Civil estabelecem que os herdeiros não respondem por encargos superiores às forças da herança, deixando claro a necessidade de apurar-se o imposto sobre o monte mor líquido.

Como advertem Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery: "*Os bens da herança respondem pelas dívidas do 'de cujus'. Não se trata de responsabilidade pessoal dos herdeiros, mas de sujeição do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas.*" e "*A dívida da herança deve ser suportada pelo monte-mor. Já antes da partilha os credores da herança fazem jus à satisfação de seu crédito. Se se der a partilha e ainda houver dívida da herança não satisfeita, o herdeiro responde por elas, até a força de seu quinhão hereditário (CC 1792) e na proporção da parte que na herança lhe coube.*" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 13ª Edição rev. ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1150 e 1222).

Em que pese a Fazenda Pública argumente que o ITCMD deve abranger o valor global da herança, incluindo as dívidas da falecida, apoiando-se no disposto nos artigos 35 do Código Tributário Nacional, 155 da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal, 165 da Constituição do Estado e 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000, as normas citadas não servem de fundamento a sua pretensão.

Isto porque, ao tratar do imposto causa mortis, referem-se ao fato gerador da "transmissão de bens", inviabilizando assim que o cálculo se dê sobre monte mor diverso do que o líquido.

Tanto é assim que caso não haja bens a partilhar porque as dívidas superam o patrimônio do Espólio, não haverá incidência do imposto.

Além disso, o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 não pode prevalecer sobre os artigos 1.792 e 1.997 do Código Civil, eis que contraria lei federal posterior.

Por oportuno:

"*INVENTÁRIO. Base de cálculo do ITCMD. Monte líquido tributável, correspondente ao monte-mor, deduzidas as dívidas e encargos do de cujus. Inteligência dos artigos 1.792 e 1.997 do Código Civil de 2002, que revogaram o art. 12 da Lei Estadual no 10.705/00. Recurso provido, para cassar a decisão que reputou devido o recolhimento do imposto mesmo na hipótese de as dívidas superarem os bens e direitos deixados pelo de cujus.*" (Agravo de Instrumento nº 0548892-34.2010.8.26.0000. Relator: Francisco Loureiro. Comarca: Santos. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 07/04/2011. Data de registro: 11/04/2011).

Assim, como o valor bruto dos bens não será transmitido aos herdeiros, não há razão para figurar como fato gerador do imposto. O ITCMD incidente na espécie deve ser calculado sobre o monte mor líquido, com dedução das dívidas deixadas pelo autor da herança, conforme determinado na r. decisão ora agravada.

No mesmo sentido:

"*Agravo de Instrumento - Ação de inventário - Decisão que reconsiderou decisão anterior e determinou à Fazenda do Estado que disponibilize ao espólio os cálculos e as guias correspondentes ao ITCMD com o desconto das dívidas do espólio - Insurgência da Fazenda - Não acolhimento - Herdeiros que não respondem além da força da herança - Necessidade de apuração do imposto sobre o monte mor líquido - Dicção do disposto nos artigos 1.792 e 1.997, ambos do Código Civil - Decisão mantida - Recurso não provido.*" (Relator(a): Marcia Dalla Déa Barone; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/11/2016; Data de registro: 10/11/2016).

"*Agravo de Instrumento - ITCMD. Recolhimento do imposto depois de descontadas as* dívidas do espólio - Admissibilidade - imposto de transmissão causa 'mortis' que não incide sobre o monte-mor total,

Acesso ao Sumário

mas sim sobre o monte partível, deduzidas todas as dívidas e encargos - Aplicação dos artigos 1.792 e 1.997 do Código Civil precedentes deste Tribunal - agravo desprovido." (Relator(a): A.C.Mathias Coltro; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/02/2017; Data de registro: 15/02/2017).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2219424-54.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JOÃO FABIO PAIVA CABRAL, LEONARDO PAIVA CABRAL, ELAINE PAIVA CABRAL e RAFAEL PAIVA CABRAL, são agravados INPAR PROJETO LAGOA DOS INGLESES SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO ALTOS DO UMARIZAL SPE 64 LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL CALÓGERO CALIA SPE LTDA., IMPAR PROJETO 71 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL LÍNEA SPE 96 LTDA., INPAR PROJETO 126 SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL CONDOMÍNIO WELLNESS RESORT SPE 42 LTDA., INPAR PROJETO 90 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO BARRA BALI SPE 99 LTDA., INPAR INVESTIMENTOS II S.A., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VINHEDO SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VIVER MOOCA SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VIVER MORUMBI SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VON SCHILGEN SPE LTDA., INPAR PROJETO SAMOA SPE 75 LTDA., INPAR PROJETO UNIQUE SPE 93 LTDA., INPAR LEGACY EMPREENDIMENTOS LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL CONDOMÍNIO EREDITÁ SPE LTDA., VIVER PARTICIPAÇÕES LTDA., INPAR PROJETO 45 SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL NOVA LIMA SPE LTDA., INPAR PROJETO 94 SPE LTDA., INPAR PROJETO VIVER BOSQUE SJP SPE 91 LTDA., INPAR PROJETO 116 SPE, INPAR PROJETO 86 SPA LTDA., INPAR PROJETO 87 SPE LTDA., INPAR PROJETO 44 SPE LTDA., INPAR PROJETO 105 SPE LTDA., INPAR PROJETO 108 SPE LTDA., INPAR PROJETO 111 SPE LTDA., INPAR PROJETO 113 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL VIVER RESERVA SPE 127 LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL RIO CLARO VILLAGE SPE 67 LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO SPE 65 LTDA., PROJETO RESIDENCIAL MARINE HOME RESORT SPE 66 LTDA., PROJETO RESIDENCIAL SPORTS GARDEN BATISTA CAMPOS SPE 61 LTDA., PROJETO RESIDENCIAL VIVER ANANINDEUA SPE 40 LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO VIVER

Acesso ao Sumário

CASTANHEIRA SPE 85 LTDA., INPAR PROJETO 84 SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL SPORTS GARDEN LESTE SPE LTDA., INPAR PROJETO 112 SPE LTDA., VIVER DESENVOLVIMENTO E CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA., PLARCON INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS S.A., VIVER EMPREENDIMENTOS LTDA., INPAR DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., VIVER VENDAS LTDA., VIVER INCORPORADORA E CONSTRUTORA S/A, JMT PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL ESPORTE & VIDA CONDOMÍNIO GRAVATAÍ SPE 53 LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VENÂNCIO ALVES SPE LTDA., INPAR PROJETO 76 SPE LTDA., INPAR PROJETO 79 SPE LTDA., INPAR PROJETO 77 SPE LTDA., VIVER DESENVOLVIMENTO E CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA SPE 141 LTDA., INPAR PROJETO 50 SPE LTDA., INPAR PROJETO 109 SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL GRAND JARDINS SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL QUATRO ESTAÇÕES LTDA., INPAR PROJETO WAVE SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO CANOAS HAPPINESS SPE 72 LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO CONDOMÍNIO PARK PLAZA SPE 52 LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL ZONA SUL SPE 62 LTDA. e PROJETO IMOBILIÁRIO SPE 103 LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.703)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente), CLAUDIO GODOY e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 12 de junho de 2017.

FABIO TABOSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processual. Recuperação judicial. Alegação de credores de irregularidade na representação processual de algumas das recuperandas, tendo em vista recentes alterações estatutárias não registradas previamente ao pedido e assinatura dos instrumentos de mandato por quem não teria poderes a tanto. Alegação, ainda, de deficiência sob vários aspectos na documentação apresentada, com descumprimento das exigências formais postas no art. 51 da Lei nº 11.101/2005. Agravo interposto contra a decisão de processamento da recuperação. Inadmissibilidade. Decisão de cunho genérico proferida em tal momento,

com exame perfunctório dos requisitos formais necessários, mas sem manifestação de cunho decisório especificamente acerca dos pontos questionados pelos agravantes. Descabimento da transferência imediata a este Tribunal do exame particularizado da matéria, sem prévia discussão provocada junto à origem. Falta de interesse recursal reconhecida. Agravo de instrumento não conhecido nessa parte.

Processual. Recuperação judicial. Pretensão dos agravantes de exclusão de uma das SPEs (Projeto 126), sob a alegação de falta de desenvolvimento da obra e de desnecessidade de requerimento do favor legal por parte dessa empresa, que não seria insolvente. Impugnação, igualmente, à perspectiva de processamento do pedido de recuperação em litisconsórcio com outras empresas do grupo. Questões prejudicadas em face do julgamento de outro agravo, extraído do mesmo processo, em que se restringiu a admissibilidade do processamento da recuperação quanto às SPEs em geral, fixando-se os parâmetros para tanto e determinando-se a revisão, em Primeiro Grau, da situação individual de cada empreendedora, aí incluída a sociedade referida pelos agravantes. Providências aqui pretendidas absorvidas, assim, pela decisão de maior abrangência adotada no outro recurso. Falta de interesse recursal também aqui reconhecida, desta feita em termos supervenientes. Agravo de instrumento não conhecido também relativamente a esse aspecto.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão reproduzida a fls. 57/64 do presente instrumento (fls. 3.868/3.875 dos autos principais), que deferiu o processamento, em litisconsórcio ativo, da recuperação judicial das empresas integrantes do Grupo Viver.

Insurgem-se interessados no empreendimento Inpar Projeto 126 SPE Ltda. Alegam, em síntese, serem proprietários do terreno em que seria edificado o empreendimento, acrescentando terem firmado outubro de 2010 negócio de permuta, dando o imóvel em troca de futuras unidades; a obra, todavia, sequer

Acesso ao Sumário

teria começado, razão pela qual teriam em junho de 2014 ingressado com demanda anulatória desse negócio jurídico, vindo a reaver a posse ainda nesse ano. Aduzem, ainda, que a incorporadora teria reconhecido o desfazimento do negócio e que a SPE em questão seria absolutamente solvente, não tendo qualquer operação, inexistindo empregos ou atividade a preservar, ante o que não se justificaria o requerimento de recuperação judicial no tocante a ela, que ademais teria um passivo reduzido, R$ 200.000,00, frente a um patrimônio registrado (mas inexistente) da ordem de R$ 7. 000.000,00 e um ativo imobilizado efetivo correspondente a R$ 637.000,00. Ponderam, mais, que a singela circunstância da integração de grupo empresarial não autorizaria pedido de recuperação abrangente quanto a todas as sociedades integrantes do grupo, e aduzem que a r. decisão agravada teria se omitido em apreciar individualmente quais as empresas, dentre as autoras, efetivamente necessitadas do favor legal, requisito que certamente não se faria presente quanto à SPE 126. Questionam ainda a presença de justificativa suficiente para o litisconsórcio ativo promovido, alegando não estarem evidenciadas a confusão patrimonial alegada ou os aportes que dizem as controladoras feitos em nome próprio junto às SPEs. Apontam a existência de outras empresas pretensamente integrantes do grupo e que inexplicavelmente não figurariam como autoras do pedido de recuperação. Alegam que as recuperandas teriam, às vésperas do ajuizamento da recuperação, procurado fazer alterações estatutárias relevantes, de modo a retirar da gestão de todas a pessoa de Bruno Laskowsky; sustentam, todavia, que o propósito somente teria sido atingido quanto às empresas Viver Incorporadora e Construtora S/A, Viver Participações Ltda., Viver Empreendimentos Ltda. e Viver Desenvolvimento Imobiliário Ltda. Quanto às demais, as alterações não teriam sido levadas a registro antes do ajuizamento do pedido ou mesmo antes das assembleias em que se deliberou por tal providência, de forma que presente quanto a essas sociedades "vícios de representação processual e legal insanáveis", até porque um dos subscritores das procurações, Ricardo dos Santos, não teria poderes de representação na data da assinatura dos documentos correspondentes. Prosseguem dizendo não preenchidos os requisitos do art. 51 da Lei nº 11.101/2005, com a juntada, pelo conjunto das empresas, de não mais de 40% da documentação necessária; assim, não teriam sido juntadas por todas os estatutos devidamente registrados e certidões de regularidade registral (art. 51, V), certidões negativas de protesto quanto aos locais da sede e filiais (art. 51, VIII), certidões forenses e relação de ações judiciais (art. 51, IX), balanços patrimoniais (art. 51, II), atas de reuniões de sócios autorizando o requerimento de recuperação judicial (art. 51, V), extratos de contas (art. 51, VII), relação de bens das empresas (art. 51, VI) e por fim relações de bens dos acionistas, conselheiros e administradores. Batem-se, em conclusão, pela extinção do processo, dado o não cumprimento dos requisitos do art. 51 da Lei nº 11.101/2005, ou quando não

Acesso ao Sumário

a determinação de regularização da petição inicial no tocante a todos os aspectos apontados; em qualquer caso, pedem ainda a exclusão da SPE 126 do polo ativo, dada a desnecessidade de recuperação no tocante a ela, a rejeição do pedido de recuperação em conjunto, com a determinação de ajuizamento de pedidos apartados por cada empresa; alternativamente, se mantido o litisconsórcio, pedem a adequação do processo à realidade de cada empresa, com a apresentação de demonstrativos e de planos separados.

Deferiu-se, pela decisão de fls. 849/851, o processamento como agravo de instrumento, denegando-se o efeito suspensivo requerido e dispensando-se a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*.

O agravo, que é tempestivo, veio instruído com as peças obrigatórias e acompanhado do comprovante de recolhimento do preparo, manifestando-se as agravadas em contrarrazões a fls. 858/875. A Administradora Judicial (fls. 5.245/5.253) e a douta Procuradoria de Justiça (fls. 5.350/5.352) pronunciaram-se, ambas, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O caso é de não conhecimento do recurso, em parte por falta de interesse recursal originário e em parte por ausência superveniente de interesse.

Com efeito. No tocante aos vícios alegados em torno da representação processual de algumas das recuperandas, bem assim a respeito da alegada insuficiência documental, simplesmente não se justifica, como corretamente ponderado pelas agravadas em contrarrazões, que venham tais temas a ser discutidos em sede recursal, com tamanho grau de especificidade, quando não o foram perante a origem.

A decisão agravada, a esse respeito, foi genérica, examinando perfunctoriamente os elementos documentais apresentados, seja no tocante à representação de cada autora, seja quanto à rol exigido para a instrução do próprio pedido de recuperação, e considerando a partir desse exame estarem presentes os requisitos necessários ao acolhimento do pedido de processamento.

Não proferiu portanto decisão especificamente quanto a cada um desses temas, passível de impugnação por recurso, assemelhando-se o exame aí feito, nesse particular, ao juízo inicial feito em torno dos pressupostos processuais quanto à generalidade dos processos.

Desejando algum dos credores, nesse sentido, questionar a ausência de requisitos formais, cabe-lhe provocar manifestação concreta do Juízo em torno dos pontos impugnados, ao invés de desde logo, e a partir dessa manifestação genérica, transferir o exame particularizado ao órgão recursal.

Por outro lado, quanto ao restante da pretensão posta no agravo, relativa à exclusão do SPE 126 do polo ativo, ou alternativamente a determinação de apresentação de plano separado, com exame da situação concreta da empresa, o

Acesso ao Sumário

caso é de falta de interesse recursal superveniente.

É que, conforme restou decido nesta mesma data no julgamento do AI nº 2218070-47.2016.8.26.0000, afastou-se o deferimento incondicional da recuperação judicial quanto às SPEs sem patrimônio de afetação (como é o caso da sociedade referida no presente agravo), fixando-se os critérios para a admissão quanto a cada uma delas e determinando-se a revisão individualizada da situação de cada qual, inclusive no tocante à necessidade efetiva do favor legal, exatamente como aqui sugerem os agravantes que seria necessário.

Não seria o caso, em tais condições, de entrar aqui em considerações desde logo quanto à exclusão ou não da SPE 126, visto que a matéria será objeto de oportuna manifestação pelo Juízo *a quo*, com resultado incerto quanto ao resultado da análise a ser empreendida. Por outro lado, a decisão proferida no outro recurso, de maior dimensão, contempla justamente os parâmetros defendidos pelos agravantes, absorvendo naturalmente o questionamento aqui promovido e tornando não apenas desnecessária mas a esta altura inoportuna decisão neste agravo acerca da SPE particularmente referida, devendo a matéria ser solucionada de forma englobada pelo MM. Juízo *a quo* a seu tempo.

Prejudicado pois, nesse aspecto, o objeto do presente recurso.

Ante o exposto, **não se conhece** do agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2091353-97.2017.8.26.0000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante BRASPONTEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., são agravados DE LUCCIA COMERCIAL LTDA., ELOYDE GERALDO ACCARINI DE LUCCIA e SERGIO RICARDO DE LUCCIA.

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 26.440)**

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

São Paulo, 8 de junho de 2017.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA - FASE EXECUTIVA - Pedido de suspensão da CNH, passaportes e cartões de créditos - Medidas coercitivas - Limites constitucionais - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão interlocutória de fls. 528/529 dos autos principais, proferida em "ação declaratória", em fase de execução, movida pela agravante em face dos agravados, que indeferiu a determinação de apreensão de passaporte, carteira de habilitação e bloqueio de cartões de crédito, nos seguintes termos: "Trata-se de pedido de aplicação de medidas coercitivas atípicas, com fundamento no artigo 139, IV, CPC, para determinação de apreensão das carteiras de habilitação, bloqueios dos cartões de crédito dos coexecutados Eloydes e Sérgio. O exequente fundamenta seu pedido pela demora de satisfação de seu crédito, várias tentativas frustradas de excussão patrimonial e por entender que há indícios de ocultação de bens. Entretanto o pedido não merece acolhida. Com efeito, o art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) estabeleceu a cláusula geral de efetivação ou de atipicidade de medidas executivas, permitindo a adoção de meios atípicos, pelo julgador, aptos a assegurar o cumprimento de ordens judiciais até mesmo nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. No entanto, a aplicação do preceito exige do julgador atividade interpretativa que obedeça aos limites e princípios constitucionais e legais. As medidas atípicas do 139, IV, do CPC/2015 devem ser adotadas apenas em situações excepcionais, de forma subsidiária às previstas especificamente no ordenamento jurídico. O deferimento do pedido pode ofender o direito de ir e vir dos acusados, por exemplo. Indefiro, pois, o pedido de aplicação de medidas coercitivas atípicas, com fundamento no artigo 139, IV, CPC, para determinação de apreensão das carteiras de habilitação, bloqueios dos cartões de crédito dos coexecutados Eloydes e Sérgio formulado pelo exequente às folhas 515/519.Intimem-se."

Em suas razões recursais, insurgem-se a agravante, em suma, pugnando pela reforma da r. decisão guerreada. Alega, em síntese, que o pleito não se mostra ofensivo aos princípios constitucionais e legais, muito menos o direito de ir e vir dos agravados. Que a execução já existe há onze anos e não consegue satisfazer seu crédito, uma vez que os agravados vêm utilizando de artimanhas para retardar o cumprimento da ordem judicial. Aduz que já requereu Bacenjud, Infojud e Renajud, sem êxito. Que os bens ofertados não houve comprovação da propriedade. Argumenta que não explicação plausível para que os agravados possam pagar os cartões, viajar e ate mesmo dirigir veículos, sem pagar suas dívidas. Que, no caso, basta que os agravados demonstrem como pagam as

Acesso ao Sumário

dívidas dos cartões, porque viajam ou mesmo de que carros se valem, para que as providências sejam suspensas. Juntou doutrina e jurisprudência.

Foi determinado o processamento do presente recurso de agravo de instrumento (fls. 428).

Dispensada a intimação dos agravados para apresentar resposta, por entender desnecessárias.

Do essencial, é o relatório.

No mérito, com o devido respeito, o recurso não merece prosperar.

De acordo com o disposto no artigo 139, IV do Código de Processo Civil:

"Art. 139. O juiz dirigirá o processo

conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;"

O artigo em comento traduz um poder geral de efetivação permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial.

Tanto que, foi editado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (**ENFAM**) **o enunciado nº 48**: "*O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.*".

Podemos observar também o enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis a respeito da mesma questão: (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

Contudo, este poder geral de efetivação não é ilimitado, ou seja, não está autorizando que o Juiz se utilize de quaisquer medidas coercitivas que sejam discricionárias ou autoritárias.

Vale lembrar, que o Código de Processo Civil em seu artigo 8º diz que o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência: "*Art. 8º. Ao aplicar*

Acesso ao Sumário

o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.".

Portanto, a atipicidade das técnicas executivas solicitadas pela agravante, ultrapassa o princípio da menor onerosidade, prescrito no art. 805, CPC, que assim dispõe:

> "***Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.***
>
> ***Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.***" - o grifo não consta do original.

Há, decerto, uma limitação, pela menor onerosidade, justamente para que se respeitem os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, observando-se a adequada proporcionalidade e razoabilidade da medida adotada.

O artigo 789 do Código de Processo Civil de 2015, que diz respeito a responsabilidade patrimonial, "*O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei*".

Se a própria agravante afirma ter esgotado "*todos os meios possíveis para localizar o patrimônio da requerida*", sem, contudo, obter êxito, por óbvio que não se pode concluir que os agravados possuam algum automóvel em seus nomes.

Ademais, alguém pode ser habilitado e não ser proprietário de automóvel e vice-versa.

Hodiernamente, o meio de transporte, por vezes é essencial para que a pessoa possa se locomover, *v.g.*, ida e volta de seu local de trabalho ou em razão dele, de onde advém seu sustento.

Ademais, a agravante não demonstrou que os agravados possuam gastos desta natureza, a justificar a imposição de uma medida restritiva de direito com base em suposições.

Sequer demonstrou que os agravados possuem algum passaporte ou faça viagens com frequência.

Quanto ao uso de cartões de crédito, o uso desse meio de pagamento de forma alguma pressupõe status social ou padrão de vida elevado.

Por diversas vezes, é fornecido inclusive por algumas operadoras de cartão de crédito, sem qualquer espécie de taxas para sua aquisição, ou mesmo

Acesso ao Sumário

anuidade, se tornando por vezes, meio de financiamento das despesas mensais, ao utilizar-se de seu crédito rotativo ou mesmo "*ganhando*" prazo para quitar a despesa no mês seguinte, não podendo se presumir que os gravados possuam cartões de crédito.

Portanto, a alegação da agravante de que "*não há explicação plausível para que os Agravados possam pagar os cartões, viajar e até mesmo dirigir veículos, sem pagar suas dívidas.*", não é suficiente a se permitir que se utilize de medidas extremas.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2063452-57.2017.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante PAULO DONIZETTI MAFRA, é agravado HENRIQUE HARASAWA.

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 n° 31.038)**

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

São Paulo, 26 de junho de 2017.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Caução - Medida cautelar de sustação de protesto extrajudicial sob a égide do CPC de 1973 - Ação principal não proposta pelo autor no prazo do art. 806 em vigor - Perda da eficácia da medida e processo extinto por sentença - Trânsito em julgado - Faculdade ao autor de levantar a caução no processo extinto, no qual nenhum outro ato poderá ser praticado - Ajuizamento da ação principal não obstado ao autor, que poderá requerer tutela de urgência - Levantamento da caução autorizado e título liberado para o protesto - Recurso provido, para esse fim.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ajuizada medida cautelar de sustação de protesto extrajudicial, sob a égide do CPC de 1973, o autor obteve liminar mediante caução e deixou de promover a ação principal, motivo pelo qual o processo foi extinto e a medida cautelar perdeu a eficácia.

Requerido o levantamento da caução, o juízo de primeiro grau indeferiu-o por falta de amparo legal, visto que o só ajuizamento da ação principal será apto à liberação da caução.

Opostos e rejeitados embargos de declaração, o autor objeta, argumentando que a caução não se presta a garantir o pagamento da obrigação, sobretudo quando a ação principal não foi proposta. Por isso, extinto o processo cautelar e aperfeiçoado o trânsito em julgado, nada impede o levantamento da caução. Pretende reforma.

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

É o relatório.

Não se sustenta o indeferimento censurado pelo agravante.

Sob a égide do CPC revogado, em vigor ao ser ajuizada a medida cautelar de sustação de protesto extrajudicial, predominava o entendimento de que esse procedimento sempre era preparatório, ao reverso de satisfativo, suficiente em si.

Isso explica a extinção do processo cautelar por sentença do juízo de primeiro grau, porquanto o autor não promoveu a ação principal.

Dispunha o art. 806 do estatuto revogado que à parte incumbia propor a ação no prazo de 30 dias e a jurisprudência propendia para a orientação de que esse prazo era de decadência, insuscetível de interrupção e de suspensão.

Não proposta a ação principal no prazo, o juiz, "***ex officio***", decretava a cessação da eficácia da medida cautelar na conformidade do art. 808, inciso I.

Outra razão para a cessação da eficácia era, por lógica, a extinção do processo cautelar.

No Col. STJ julgou-se que: "*A ação cautelar é sempre dependente do processo principal e visa apenas garantir a eficácia da futura prestação jurisdicional. O não-ajuizamento da ação principal no prazo estabelecido pelo art. 806 do CPC, acarreta a perda da medida liminar e a extinção do processo cautelar, sem julgamento do mérito*" (Corte Especial - ED no REsp 327.438, rel. Min. Peçanha Martins, j. 30.6.06, DJU 14.8.06, pág. 247).

Coerente com isso, cessada a eficácia da sustação do protesto e extinto o processo cautelar, a manutenção da caução perdeu o sentido, se nenhum outro

Acesso ao Sumário

ato poderá ser praticado no processo extinto.

Extinto o processo cautelar, o título objeto da sustação está liberado para o protesto extrajudicial e nada obsta que o autor promova ação principal, na qual poderá requerer tutela de urgência se desejar suspender a eficácia ("***rectius***": a publicidade) do protesto lavrado. Nenhuma outra consequência processual ocorrerá se a ação principal nunca for ajuizada.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso e fica autorizado o levantamento da caução, como a lavratura do protesto sustado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2016158-09.2017.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante FUNDO DE INVESTIMENTOS EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISEGMENTOS NPL IPANEMA III, é agravada SILVIA MUSSI DA SILVA CLARO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, após prosseguimento do julgamento na forma prevista no art. 942 do Novo Código de Processo Civil, negaram provimento ao recurso, vencido Desembargador Relator Sorteado que declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24277)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TASSO DUARTE DE MELO, vencedor, JACOB VALENTE (Presidente), vencido, JACOB VALENTE (Presidente) e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Penhora de valores. Conta corrente. Verba decorrente de benefício do INSS. Impossibilidade. Verba absolutamente impenhorável. Inteligência do art. 833, IV, do NCPC. Precedente do C. STJ. Determinação de desbloqueio dos valores. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FUNDO DE

INVESTIMENTOS EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISEGMENTOS NPL IPANEMA III nos autos da execução de título extrajudicial que move em face de SILVIA MUSSI DA SILVA CLARO, contra a r. decisão (fls. 18/19) que determinou o levantamento da penhora efetivada sobre o valor depositado na conta corrente da Agravada.

Sustenta o Agravante, em síntese, que: (i) a execução teve início há mais de 6 (seis) anos e a tentativa de expropriação de bens da Agravada restou infrutífera em "inúmeras tentativas"; (ii) por meio do sistema *Bacenjud*, localizou-se R$ 3.913,11 (três mil novecentos e treze reais e onze centavos) na conta corrente da Agravante; (iii) a Agravante pretende o desbloqueio do valor, alegando tratar-se verba decorrente de benefício do INSS; (iv) não há prova de que o valor seja proveniente de benefício do INSS; (v) o processo de execução é instrumento de satisfação do direito do credor, e não do devedor; (vi) subsidiariamente, seria de rigor a manutenção da penhora de 30% do valor bloqueado para satisfação do crédito de R$ 416.368,39; e (vii) estariam presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência em grau recursal.

Contraminuta às fls. 44/47.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 48).

É o relatório.

O presente recurso foi originalmente distribuído ao Eminente Des. Relator Jacob Valente, que votou pelo parcial provimento do recurso para manter 30% (trinta por cento) da penhora dos valores depositados a título de proventos de aposentadoria na conta corrente da Agravada.

Iniciado o julgamento virtual, o segundo e terceiro Desembargadores - atual Relator Designado e Des. Sandra Galhardo Esteves - votaram de forma contrária ao voto condutor.

O E. Des. Relator Sorteado declarou voto por discordar da posição adotada pela maioria.

O recurso foi, então, redistribuído a este Relator Designado para elaboração do acórdão, nos termos do art. 155 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

O recurso não comporta provimento.

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão, proferida nos autos da execução ajuizada pelo Agravante em face da Agravada, que deferiu o levantamento da quantia bloqueada da conta corrente da Agravada, vez que correspondente aos seus proventos mensais de aposentadoria (fls. 18/19).

O NCPC dispõe em seu art. 833, IV, que:

"São **impenhoráveis**: (...) os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os **proventos de aposentadoria**, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas

Acesso ao Sumário

por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal..."

Desse modo, são **totalmente impenhoráveis** quaisquer espécies remuneratórias, conforme entendimento pacífico do C. STJ:

"Consoante entendimento consolidado desta Corte, é incabível a penhora incidente sobre percentual de valores recebidos a título de subsídio, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões entre outros, em virtude de sua natureza alimentar. Inteligência do art. 649, IV, do CPC." (AgRg no AREsp nº 637.440/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 25/08/2015)

No mesmo sentido, anotam-se julgados deste E. Tribunal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MONITÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONSTRIÇÃO DE PERCENTUAL DA APOSENTADORIA. DEFERIMENTO. INADMISSIBILIDADE. IMPENHORABILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 649, IV, DO CPC. 'Há incontestável óbice legal à penhora que recaia sobre aposentadoria, ainda que parcialmente.'. RECURSO PROVIDO." (Ag. 2056140-98.2015.8.26.0000, Rel. Francisco Thomaz, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 02/09/2015)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Penhora sobre percentual de aposentadoria. INADMISSIBILIDADE: Verba alimentar. Impenhorabilidade. Aplicação do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. Decisão reformada. (...)" (Ag. 2146938-08.2015.8.26.0000, Rel. Israel Góes dos Anjos, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 01/09/2015)

Como bem fundamentado pela r. decisão agravada, "o documento de fls. 111 demonstra que a conta mantida pela executada no Banco Mercantil do Brasil destina-se ao crédito de seu benefício recebido pelo INSS". (fls. 18).

Sendo assim, de rigor a manutenção da r. decisão agravada para indeferir o requerimento de penhora de qualquer fração do benefício previdenciário da Agravada.

Diante do exposto, pelo voto da maioria, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26104)

Declaro voto por discordar da posição adotada pela douta maioria.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, tirado contra decisão de fls. 18/19 que, em ação de execução de título extrajudicial,

Acesso ao Sumário

diante do pedido da agravada, determinou o levantamento da penhora efetivada sobre o valor existente em sua conta corrente, sob o fundamento de que: "***O documento de fls. 111 demonstra que a conta mantida pela executada no Banco Mercantil do Brasil destina-se ao crédito de seu benefício recebido do INSS***".

Inconformado, alega o Fundo agravante que a agravada oculta-se e esquiva-se do pagamento da dívida constante nos autos (fls. 04).

Afirma que a execução restou infrutífera em inúmeras tentativas de constrição de bens da executada, até se encontrar a quantia disponível em sua conta corrente, no valor de R$ 3.913,11 (fls. 04).

Informa o recorrente que a ação se arrasta por mais de 6 anos a até o presente momento, a agravada se esquiva de realizar o pagamento que lhe cabe (fls. 04).

Entende o agravante que a agravada não comprovou tratar-se de conta para recebimento do benefício do INSS (fls. 05).

Em suma, clama pela reforma da decisão agravada, ou, subsidiariamente, que seja deferida a penhora de 30% dos proventos do suposto benefício do INSS já penhorados, para fins de satisfação do débito principal (planilha anexa) da demanda até que se atinja o valor de R$ 416.368,39, atualizados até fevereiro de 2017, bem como a penhora remanescente aos proventos salariais líquidos para fins de satisfação dos honorários advocatícios (fls. 13).

Recurso formalmente em ordem, processado com a atribuição do postulado efeito suspensivo, dispensadas informações de primeiro grau de jurisdição, sobrevindo resposta (fls. 44/47).

É o relatório do necessário.

Por primeiro insta consignar que o âmbito do presente recurso é o desbloqueio - ou não - dos valores encontrados, via sistema bacenjud, na conta corrente da agravada, tendo em vista que as demais questões suscitadas no presente instrumento (penhora para satisfação dos honorários advocatícios, etc), não foram abarcadas pela decisão agravada.

Pois bem. A presente insurgência merece parcial provimento.

Nos termos do art. 833, inciso IV do Código de Processo Civil, são os proventos de aposentadoria e outros vencimentos impenhoráveis, não havendo qualquer ressalva à sua quantidade. Assim, pouco importa que o devedor perceba mais de um salário ou vencimento, vez que todos são impenhoráveis, independentemente de seu valor.

Contudo, tal previsão legal se refere à integralidade do valor dos vencimentos e não parte dele.

E referida penhora à luz do citado artigo, deve ser examinada com cautela,

Acesso ao Sumário

analisando o caso concreto, sem se esquecer dos princípios constitucionais e da natureza do crédito perseguido.

Não se desconhece que referido artigo preceitua a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, entre outras verbas, destinadas ao sustento do devedor e de sua família.

Porém, não se pode olvidar, que os valores recebidos pelo trabalhador destinam-se não só ao custeio de sua alimentação, mas também ao cumprimento das obrigações anteriormente assumidas. É o patrimônio do devedor em sua integridade, que responde por suas dívidas, e aplicar o princípio da impenhorabilidade sem restrição à verba salarial, seria dar margem ao inadimplemento das obrigações livremente pactuadas.

Logo, bastante razoável o bloqueio do valor correspondente a 30% (trinta por cento) sobre o valor do benefício recebido depositado na conta corrente da executada para abatimento de sua dívida.

Veja-se, por analogia, a validade da cláusula que permite o desconto, mas com a fixação de percentual moderado:

> "*EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO ORDINÁRIA - EMPRÉSTIMO BANCÁRIO - PAGAMENTO EM PARCELAS MENSAIS E SUCESSIVAS - DÉBITO EM CONTA CORRENTE - LEGALIDADE. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no pacto que autoriza o desconto do empréstimo bancário contraído, mediante desconto mensal das prestações na conta corrente do devedor. Isso só não seria possível se a quantia fosse equivalente ao total dos vencimentos do devedor, de forma a impedir o sustento do devedor e de sua família.*" (TJDF, 2ª Câmara Cível, EIC nº 1998011060170-0, Relatora Desembargadora Haydevalda Sampaio);
>
> "*AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MÚTUO BANCÁRIO. DESCONTO EM CONTA CORRENTE. 30% DO VENCIMENTO LÍQUIDO. Não há nulidade na cláusula que permite o desconto em conta corrente para adimplemento de mútuo bancário. Se a conta corrente foi aberta somente para recebimento dos vencimentos, é de se limitar os descontos a 30% do vencimento líquido mensalmente depositado.*" (TJDF-4ª Turma Cível, AGI 2003002009363-9, Relator Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, j. 04.12.03).

Assim, de rigor que a penhora seja mantida, mas apenas sobre 30% (trinta por cento) dos valores depositados na conta corrente da agravada, a título de proventos de aposentadoria.

Desta forma, tem-se que o indicado percentual de desconto leva à distribuição balanceada do direito com a preservação dos direitos de lado a lado, norte que deve sempre ser seguido pelo julgador, consoante preconizado nos acórdãos mencionados por Theotônio Negrão, em nota '2b' ao art. 140 do CPC:

Acesso ao Sumário

"*A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças (RSTJ 4/1.554 e STJ-RT 656/188). No mesmo sentido: RSTJ 28/312*".

Pelo meu voto, dava parcial provimento ao presente agravo de instrumento.

JACOB VALENTE, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032259-24.2017.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado PEDRO ALVES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.938)**

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

São Paulo, 6 de julho de 2017.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Cautelar de exibição de documentos julgada procedente - Decisão que determinou ao banco réu a apresentação dos extratos bancários da conta de poupança do autor, sob pena de pagamento de multa diária para hipótese de descumprimento desta determinação - Admissibilidade, tendo-se em vista a superveniência do novo CPC - Aplicação da regra do art. 400, § único, deste novo diploma legal - Multa diária fixada que deve ser mantido - Redução, contudo, da limitação prevista pelo douto Magistrado para R$ 10.000,00, que revela-se mais compatível para o caso vertente - Recurso do réu provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão (fls. 16 destes autos) que, em medida cautelar de exibição de documentos ajuizada pelo ora agravado, em fase de cumprimento de sentença, determinou ao réu agravante, a apresentação dos documentos descritos na inicial, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 100.000,00, para a hipótese de descumprimento, nos termos do art. 536, § 1º do CPC.

Insurge-se o agravante contra a fixação de multa, alegando que, em momento algum se recusou a fornecer os documentos, porém, afirma que há necessidade de tempo para localização dos documentos. Portanto, não há pretensão resistida pelo agravante. Aduz que a multa deve ser limitada a um valor condizente com a demanda e com o direito nela buscado. Requer a reforma da r. decisão agravada para declarar inaplicável a multa de R$ 1.000,00.

Recurso tempestivo, instruído, preparado e recebido com a concessão do efeito suspensivo. Houve apresentação de contraminuta.

É o relatório.

A irresignação do agravante merece ser acolhida para afastar a multa fixada pelo douto Magistrado.

O agravado ajuizou a presente medida cautelar visando a exibição dos extratos bancários das contas de poupança existentes em seu nome referente aos períodos indicados na inicial (fls. 44/49), a qual foi julgada improcedente pela r. sentença de fls. 61/63. Tendo o autor recorrido desta sentença, seu apelo foi provido por esta Câmara para julgar procedente a ação, com determinação para que o banco réu exibisse os documentos solicitados, no prazo de sessenta dias.

Todavia, iniciada a fase de cumprimento de sentença, o douto Magistrado houve por bem determinar a apresentação dos documentos, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 100.000,00, para o caso de descumprimento pelo agravante da obrigação imposta.

É certo que, na vigência do CPC/1973, que prevalecia o entendimento de que, por se cuidar aqui a propósito de cautelar de exibição de documentos, ser descabida a fixação da multa diária para hipótese de não exibição dos documentos, consoante restou consolidado pela Súmula 372 do E. Superior Tribunal de Justiça, bem como tendo-se em vista o art. 359 do Código de Processo Civil/1973, correspondente ao art. 400 do Novo Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Segundo mencionada Súmula, "*na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória*", para efeito de não atendimento da determinação feita à parte para exibição do documento.

Veja-se a propósito o seguinte precedente desta Corte Superior:

"*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXIBIÇÃO DE*

DOCUMENTOS. MULTA. SANÇÃO INCOMPATÍVEL COM O RITO PRÓPRIO. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 845; 355 à 363; 381 e 382 DO CPC. PRESUNÇÃO DA VERDADE. EFEITO DIREITO DA RECALCITRÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA. SÚMULA 372/ STJ.

1. Ação cautelar satisfativa de exibição de documentos (art. 884 CPC) proposta em face de recusa no fornecimento de informações relativas às eleições para a Presidência de órgão de classe.

2. A fixação de multa pecuniária pelo descumprimento da ordem de apresentação do documento é incompatível com a ação cautelar respectiva, porquanto suficiente à autora a presunção de veracidade que o provimento da ação, como elemento probante, fornece ao processo principal. Precedentes: AgRg no REsp 1021690/RS, DJ 07.05.2008; REsp 757.911/RS, DJ 17.12.2007; AgRg no Ag 828.342/GO, DJ 31.10.2007; REsp 633.056/MG, DJ 02.05.2005.

3. Cautelar ou preventiva a exibição, os efeitos do descumprimento da determinação judicial são os mesmos', vale dizer: 'Se a parte adversa' não exibir o documento ou a coisa relativa a determinado fato, o juiz do processo principal presumirá verdadeiro o mesmo. É evidente que nas hipóteses que não são passíveis de presunção de veracidade dos fatos, tal efeito não se pode operar. Nos casos de recusa permite-se ao juiz mandar apreendê-la tal como o faz quando se trata de 'medida proposta contra terceiro' que recalcitra em cumprir o julgado, hipótese que imprime- se cunho mandamental à decisão' (Luiz Fux, in Curso de Direito Processual Civil, 3ª Edição, Editora Forense, página 1635).

4. A 2ª Seção desta Corte de Justiça em 11.03.2009 aprovou a Súmula nº. 372, com o seguinte teor: 'Na ação de exibição de documentos, não cabe aplicação da multa cominatória.' Precedente: REsp 1104083, 15/04/2009.

5. A não-exibição do documento requerido pelo autor na via judicial implica a admissão da presunção da verdade dos fatos que se pretendem comprovar por meio daquela prova sonegada pela parte ex adversa, restando este fato a única sanção processual cabível.

6. Recurso especial provido, a fim de afastar a pena de multa fixada pela Corte a quo, porquanto incompatível com o procedimento da exibição de documentos." (REsp 845860/SP, Rel. Luiz Fux, 1ª T., j. 07/05/2009, DJe 10/06/2009).

Todavia, com a superveniência do novo Código de Processo Civil, em vigor a partir de 18/03/2016, a fixação de multa diária para o cumprimento de medidas cautelares como a aqui versada passou a ser admitida, atento ao previsto no parágrafo único do art. 400 deste Código, que assim dispõe: "*Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais*

Acesso ao Sumário

ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido". Em face disso, restou superada a Súmula n. 372 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Estando o presente feito em fase de cumprimento do julgado, esta nova regra também pode ser-lhe aplicada, eis que este novo diploma legal tem aplicação imediata aos feitos em andamento, cuidando-se de norma de caráter estritamente processual.

Deve ser mantida, portanto, a multa diária fixada pelo douto Magistrado, visando compelir o agravante a cumprir a determinação que lhe foi feita, em nada o socorrendo a assertiva de que não ter se negado a cumpri-la, porquanto visa, também, assegurar o seu cumprimento.

É de se reconhecer, contudo, que sua limitação no importe de R$ 100.000,00, consoante estipulado pelo douto Magistrado, afigura-se elevado para a hipótese aqui versada e ao valor do débito apontado pelo demandante (R$ 910,45). Esta limitação merece, por isso, ser reduzida para o importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2089926-65.2017.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA GALVÃO, é agravado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao agravo, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.123)**

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

São Paulo, 26 de junho de 2017.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Diferença de rendimentos em caderneta de poupança. Execução individual fundada em sentença proferida em ação coletiva. Gratuidade da justiça. Indeferimento. Irresignação principal improcedente. Peticionário, servidor público, e que constituiu advogado para o patrocínio da causa. Declaração de bens e

rendimentos à Receita Federal, ademais, conspirando contra a declaração de falta de condições financeiras. Consideração de que o benefício da gratuidade se destina aos milhões de brasileiros efetivamente necessitados, isto é, sem profissão, sem rendas e sem patrimônio. Situação que não parece ser o do peticionário, ainda a se imaginar que os gastos com o processo lhe trarão algum sacrifício, e riscos, como é comum ocorrer com todo aquele que ingressa em juízo. Recolhimento da parcela final da taxa judiciária, contudo, que há de ser feito a final, quando da "satisfação da execução", nos termos do art. 4º, III, da Lei 11.608/03. Observação de que o diferimento legal não alcança as demais taxas judiciárias, como as referentes ao preparo recursal, nem as despesas processuais outras. Pleito recursal subsidiário atendido nesses termos.

Dispositivo: Deram parcial provimento ao agravo, com observação.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo de execução individual proposta por LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA GALVÃO, agravante, em face de BANCO ITAÚ S/A, agravado, demanda fundada em sentença proferida em ação coletiva ajuizada pelo IDEC em face do ora recorrido.

A r. decisão agravada indeferiu requerimento formulado pelo agravante, voltado à concessão dos benefícios da gratuidade da justiça e/ou diferimento do recolhimento das custas para final, por entender que os elementos dos autos, em especial a renda mensal auferida pelo peticionário, declarada à Receita Federal, indicam ter ele condições de custear as despesas do processo (fls. 53/55).

Como fundamentos do pedido de reforma, sustenta o agravante que a mera declaração de que trata o art. 4º da Lei 1.060/50 é bastante para a concessão do favor legal, consoante os precedentes jurisprudenciais que invoca. Pondera, ainda, que os documentos por ele apresentados demonstram a alegada hipossuficiência econômica, reafirmando falta de condições de suportar as despesas do processo. Insiste no pedido subsidiário, voltado ao diferimento do recolhimento das custas para final, nos termos do art. 4º, III, § 1º, da Lei 11.608/03.

2. Recurso tempestivo (fls. 1 e 58).

Acesso ao Sumário

É o relatório do essencial.

3. Deixei de determinar a instauração do contraditório recursal, pese o que dispõe o art. 1.019, II, do CPC, em atenção ao princípio da celeridade e sob a consideração de que o resultado do recurso, conquanto lhe dando parcial provimento, não trará efetivo gravame para o recorrido - a quem fica assegurado, todavia, o direito de pleitear em primeiro grau nova decisão sobre o tema e, evidentemente, o de recorrer contra o assim decidido.

4. A jurisprudência é hoje tranquila no sentido de autorizar o indeferimento do pedido de gratuidade da justiça, quando haja nos autos elementos sugestivos de que o favor legal é incabível.

Nesse sentido, veja-se o julgado assim ementado:

> "O benefício da gratuidade não é amplo e absoluto. Não é injurídico condicionar o juiz a concessão da gratuidade à comprovação da miserabilidade jurídica alegada, se a atividade exercida pelo litigante faz, em princípio, presumir não se tratar de pessoa pobre" (REsp nº 178.244-RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO).

Também a doutrina assim se manifesta, consoante a lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY:

> "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 prova 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".

Ao exposto acrescento que, estivesse o juiz atrelado à declaração do art. 99, § 3º, do CPC, a sorte do benefício ficaria na dependência de eventual impugnação da parte contrária. E é evidente que o benefício em questão, representando pesado encargo para os cofres públicos, não pode estar ao exclusivo arbítrio das partes.

O mínimo que se esperava, diante desse contexto, é que a agravante tivesse trazido, ao menos com as razões recursais, elementos palpáveis, destinados a demonstrar a alegada falta de condições (últimos extratos bancários, especificação das despesas ordinárias etc).

Seja como for, é dificílimo crer que o recorrente, servidor público, que aufere renda mensal líquida superior a seis salários mínimos, e que constituiu advogado para o patrocínio da causa (desse modo arcando com a maior despesa de um processo), não possua condições de suportar as despesas do processo.

Pondero, por último, que, representando os benefícios da gratuidade

da justiça pesado encargo para os cofres públicos, a concessão e aplicação do favor legal devem se dar com rigor e moderação, exclusivamente em favor dos verdadeiramente necessitados, isto é, daqueles sem a menor condição econômica de movimentar a máquina judiciária, o que não parece ser o caso do agravante, ainda a se admitir que esse gasto lhe traga algum sacrifício, e riscos, como é natural ocorrer a todo aquele que ingressa em juízo.

5. O pedido subsidiário, contudo, merece acolhimento.

Isso porque, com o máximo respeito pelo entendimento do MM. Juiz de primeiro grau, o recolhimento da taxa judiciária há de ser feito a final, quando da satisfação da execução, nos termos do disposto no art. 4º, III, da Lei Estadual nº 11.608/03.

Bem é de ver que esta execução individual, no sistema processual, não representa propriamente uma nova demanda, mas um desdobramento do processo da ação coletiva.

Entretanto, as demais taxas judiciárias, inclusive as relacionadas à interposição de recursos em geral, da mesma forma que as despesas processuais em geral, são devidas, e de pronto - sem possibilidade de diferimento.

Nessas condições, meu voto **dá parcial provimento** ao agravo, com observação (item "5", quarto parágrafo).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2153895-88.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROSEMEIRE RODRIGUES DA SILVA, são agravados AMINADABE RODRIGUES DA SILVA, ANSELMO RODRIGUES CARLOS BARBOSA, TAMIRES DA ROCHA MARQUES, DAVID DO NASCIMENTO, MARGARETTI MATOS DE SOUZA, VALÉRIA DO NASCIMENTO SILVA, JOSE ORLANDO DA SILVA, MARCIA REGINA DO NASCIMENTO FERREIRA, JOSÉ ROGÉRIO FERREIRA e VALÉRIA NASCIMENTO SILVA.

ACORDAM, em 19ª 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 provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.313)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de junho de 2017.
MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – LIMINAR - Pretensão ao cumprimento imediato da medida, que foi deferida no início do processo - Questão que não é objeto da decisão agravada - Impossibilidade de apreciação da matéria no âmbito deste recurso - Recurso não conhecido nessa parte.
INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – ASSISTÊNCIA - Descabimento - Ausência de interesse jurídico dos terceiros no desfecho da demanda - Decisão reformada - Recurso provido nessa parte.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 435, que acolheu o pedido de assistência formulado às fls. 370/374.

Sustenta a Agravante a rejeição do pedido de assistência, em razão da ausência de interesse jurídico capaz de justificar o ingresso no processo dos herdeiros e respectivos cônjuges. Defende a ausência dos requisitos previstos no artigo 50, do Código de Processo Civil revogado. Ademais, requer o cumprimento da tutela de urgência deferida no despacho inicial, no ano de 2014, o que gerou tumulto processual. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso tempestivo e sem preparo.

Informações prestadas às fls. 460/461.

Contraminuta às fls. 462/469.

É o relatório.

Cuida-se de ação de reintegração de posse movida pela Agravante em face dos Agravados.

Na decisão agravada, foi acolhido o pedido de assistência formulado às fls. 370/374, dando ensejo à interposição do presente agravo de instrumento.

Primeiramente, o recurso não pode ser conhecido em relação à questão da tutela de urgência, cujo cumprimento foi requerido pela Agravante.

Embora nas razões recursais não haja identificação da matéria objeto do pedido de tutela de urgência mencionado pela Agravante, é possível concluir que a pretensão se refira à liminar de reintegração de posse deferida às fls. 70.

Ocorre que a questão não foi objeto da decisão agravada, de forma que sua apreciação diretamente nesta sede implica em supressão de instância, o que não se admite.

Acesso ao Sumário

Ademais, compulsando os autos, verifica-se que a liminar está suspensa, conforme decisão reproduzida às fls. 386, mantida por este Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento n° 2233616-26.2015.8.26.0000, julgado em 07.03.2016 (fls. 445/447).

Portanto, não se conhece do recurso nessa parte.

Quanto à questão da assistência, o recurso comporta acolhimento.

O pedido de intervenção no processo como assistentes foi realizado por David do Nascimento, Valéria Nascimento Silva e Márcia Regina do Nascimento Ferreira e respectivos cônjuges (fls. 370/374), na qualidade de irmãos da Autora Rosemeire Rodrigues da Silva e da Corré Aminadabe Rodrigues da Silva, todos filhos/herdeiros da falecida Dionilda Trovello do Nascimento, proprietária do imóvel objeto da ação.

Afirmam que, em razão da sucessão, possuem o direito ao exercício da composse tanto quanto a Autora e os Réus. Aduzem que "A abertura da sucessão transferiu para todos os filhos o domínio e a posse do imóvel sub judice e até que haja a partilha permanecerá indiviso e, por consequência, descabendo a alegação isolada de qualquer deles da prática de esbulho possessório posto estarem todos legitimados para exercer a posse." (fls. 373).

Pois bem.

Nos termos do artigo 50, do Código de Processo Civil de 1973, em vigor na data do acolhimento do pedido de assistência, é possível esse tipo de intervenção no processo quando o terceiro possuir interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes.

Neste caso, não se verifica o interesse jurídico por parte dos terceiros.

Isso porque a ação de reintegração de posse foi ajuizada pela Agravante com fundamento no exercício da posse pura e simples, em razão de residir no bem objeto da ação. Não embasa seu pedido de reintegração na posse decorrente da abertura da sucessão, conforme afirmam seus irmãos.

Portanto, qualquer decisão proferida na presente hipótese não afeta nenhum direito dos herdeiros, assistindo razão à Agravante ao dispor: "... eventual sucesso do pedido de reintegração de posse não é capaz de afastar o direito sucessório dos herdeiros assistentes, transmitidos pelo princípio de saisine desde o óbito de Diolinda Trovelo do Nascimento." (fls. 06).

Por esses fundamentos, a decisão merece reforma para rejeitar o pedido de assistência formulado nos autos.

Ante o exposto, não se conhece de parte do recurso e dá-se provimento na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077432-71.2017.8.26.0000, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é agravante LUIS OTAVIO ROSA DA SILVA, são agravados MARCELO CERIBELI, CELSO CERIBELI e BANCO DO BRASIL S/A.

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 30652)**

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

São Paulo, 28 de julho de 2017.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Execução - imóvel arrematado em hasta pública - decisão que indeferiu pedido do arrematante para cancelamento das demais hipotecas constantes da matrícula do imóvel - arrematação judicial que tem natureza de aquisição originária, com sub-rogação dos eventuais credores no produto da arrematação - preenchido os requisitos dos arts. 1.499, VI, e 1.501, ambos do CC/02, nada impede o cancelamento das hipotecas - decisão reformada - agravo provido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento contra o r. ato decisório de fls. 38 que indeferiu pedido do arrematante, aqui agravante, para cancelamento das demais hipotecas constantes da matrícula do imóvel por ele arrematado em hasta pública, por entender o Magistrado "a quo" que "... o arrematante adquire o bem com todos os seus gravames".

2. Sustenta a agravante que ao arrematar o imóvel penhorado nos autos da execução, recebe o bem livre de quaisquer ônus conforme estabelece o art. 1.499, VI, do CC/02, havendo a sub-rogação dos eventuais gravames no produto da arrematação.

3. Formado o instrumento, o recurso foi recebido e processado sem suspensividade (fls. 96) e sem respostas dos recorridos.

É o relatório.

4. Assiste razão ao agravante quando sustenta que a arrematação judicial

Acesso ao Sumário

tem natureza de aquisição originária, com transferência da propriedade livre de quaisquer ônus de natureza real ou tributária, cabendo apenas a intimação dos interessados para que procedam manifestação quanto a eventual direito de preferência no produto da arrematação.

5. Nesse sentido: "O objetivo da notificação, de que trata o art. 1.501 do Código Civil, é levar ao conhecimento do credor hipotecário o fato de que o bem gravado foi penhorado e será levado à praça de modo que este possa vir a juízo em defesa de seus direitos, adotando as providências que entender mais convenientes, dependendo do caso concreto. 4. Realizada a intimação do credor hipotecário, nos moldes da legislação de regência (artigos 619 e 698 do Código de Processo Civil), a arrematação extingue a hipoteca, operando-se a sub-rogação do direito real no preço e transferindo-se o bem ao adquirente livre e desembaraçado de tais ônus por força do efeito purgativo do gravame. 5. Extinta a hipoteca pela arrematação, eventual saldo remanescente em favor do credor hipotecário poderá ser buscado contra o devedor originário, que responderá pessoalmente pelo restante do débito (art. 1.430 do Código Civil). 6. Sem notícia nos autos de efetiva impugnação da avaliação do bem ou da arrematação em virtude de preço vil, não é possível concluir pela manutenção do gravame simplesmente porque o valor foi insuficiente para quitar a integralidade do crédito hipotecário. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido." (STJ, REsp. 1201108/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 17/05/2012, DJ 23/05/2012); "COBRANÇA DE CONDOMÍNIO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Arrematação válida e eficaz - Cancelamento da hipoteca incidente sobre o imóvel arrematado - Admissibilidade - Credor hipotecário que, apesar de devidamente intimado da realização da praça, não se insurge contra o ato - (artigos 1.499, VI, c/c 1.501, ambos do CC) - Extinção (art. 794, I, do CPC/73) - Recurso provido." (TJSP, Apelação n. 0002782-88.2002.8.26.0590, 25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, rel. Melo Bueno, j. 27.10.2016)

6. Desse último julgado, extrai-se: "Com efeito, o artigo 1.499, VI, do CC, expressamente dispõe que a hipoteca extingue-se pela arrematação ou adjudicação do bem penhorado. Todavia, a fim de garantir a ampla defesa, o credor hipotecário deverá ser devidamente intimado sobre a penhora e realização das praças, consoante os termos do artigo 1.501 do CC c/c 698 do CPC/73. E, no presente caso, o credor hipotecário foi devidamente intimado da penhora, bem como da praça realizada, sem se opor, eis que apenas pugnou pela preferência de seu crédito. E, instado a se manifestar a respeito do pedido de cancelamento da hipoteca, manteve-se inerte."

7. Ao que consta dos autos, todas as hipotecas são oriundas de créditos do mesmo exequente Banco do Brasil S/A, sendo apenas de se observar que cabe ao arrematante arcar com as despesas cartorárias inerentes ao cancelamento dos

Acesso ao Sumário

registros junto ao CRI.

8. Nesse contexto, preenchidos os requisitos dos arts. 1.499, VI, e 1.501, ambos do CC/02, nada impede o cancelamento das hipotecas, ressalvando-se aos interessados a sub-rogação no produto da arrematação.

9. Com esses fundamentos, dá-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201754-03.2016.8.26.0000, da Comarca de Pederneiras, em que é agravante FLAVIO HENRIQUE DA SILVA PONTES, é agravado JOSE CARLOS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso, determinando a remessa dos autos à 2ª Vara Federal de Bauru, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27737)**

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

São Paulo, 31 de julho de 2017.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Competência - Agravo de instrumento - Lote questionado na ação de reintegração de posse em exame que é objeto de discussão em ação em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Bauru - Solicitada a remessa dos autos da ação de reintegração de posse pelo juiz federal - Caso em que já havia sido determinada a remessa dos autos à justiça federal, com amparo da Súmula 150 do STJ - Agravo não conhecido - Determinada a remessa dos autos do agravo à 2ª Vara Federal de Bauru.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 1), interposto, tempestivamente, da decisão proferida em ação de reintegração de posse (fl. 9), que, reconsiderando a decisão anterior, revogou a liminar concedida, ao abrigo dessa fundamentação:

"(...) objeto do contrato de comodato discutido nesta demanda é um lote de terreno oriundo da distribuição de terras pelo Governo Federal cuja posse foi adquirida por Maria Beatriz de Freitas, que concedeu cessão de direito sobre o imóvel em questão para o autor. (...). Dessa forma, em havendo nítida dúvida acerca da regularidade da posse pelo autor e da validade do contrato de comodato em questão, considerando que a avença poderia ser considerada irregular, e considerando ainda a precariedade da cognição superficial da tutela liminar, além de eventual interesse da Justiça Federal, revogo a liminar concedida em fls. 31-32/52-53, a fim de que o requerido seja mantido na posse, restando como depositário do lote até a solução da lide" (fl. 69).

Sustenta o agravante, autor da aludida ação, em síntese, que: é procurador de Maria Beatriz Freitas e possuidor indireto do lote 298 do Assentamento do Horto Aimorés, localizado no município de Pederneiras; vinha cuidando do imóvel desde abril de 2012; o agravado começou a trabalhar para a empresa "Maria Aparecida da Silva - Dragagem ME" em 2013, havendo a proprietária dessa empresa apresentado o agravado a ele; comovido com a situação do agravado, celebrou com ele um contrato de comodato em 1.7.2013, com prazo de dezoito meses; vencido esse primeiro contrato, as partes renovaram o comodato por mais doze meses; não tendo mais interesse no comodato, notificou o agravado para que desocupasse o referido imóvel, porém, não lhe foi restituído; tem conhecimento de que não pode vender ou alugar o imóvel, motivo pelo qual emprestou gratuitamente o bem para que o agravado nele residisse; existe um processo em trâmite perante a Segunda Vara Federal de Bauru, em que nele figura Maria Beatriz Freitas; demonstrou o preenchimento dos requisitos previstos no art. 930 do atual CPC; o agravado praticou esbulho ao não lhe restituir o imóvel em questão, mesmo notificado para tanto; deve ser concedida a liminar de reintegração de posse (fls. 3/7).

Não houve preparo do agravo, visto que o agravante é beneficiário da justiça gratuita (fl. 34).

O eminente desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO, no impedimento ocasional deste relator, negou o efeito ativo ao recurso oposto (fls. 156/157).

O agravado apresentou resposta (fls. 160/165).

É o relatório.

2. Conforme se infere dos autos principais, o ilustre juiz da 2ª Vara Federal de Bauru, levando em conta que o lote questionado na ação de reintegração de posse em exame é objeto de discussão no processo nº 0001495-15.2013.403.6108, em trâmite perante àquele juízo federal, solicitou a remessa dos autos de nº 1002771-43.2016.8.26.0431 da justiça estadual (fl. 389 dos autos principais).

Note-se que a MMª Juíza de origem, na decisão recorrida, já havia

Acesso ao Sumário

determinado a remessa dos autos à Justiça Federal, "a fim de que tal Juízo demonstre seu interesse no feito, consoante entendimento da Súmula 150 do STJ" (fls. 69/70).

Diante de tais considerações, inviável a análise do presente agravo de instrumento em razão da incompetência da Justiça Estadual.

3. Nessas condições, não conheço do agravo contraposto, determinando a remessa desses autos à 2ª Vara Federal de Bauru.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2008501-16.2017.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é agravante SÃO JOÃO ABRASIVOS E MINÉRIOS LTDA., é agravado SERVSIX SUPERMATERIAIS DO BRASIL, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª 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 37082)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR (Presidente), MAIA DA ROCHA E SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença. Ordem de penhora. Matéria-prima. Agravo de instrumento. Mandado cumprido. Penhora que recaiu sobre maquinário da executada. Não localizados outros bens de valor comercial expressivo. Matéria-prima não penhorada. Decisão esvaziada. Mérito do recurso prejudicado. Ausência de interesse processual. Agravante que permaneceu inerte diante do comando de juntar os autos do cumprimento de sentença. Perda do objeto. Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

São João Abrasivos e Minérios Ltda. interpôs agravo de instrumento em face da decisão que, em sede de cumprimento de sentença, determinou a

penhora de bens móveis, inclusive a matéria-prima empregada pelo executado em sua atividade produtiva [fls. 91 dos autos do cumprimento de sentença].

É o relatório.

Busca a agravante a reforma da decisão, de forma a impedir a penhora de matéria-prima essencial às atividades da empresa.

Contudo, o Sr. Oficial de Justiça, em cumprimento do mandado, realizou a penhora de duas máquinas da executada, e não da matéria-prima, consignando não haver "*localizado outros bens de valor comercial expressivo*" [fls. 32/34].

Nessa ordem, diante da notícia de que a penhora não recaiu sobre a matéria-prima e que não havia bens de valor comercial expressivo na empresa executada, o mérito do presente recurso interposto pela empresa ré resta prejudicado.

Não se vislumbra o interesse processual da agravante no julgamento do presente recurso, eis que a decisão restou esvaziada quando do cumprimento do mandado.

Ademais, a agravante restou inerte, quando intimada a juntar cópia dos autos do cumprimento de sentença a este agravo de instrumento [fls. 37].

Diante da perda do objeto, declara-se prejudicado o recurso.

Ante o exposto, não se conhece do recurso.

Na hipótese de interposição ou oposição de recursos contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2109768-31.2017.8.26.0000, da Comarca de São Roque, em que são agravantes PIETRO SARTI (ESPÓLIO) e SILVANA SARTI GRECCO, são agravados VICENTE DA SILVA CARNEIRO (ESPÓLIO), RENATO DA SILVA CARNEIRO, ALAIDE DA SILVA CARNEIRO, LUIZINHO DA SILVA CARNEIRO, JOSE DA SILVA CARNEIRO (ESPÓLIO) e ALEXANDRE DA SILVA CARNEIRO.

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

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 30304)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULILO e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Reintegração de posse - Determinada emenda ao requerimento de cumprimento de sentença a fim de identificar e citar os novos invasores - Desnecessidade - Reintegração julgada procedente transitado em julgado - Eventuais novos invasores devem ser submetidos aos efeitos da r. sentença lançada dado o caráter litigioso do imóvel quando da invasão - Necessidade de se resguardar a eficácia da prestação jurisdicional e evitar a eternização da demanda - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 156/159, proferida em cumprimento de sentença, que determinou ao exequente, ora agravante, a emenda do requerimento de cumprimento de sentença para incluir os atuais possuidores do imóvel objeto da ação de reintegração de posse.

Sustenta o agravante que a decisão agravada pode postergar o cumprimento da r. sentença; que as ocupações são recentes e não podem obstar o prosseguimento da reintegração. Alega que os ocupantes não fornecerão informações de forma voluntariosa, inclusive oferecem resistência àqueles que adentram na área do imóvel, e por isso impossível o cumprimento da r. decisão agravada. Argumenta que uma vez reconhecido o direito à reintegração qualquer pessoa que ingressar na área sofrerá os efeitos da sentença.

Recurso tempestivo, preparado.

É o relatório.

Compulsando-se aos autos verifica-se tratar o presente caso de ação de reintegração de posse, atualmente em cumprimento de sentença, ajuizada em 1987 (fls. 10/11).

A ação foi julgada procedente para reintegrar o autor, ora agravante, na posse da área requerida (fls. 20/28), sendo a r. sentença mantida em recurso de apelação (fls. 29/34).

Acesso ao Sumário

Dado início ao cumprimento de sentença, sobreveio a r. decisão impugnada (fls. 156/159), determinando ao agravante a emenda do requerimento de cumprimento de sentença para incluir os atuais possuidores do imóvel em discussão, por considerar que estes não participaram da fase de conhecimento, reputando necessária a respectiva citação.

Pois bem, o agravante, quando da distribuição da ação de reintegração de posse, inseriu no polo passivo as partes que naquela época se encontravam inadequadamente na área pleiteada.

Com o passar dos anos, e principalmente considerando-se o extenso lapso temporal em que ainda pende a demanda, a situação se alterou, instalando-se na área diversas outras pessoas.

Dadas as peculiaridades deste tipo de demanda, feita a citação, o processo deve ser estabilizado, prosseguindo na direção do julgamento e, posteriormente, cumprimento da decisão ali exarada.

Por conseguinte, dado o caráter litigioso do imóvel, eventuais novos invasores, como remonta a hipótese, devem ser submetidos à execução da medida judicial e todos os efeitos a ele inerentes.

Pretender a citação dos novos invasores, mesmo após o trânsito em julgado da r. sentença que por sua vez julgou procedente a reintegração, levaria à eternização da demanda e a ineficácia da prestação jurisdicional.

Destarte, a r. decisão impugnada deve ser reformada, para se afastar a determinação de emenda do cumprimento de sentença, prosseguindo-se a execução da sentença em seus ulteriores termos.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2105681-32.2017.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que são agravantes GEOSONDA S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e CVS ADMINISTRAÇÃO DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é agravado O JUÍZO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.911)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), HAMID BDINE e CARLOS DIAS

Acesso ao Sumário

MOTTA.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Recuperação judicial - Pedido de dispensa de apresentação de certidões negativas para participação em licitações - Não conhecimento - Insurgência - Decisão anulada - Competência do Juízo da recuperação judicial - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Cotia, que, em sede de recuperação judicial, deixou de conhecer de pedido formulado pelas recuperandas, tendente à concessão do direito de participação em contratações com o Poder Público, sem a necessidade de apresentação de certidões negativas e da menção do status "em recuperação judicial" (fls. 2836 dos autos de origem).

Os agravantes argumentam que 80% (oitenta por cento) de seu faturamento é oriundo de contratações com o Poder Público, as quais exigem regular apresentação de Certidões Negativas de Débitos e de Recuperação Judicial. Aduzem que o indeferimento de dita certidão impossibilita seu soerguimento, trazendo risco ao resultado útil do processo. Asseveram ser da competência do Juízo da recuperação judicial a determinação de inexigibilidade da apresentação das certidões em questão para com as Fazendas Públicas, pois é quem possui total conhecimento de sua atividade e das necessidades ligadas a seu soerguimento. Pretendem o provimento do presente recurso, inclusive com o deferimento de efeito suspensivo, para que seja suspensa a exigência de apresentação de Certidões Negativas de Débito e de Recuperação Judicial para a contratação com o Poder Público (fls. 01/19).

Foi indeferido o efeito suspensivo (fls. 115/117).

A agravante ajuizou pedido de reconsideração, esclarecendo que participa periodicamente de licitações, enfatizando estar em trâmite edital de licitação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), em que se constata a exigência de certidão negativa de débito (fls. 120/124).

Foram apresentadas informações judiciais (fls. 286/288).

O administrador judicial manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 622/623).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

As agravantes pretendem seja suspensa a exigência de apresentação de Certidões Negativas de Débito e de Recuperação Judicial para a contratação com o Poder Público.

O Juízo de origem deixou de conhecer do pedido, entendendo não se tratar de questão relacionada à recuperação judicial, decisão contra qual as recorrentes se insurgem.

O recurso merece parcial provimento.

É de competência do Juízo da recuperação judicial a análise do pedido da empresa recuperanda de participar de processos licitatórios independentemente da apresentação de certidões negativas.

Não há, aqui, pedido de interferência do Juízo da recuperação judicial em específico pregão público, mas, isso sim, pedido amplo e tendente à dispensa de apresentação de certidões negativas para participação de licitações, sob o argumento de auxílio de soerguimento das empresas recuperandas, razão pela qual é competente o Juízo da recuperação judicial para apreciação do pedido.

Estando em trâmite recuperação judicial, considerado o artigo 47 da Lei 11101/2005, todas as questões atinentes à reorganização da atividade empresarial exercida pelo devedor são colocadas sob o crivo do Juízo em que tramita o procedimento concursal, que, naturalmente, ostenta a possiblidade de uma avaliação mais aprofundada e de conjunto, inclusive esta atinente à dispensa de certidões (STJ, REsp 1.173.735-RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., J. 9.5.2014).

Anula-se, assim, a decisão recorrida para reconhecer a competência do Juízo da recuperação judicial para apreciação do pedido, devendo ser proferida nova decisão judicial, apreciado o requerimento.

Consigna-se, por fim, a inviabilidade do pleito ser diretamente analisada em segunda instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Dá-se, por isso, provimento parcial ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000520-33.2017.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA, é agravado PEDRO LUIZ GALVÃO.

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 18.352)**

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

São Paulo, 12 de junho de 2017.

GILBERTO LEME, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INCLUSÃO DOS PROPRIETÁRIOS DOS VEÍCULOS SUPOSTAMENTE ENVOLVIDOS NO ABALROAMENTO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE LEGAL. INDEFERIMENTO MANTIDO. Tratando-se de colisão entre veículos, descabe a denunciação da lide aos proprietários dos caminhões que supostamente provocaram o acidente ante a inexistência de previsão legal tampouco contratual do direito de regresso, porém nada impede que a denunciante-ré exija, em ação autônoma, o ressarcimento dos danos daquele que entende ser o culpado por todo o infortúnio. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto à r. decisão que indeferiu a denunciação da lide dos terceiros proprietários de veículos que se envolveram em acidente de trânsito e deferiu a inclusão no polo passivo da ação da seguradora do automóvel que o agravado aponta como responsável pelo evento danoso, que foi contratada pela agravante.

Sustenta a agravante que devem ser denunciados à lide os proprietários dos caminhões envolvidos no abalroamento, com fundamento no art. 125, inc. II, do CPC, pois a obrigação deles de reparar os danos suportados pelo autor-recorrido decorre da lei, especificamente os arts. 186 e 927 do CC, já que deram causa ao infortúnio.

Recurso tempestivo, preparado e não respondido.

É o relatório.

Infere-se do processado que o autor da ação de indenização por danos materiais e morais, fundada em acidente de trânsito, incluiu no polo passivo o motorista e a proprietária do veículo Ford/Focus, o qual invadiu sua mão de direção e atingiu seu automóvel Toyota/Corolla.

Acesso ao Sumário

Em sua contestação, a ré-agravada denunciou à lide os proprietários de dois caminhões que ela sustenta ter causado o acidente, bem como a seguradora do seu carro. No mérito, rebateu os argumentos do autor-agravado e, em resumo, pediu a improcedência da demanda.

O d. magistrado indeferiu o pedido em relação aos proprietários dos caminhões e deferiu a denunciação da lide da seguradora. Daí o presente recurso.

Pois bem. Uma das hipóteses em que se admite a denunciação da lide, espécie de intervenção de terceiros, que cria uma ação conexa e secundária entre denunciante e denunciado, está prescrita pelo inc. II do art. 125, do CPC: "àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo".

Cuidando-se de responsabilidade civil, admite-se a denunciação da lide tão somente quando o denunciado for obrigado, por força de lei e do contrato, a indenizar em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

No caso dos autos, pretende a ré-agravante a inclusão no polo passivo dos donos dos caminhões que ela imputa responsabilidade pelo acidente tratado na demanda. Afirma que o motorista de seu veículo foi surpreendido com a ultrapassagem indevida de um daqueles caminhões, sendo obrigado a atravessar o canteiro central e invadir a mão de direção em que trafegava o autor-agravado.

De forma escorreita a pretendida denunciação foi indeferida, porque se infere da leitura da contestação e da minuta do presente recurso que a denunciante-agravante pretende isentar-se da responsabilidade de reparar os danos alegados pelo autor-agravado, sob o argumento de que tais prejuízos foram causados por culpa de terceiros, o que não se admite.

"Fixa o entendimento pretoriano não comportar denunciação da lide nos casos em que o denunciante intenta eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso atribuindo-a, com exclusividade, a terceiro. Neste caso não há direito de regresso." (STJ, 4.ª T., REsp 630.919-AgRg, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15.2.05, DJU 14.3.05)"

Nessa situação fática, ausente dispositivo de lei que obrigue o terceiro a ressarcir os prejuízos experimentados pela denunciante-recorrente, sendo necessária a apuração da culpa daquele.

Por outro lado, não há um contrato entre as partes a esse título. Consequentemente, não é obrigatória a denunciação da lide, subsistindo, no entanto, o direito de regresso por meio de ação própria.

Demais disto, releva apontar que a pretendida intervenção de terceiro faria incluir elemento novo à lide, ampliando seu contexto objetivo.

Não se ignora que a agravante tem o direito de buscar reparação por eventual prejuízo suportado por imprudência de outros motoristas, desde que

Acesso ao Sumário

cabalmente demonstrado, no entanto, tal fato não enseja a possibilidade de denunciação da lide na ação principal, pelos motivos acima deduzidos, devendo a suposta culpa de terceiros ser discutida por via própria.

Pelo meu voto, pois, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2239597-02.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante DJALMA CHAVES D'AVILA e é agravada TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.492)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Em face do acórdão com trânsito em julgado, afasta-se a limitação da multa diária, sem prejuízo de futuro decote na hipótese de excesso injustificado.

VOTO

Autor agrava da respeitável decisão que, na fase de cumprimento de sentença que impôs obrigação a ser satisfeita em quarenta e oito horas sob pena de multa diária, limitou seu total a cinquenta mil reais. Afirma haver afronta ao acórdão.

Houve preparo.

Veio resposta e foi indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo.

É o relatório.

Com trânsito em julgado, acórdão na apelação ordenou o restabelecimento do serviço em quarenta e oito horas da intimação pessoal quando da baixa dos autos, sob pena de multa diária de mil reais, sem limite, porque quem o fixa é a condenada, cumprindo a obrigação no tempo estabelecido.

Não se dava, pois, ao douto magistrado de primeiro grau impor limitação, que se afasta, sem prejuízo de futuro decote na hipótese de excesso injustificado.

Acesso ao Sumário

De resto, de eventual cessão do número da linha a terceiro, que, se real, talvez não constitua óbice incontornável, não cuidou a respeitável decisão.

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056427-90.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S/A, é agravado EDSON LUIZ IGNÁCIO.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 26520)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA (Presidente), EROS PICELI e SÁ DUARTE.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Inexistência de conexão - Execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais distintos, firmados entre partes parcialmente distintas, com objetos distintos - Taxa judiciária - Recolhimento sobre o montante do crédito até então reclamado na inicial, de R$ 5.899.750,10, que abrangia tanto o contrato nº 116786, como o contrato nº 116791 - Desmembramento das ações - Determinação de novo recolhimento que não se mostra razoável, devendo haver o aproveitamento das custas já recolhidas. Agravo de instrumento parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo (fls. 01/16) de instrumento (fls. 17/254) interposto por LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S/A contra as r. decisões de fls. 108, integrada às fls. 122, e fls. 124, proferidas, respectivamente, pela MMª. Juíza da 37ª Vara Cível do Foro Central Cível da Capital, Dra. Adriana Cardoso dos Reis, e pela MMª. Juíza da 21ª Vara Cível do mesmo foro, Dra. Maria Carolina

Acesso ao Sumário

de Mattos Bertoldo, que, nos autos da ação de execução de título executivo extrajudicial movida em face de EDSON LUIZ IGNÁCIO, considerando não haver conexão entre esta demanda e a ação de execução nº 1000439-92.2017.8.26.0100, determinou a remessa dos autos para distribuição, e ciente da redistribuição, determinou o recolhimento das custas e despesas processuais pertinentes, sob pena de cancelamento da distribuição.

A agravante alega ser inequívoca a existência de conexão entre a ação de execução originária nº 1000439-93.2017.8.26.0100 e a precedente ação de execução nº 1000439-92.2017.8.26.0100. Informa que os contratos que lastrearam as demandas são idênticos, foram firmados nas mesmas datas e sempre tratados conjuntamente pelas partes. Sustenta que os contratos se referem a apenas um negócio jurídico, diferenciando-se apenas no número de caixas de laranjas ajustadas, local de produção e identidade parcial de partes. Diz que tanto a causa de pedir quanto o pedido formulado nas demandas são comuns, pois se trata de um mesmo negócio jurídico, mesmo contexto fático, sendo manifesta a existência de conexão. Destaca que a reunião dos processos prestigia não só a economia processual, mas também a segurança jurídica e isonomia das decisões. Requer seja reconhecida a conexão existente entre esta demanda e a precedente. Informa que para a distribuição da execução nº 1000439-92.2017.8.26.0000 foram recolhidas custas iniciais sobre o valor total até então exequendo, não havendo razão para, eventualmente, se exigir novo recolhimento de custas iniciais, cabendo o aproveitamento das custas iniciais recolhidas nos precedentes autos. Postula a concessão de efeito suspensivo, oficiando-se ao MM. Juízo da 21ª Vara Cível do Foro Central Cível da Capital para a qual foram distribuídos os autos, e, ao final, o provimento do recurso, com a reforma da decisão.

Concedido o efeito suspensivo tão somente para obstar o cancelamento da distribuição da ação até o pronunciamento deste E. Tribunal de Justiça a respeito da questão.

Contraminuta juntada às fls. 271/284, com documentos de fls. 285/366.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

A agravante ajuizou ação de execução para entrega de coisa incerta lastreada no contrato de compra e venda nº 116786 e requereu a distribuição por dependência aos autos de execução nº 1000439-92.2017.8.26.0100 para entrega de coisa incerta fundamentada no contrato de compra e venda nº 116791, por entender haver entre elas conexão.

O MM. Juízo *a quo*, considerando não haver conexão entre esta demanda e a ação de execução nº 1000439-92.2017.8.26.0100, determinou a remessa dos autos para distribuição.

Acesso ao Sumário

E com razão.

O art. 55, do Código de Processo Civil, dispõe serem conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

Não obstante pretenda a agravante com as ações o adimplemento de contratos de compra e venda de laranjas, se vê que as execuções são lastreadas em títulos executivos extrajudiciais distintos, firmados entre partes parcialmente distintas, com objetos distintos, já que, como constou da decisão agravada, "*as caixas de laranjas são distintas.*" (fls. 67/68) e, "*se os objetos são distintos, a causa de pedir e os pedidos também o são*" (fls. 122).

De fato, o contrato de compra venda de nº 116786, objeto desta ação, foi firmado pela agravante com o agravado Edson Luiz Ignácio, em 25/11/2009, tendo por objeto as laranjas produzidas no imóvel rural denominado Fazenda Arvoredo, no município de Angatuba/SP (fls. 72/85).

Por sua vez, o contrato de nº 116791, objeto dos autos nº 1000439-92.2017.8.26.0100, foi firmado pela agravante com o agravado Edson e Paulo Masuti Levi em 26.11.2009, tendo por objeto as laranjas produzidas no imóvel rural denominado Fazenda Boa Esperança, no município de Angatuba/SP (fls. 186/198).

Assim, correta a decisão agravada, pois ausente conexão entre as ações.

Quanto ao mais, observo que, para a distribuição da precedente ação de execução nº 1000439-92.2017.8.26.0100, a agravante recolheu custas sobre o montante do crédito até então reclamado na inicial, de R$ 5.899.750,10, que abrangia tanto o contrato nº 116786, como o contrato nº 116791, nos termos do inciso I, do art. 4º, da Lei nº 11.608/2003 (501.624 caixas de laranja).

O documento de fls. 225 comprova que houve o recolhimento de R$ 58.997,51, equivalente a 1% sobre o valor da causa no momento da distribuição, de R$ 5.899.750,10, referente a 348.028 caixas de laranjas demandadas quanto ao contrato de nº 116791 (R$ 4.184.378,80) e a 153.597 caixas de laranjas quanto ao contrato de nº 116786 (R$ 1.715.371,30).

Tratando-se de taxa judiciária devida pelas partes ao Estado, em razão da prestação de serviços públicos de natureza forense, e em se tratando de redistribuição do feito a outro juiz estadual, razoável que haja o aproveitamento das custas já recolhidas perante o MM. Juízo da 37ª Vara Cível do Foro Central Cível da Capital pelo MM. Juízo da 21ª Vara Cível do mesmo Foro.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para determinar o aproveitamento, pelo MM. Juízo da 21ª Vara Cível do Foro Central Cível da Capital, da taxa judiciária já recolhida pela agravante perante o MM. Juízo da 37ª Vara Cível do mesmo Foro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2030878-78.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante KARYNE DIAS PEREIRA MEDEIROS, é agravado RODNEY DA SILVA MELLO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 3º JUIZ, QUE DAVA PROVIMENTO, COM DECLARAÇÃO DE VOTO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27915)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2017.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA - FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DE VALORES EM CONTA QUE NÃO SE QUALIFICA COMO TIPICAMENTE DE POUPANÇA - APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS QUE DEMONSTRAM MOVIMENTAÇÕES DIÁRIAS DE CRÉDITO E DÉBITO - INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVA DE QUE OS RECURSOS TÊM ORIGEM NO RECEBIMENTO DE SALÁRIOS - NÃO INCIDÊNCIA DOS INCISOS IV E X DO ARTIGO 833 DO CPC - CONSTRIÇÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Insurge-se a executada em face da decisão interlocutória que indeferiu o pedido de desbloqueio da importância penhorada em conta bancária de sua titularidade (R$ 3.420,84), visto ter restado claramente demonstrado que a constrição recaiu em conta que não pode ser conceituada como tipicamente de poupança, bem como não se refere a valores provenientes de salário.

A agravante afirma que o bloqueio incidiu sim sobre valores depositados

em conta poupança e oriundos do recebimento de salário, portanto impenhoráveis em face do disposto no artigo 833, X, do atual Código de Processo Civil.

Ao recurso foi atribuído efeito suspensivo para obstar o levantamento da quantia bloqueada. Devidamente processado, sobreveio resposta da parte contrária.

É o relatório.

A decisão de primeiro grau não merece censura.

O artigo 833 do atual Código de Processo Civil não faz nenhuma ressalva quando dispõe serem absolutamente impenhoráveis, dentre outros, a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos (inciso X).

Entretanto, na hipótese, os extratos juntados às fls. 76/78 do agravo reúnem dados suficientes para comprovar que a conta em referência não se trata tipicamente de poupança, mas verdadeira conta corrente utilizada mediante operações diárias de créditos e débitos, cuidando-se de comumente tipo de conta em que apenas eventuais valores remanescentes são alvo de remuneração típica das cadernetas de poupança, mas que com ela não se confunde.

Na mesma direção, a executada não produziu nenhuma prova da origem dos valores manejados na conta corrente em questão, razão pela qual impossível abrigá-los sobre qualquer um dos mantos da impenhorabilidade tratados no inciso IV do citado artigo 833 (vencimentos, subsídios, soldos, salários, etc.).

Portanto, não se cuidando de valores depositados em caderneta de poupança, tampouco provenientes do recebimento de salário ou remuneração correlata, de rigor a manutenção da penhora.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao agravo de instrumento**, mantendo, por conseguinte, a decisão de primeiro grau que determinou a penhora do saldo existente na conta bancária da agravante, revogando-se a medida liminar.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 36.630)

Vistos.

O art. 833, X, do CPC/2015 prescreve expressamente ser impenhorável "quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos".

À vista de cada caso concreto, deve-se examinar a viabilidade da penhora *on-line*, para que não se ofendam direitos fundamentais do devedor, entre os quais o de subsistência.

Acesso ao Sumário

No caso sob exame, a penhora recaiu sobre quantia depositada em conta poupança, e ainda que possa ser ela movimentada com frequência, tal fato não afasta sua característica de conta poupança.

Além disso, o valor bloqueado não ultrapassa quarenta salários mínimos (R$ 3.420,84), o que o faz por força do art. 833, *caput*, inciso X, do CPC/2015 impenhorável.

Por conseguinte, dou provimento ao agravo para, revogada a r. decisão agravada, determinar o levantamento da penhora efetuada na conta poupança, em nome da agravante.

LINO MACHADO, Desembargador, Terceiro Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2092635-73.2017.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante GUILHERME MONACO DE MELLO, é agravado ANTONIO GERALDO MONTEBELLO E CIA. LTDA.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.945)**

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

São Paulo, 25 de julho de 2017.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: BEM MÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ORDEM DIRIGIDA Á EXECUTADA PARA QUE PROCEDA AO PAGAMENTO DE QUANTIA AO AUTOR, PROVIDÊNCIA CONDICIONADA, PORÉM, À DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO OBJETO DA DEMANDA. NOTÍCIA DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O VEÍCULO SE ENCONTRA SEM CONDIÇÕES DE USO. PLEITO VOLTADO À COMPENSAÇÃO, COM ATRIBUIÇÃO DE VALOR AO BEM. VIABILIDADE DA CONVERSÃO EM

Acesso ao Sumário

PERDAS E DANOS, QUE DEPENDE, PORÉM, DA APURAÇÃO DE VALOR POR MEIO DE LIQUIDAÇÃO. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. Noticiada a impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer e sendo inviável o alcance de resultado prático equivalente, mostra-se admissível a adoção da medida subsidiária consistente na conversão em perdas e danos. Assim, acolhido em parte o recurso, impõe-se determinar essa providência, com a abertura de oportunidade para que a parte requeira a liquidação respectiva, que apurará o valor devido, de modo a possibilitar posterior compensação.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por GUILHERME MONACO DE MELLO com o objetivo de alcançar a reforma de decisão proferida em ação de rescisão contratual proposta em face de ANTONIO GERALDO MONTEBELLO E CIA. LTDA.

Aduz o agravante que, diante da impossibilidade de entregar o veículo à demandada, deve ser atribuído ao bem o valor de acordo com a tabela FIPE. Assim, pleiteia que o referido montante seja objeto de compensação com o crédito de que é titular em relação à executada.

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente preparado e respondido.

É o relatório.

2. Questiona o agravante o pronunciamento do Juízo de primeiro grau que determinou o envio dos autos ao arquivo, em decorrência da impossibilidade de o exequente entregar o veículo à demandada (fl. 36).

O acórdão declarou resolvido o contrato de compra e venda e condenou a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, providência condicionada à devolução do veículo pelo autor.

Instaurada a fase de cumprimento da sentença, sobreveio a notícia da impossibilidade de restituição do automóvel pelo exequente, sob a assertiva de que o bem se encontra sem condições de uso. Por essa razão, pleiteia o autor seja atribuído ao veículo o valor de acordo com a tabela FIPE, compensando-se com o crédito de que é titular em relação à executada.

Segundo a disciplina do artigo 497 do CPC, a primeira preocupação há de ser a efetivação da tutela específica, só se podendo cogitar de conversão em perdas e danos diante da impossibilidade de alcançar o resultado pretendido ou,

Acesso ao Sumário

então, na hipótese de requerimento do autor (CPC, artigo 499).

O pleito de conversão pode ser manifestado quando da propositura da ação ou durante o curso do processo, inclusive na fase de cumprimento de sentença. A preocupação do legislador é assegurar a tutela específica, mas nada impede que o credor opte por outra forma de satisfação.

A respeito do tema, vale mencionar a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, formulada diante do atual CPC, mas que tem inteira aplicação ao anterior:

> *"Ocorre, entretanto, que o exequente pode preferir a prestação pecuniária, ainda que a obtenção da tutela específica seja concretamente alcançável. Nessa hipótese, ter-se-á de um lado o autor abrindo mão da melhor tutela jurisdicional possível a ser obtida naquele processo e se contentando com uma satisfação subsidiária (já que distante de seu direito material), e de outro o juiz ciente de que poderia, ainda que agindo de ofício, entregar ao credor exatamente aquilo que está representado no título executivo.*
>
> *Tratando-se de direito disponível, entendo que a mera vontade do exequente vincula o juiz, ainda que em sacrifício da melhor qualidade da prestação jurisdicional que poderia ser obtida no caso concreto (STJ, 3ª Turma, REsp 598.233/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 02.08.2005, DJ 29.08.2005). Se o direito discutido é disponível, podendo o autor abrir mão dele a qualquer momento, sem nenhuma interferência do juiz, seria absurdo prestigiar a atuação oficiosa do juiz em detrimento de sua vontade. Não é correta a doutrina que exige resistência à pretensão do exequente durante a execução para que se admita a conversão pela vontade do exequente, ou ainda a necessidade de concessão de uma última chance ao devedor por meio de sua intimação para cumprir a prestação. Se já existem as condições para o cumprimento de sentença, é porque não houve o cumprimento voluntário, ou seja, já houve resistência do devedor e o consequente inadimplemento.*
>
> *Basta chegar a essa conclusão o princípio da disponibilidade da execução, consagrado no art. 775, caput, do Novo CPC, que admite a desistência do credor de algumas medidas executivas, mantendo-se a execução. Sendo a satisfação da tutela específica obtida somente por meio da realização, no caso concreto, das medidas de execução forçada e indireta que se encontram à disposição do juiz, caso o exequente não deseje mais essa espécie de tutela, basta desistir de tais medidas, tornando a conversão em perdas e danos, a única forma viável de prosseguimento da execução.*
>
> *(...)*
>
> *A conversão da tutela específica em perdas e danos por vontade do credor independe de expressa previsão no título executivo, já tendo o Superior Tribunal de Justiça corretamente entendido que a transformação*

Acesso ao Sumário

em sede executiva da obrigação de fazer ou não fazer em obrigação de pagar quantia certa não afronta os arts. 141 e 492 do Novo CPC (STJ, 1ª Turma. Ag.Rg no REsp 992.028/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maria Filho, 14.12.2010, Dje 14.02.2011)."[1]

Assim sendo, é inegável que assiste à parte a possibilidade de requerer a conversão em perdas e danos, diante da constatação de que o veículo a ser restituído não se encontra em condições de uso.

Porém, não se pode admitir pura e simplesmente a conversão em execução por quantia certa, para a satisfação do valor que a parte entende devido.

A conversão implica a necessidade de um provimento jurisdicional de natureza cognitiva, que estabeleça o valor a ser pago. Ou seja, indispensável se mostra a instauração de uma liquidação, que propiciará a determinação do valor, a ocorrer na forma do artigo 509, I, e 510 do CPC. Só depois de alcançado esse valor é que poderá ser desenvolvida a atividade executória voltada ao pagamento de quantia.

No caso em exame, essa apuração há de ser realizada por arbitramento e cuidará o perito de apurar o valor das perdas e danos.

Assim sendo, comporta acolhimento parcial o inconformismo para se admitir a conversão em perdas e danos, estabelecendo-se, porém, que a apuração do valor respectivo seja efetuada por meio de liquidação por arbitramento. Enquanto não apurado o valor, inviável será cogitar de compensação.

3. Ante o exposto, e nesses termos, dou parcial provimento ao recurso.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2167005-91.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Campinas, em que é agravante EMILIO JOSÉ VON ZUBEN, é agravado POLIPEÇAS COMERCIAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14º Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso não provido. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.303)**

1 - "Novo código de processo civil comentado artigo por artigo", artigo 536, n. 1, p. 944-945, Ed. Podivm.

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente), MOURÃO NETO, GILSON DELGADO MIRANDA, CAMPOS PETRONI, BERENICE MARCONDES CESAR e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AGRAVO INTERNO. Interposição contra Decisão Monocrática que indeferiu a petição inicial e extinguiu a Ação Rescisória ajuizada pelo agravante. INCONFORMISMO do autor deduzido no Recurso. REJEIÇÃO. Autor que já havia ajuizado Ação Rescisória idêntica a esta, distribuída para o C. 14º Grupo de Câmaras, que indeferiu a petição inicial nos termos do v. Acórdão de relatoria da E. Desembargadora Berenice Marcondes Cesar, sob o fundamento de que o caso não se enquadrava nas hipóteses do artigo 485 do CPC de 1973. Acórdão que transitou em julgado sem a apresentação de qualquer Recurso. Nova demanda que repete os mesmos fatos e fundamentos do pedido rescisório anterior. Ação Rescisória que, por ser medida excepcional, tem seu cabimento restrito às hipóteses legais e ao prazo decadencial de dois (2) anos previsto no artigo 975 do CPC de 2015. Inépcia corretamente reconhecida. Decisão Monocrática mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de **Agravo Interno** interposto contra Decisão Monocrática que indeferiu a petição inicial e extinguiu a Ação Rescisória autuada sob nº 2167005-91.2015.8.26.0000, com fundamento nos artigos 330, inciso I, e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta o agravante, em resumo, que o C. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, uma vez configurados os requisitos necessários, ainda que de forma mínima, o processo deve ser examinado; o excesso de formalismo não pode ser admitido; a extinção da primeira Ação Rescisória se deu por razões subjetivas da relatoria (fls. 1/8).

É o **relatório**.

Acesso ao Sumário

Conforme já relatado, cuida-se de **Agravo Interno** interposto contra Decisão Monocrática que indeferiu a petição inicial e extinguiu a Ação Rescisória autuada sob nº 2167005-91.2015.8.26.0000, com fundamento nos artigos 330, inciso I, e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Eis a Decisão Monocrática atacada por este Recurso:

"Vistos.

Cuida-se de Ação Rescisória ajuizada por Emilio José Von Zuben contra Polipeças Comercial Ltda., visando à rescisão do v. Acórdão proferido pela C. 28ª Câmara de Direito Privado, que foi parcialmente provido apenas para afastar a revelia (v. fls. 14/19). Fundamenta o pedido nos artigos 485, inciso V, e 488, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Alega o autor, em resumo, que o v. Acórdão rescindendo transitou em julgado no dia 01 de abril de 2014; já havia ajuizado Ação Rescisória, autuada sob nº 2208871-16.2014.8.26.0000, contra o v. Acórdão em causa, mas a I. Relatora, Desembargadora Berenice Marcondes Cesar, julgou extinto o processo sem exame do mérito; houve flagrante cerceamento de defesa no julgamento atacado, que deu provimento ao Apelo por unanimidade de votos; o feito foi julgado no Segundo Grau, mas sem possibilitar a produção de prova; houve supressão de Instância; os julgadores acolheram a tese de que não houve revelia, mas entenderam pela manutenção do decreto de procedência; não há prova de que houve qualquer levantamento; algumas petições comprovam a prestação de serviços advocatícios, mas nada mais; trouxe confissão dos atos temerários praticados pelo seu ex-estagiário e prova das assinaturas falsas em documentos trocados entre as partes (fls. 1/13).

Esta Ação foi distribuída originariamente para o E. Desembargador Azuma Nishi no dia 17 de agosto de 2015, mas houve a alteração da Relatoria, culminando com a remessa para esta Relatora (fls. 339 e 340/341).

É o relatório.

Conforme já relatado, cuida-se de Ação Rescisória ajuizada por Emilio José Von Zuben contra Polipeças Comercial Ltda., visando à rescisão do v. Acórdão proferido pela C. 28ª Câmara de Direito Privado, que foi parcialmente provido apenas para afastar a revelia (v. fls. 14/19). Fundamenta o pedido nos artigos 485, inciso V, e 488, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Ao que se colhe dos autos, Polipeças Comercial Ltda., ora ré, ajuizou Ação de Cobrança contra Emilio José Von Zuben, ora autor, que foi julgada procedente pelo r. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campinas, neste Estado, e posteriormente confirmada em sede de Apelação, nos termos do v. Acórdão de relatoria do E. Desembargador Cesar Lacerda (v. fls. 14/19).

Acesso ao Sumário

Malgrado as alegações do autor, que fundamenta o pedido de rescisão nos artigos 485, inciso V, e 488, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 1973, o caso dos autos está a exigir o indeferimento da petição inicial com a extinção do processo sem resolução do mérito (v. artigos 330, inciso I, e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 2015).

Com efeito, o próprio autor admitiu na petição inicial que já havia ajuizado a Ação Rescisória nº 2208871-16.2014.8.26.0000, cujo objeto era o mesmo v. Acórdão de relatoria do E. Desembargador Cesar Lacerda (v. fls. 14/19). Essa Ação Rescisória, já se viu, teve a petição inicial indeferida nos termos do v. Acórdão de relatoria da E. Desembargadora Berenice Marcondes Cesar, que afastou de forma fundamentada a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973, que "in verbis" estabelece:

'Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;'

Ressalta-se que o autor não interpôs qualquer Recurso contra o sobredito v. Acórdão que, por unanimidade, indeferiu a petição inicial da Ação Rescisória e, conforme consta do 'print' do processo, a mencionada decisão transitou em julgado no dia 21 de julho de 2015.

Eis a íntegra da fundamentação e do dispositivo do v. Acórdão relatado pela E. Desembargadora Berenice Marcondes Cesar, julgado pelo C. 14º Grupo de Câmaras deste E. Tribunal, integrado inclusive por esta Magistrada, no dia 16 de junho de 2015:

Trata-se de ação rescisória de v. acórdão que, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Autor, apenas para afastar os efeitos da revelia, mantendo integralmente

Acesso ao Sumário

a r. sentença de procedência por outros fundamentos.

Conforme é sabido, para o ajuizamento da ação rescisória, exige-se o preenchimento dos requisitos processuais comuns a qualquer ação, como as condições da ação e os pressupostos processuais genéricos, bem como de alguns requisitos específicos indispensáveis, quais sejam: a existência de uma decisão de mérito transitada em julgado, a configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade taxativamente previstos no art. 485 do CPC e a não incidência do prazo decadêncial de dois anos.

Na hipótese dos autos, o Autor fundamentou a presente demanda no inciso V do art. 485 do CPC (-*'violar disposição literal de lei'*-), o que autorizaria, em tese, a rescisão do julgado.

Pois bem. No que atina aos fatos da demanda, pode-se extrair que o Autor ajuizou ação de cobrança, fundada em contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado com o advogado-Réu, requerendo, em síntese, a condenação deste ao pagamento de valores que teriam sido supostamente levantados, de maneira indevida, em ação autônoma, em montante a ser apurado em liquidação de sentença (e-fls. 20/24).

Após o regular trâmite do processo, o MM. Juiz 'a quo' houve por bem julgar procedente o pedido inicial da demanda, reconhecendo, nesse passo, a revelia do Réu diante da apresentação intempestiva da contestação (e-fls. 92/93), motivando a interposição de recurso de apelação pelo Réu (e-fls. 126/134).

O julgamento do aludido recurso de apelação foi realizado pela C. 28ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, sob a relatoria do Exmo. Des. Cesar Lacerda (e-fls. 165/169), tendo sido dado parcial provimento ao recurso, apenas para afastar os efeitos da revelia, ficando mantida a r. sentença por outros fundamentos. Ato seguinte, ainda houve julgamento de embargos de declaração opostos pelo Réu (e-fls. 173/177), os quais foram rejeitados por este E. Tribunal (e-fls. 185/187).

Constou do referido v. acórdão ora rescindendo o fato de que, muito embora a contestação apresentada tenha sido tempestiva, tomando de rigor o afastamento dos efeitos da revelia, o Réu não teria logrado êxito em comprovar as suas alegações de defesa, sobretudo o suposto repasse dos valores cobrados à Autora, como era seu ônus, a teor do art. 333, II, do CPC, consubstanciando-se tais alegações em meras afirmações unilaterais, desprovidas de apoio no acervo probatório documental dos autos e, portanto, de pouca valia ao deslinde da causa.

Não haveria, portanto, que se falar em anulação da r. sentença apelada para a realização de instrução do feito, em vista da insuficiência da peça de defesa e da ausência de elementos de prova documental que deveriam ter sido apresentados pelo Réu, possibilitando, por conseguinte, o julgamento de mérito da demanda com fulcro no art. 333 do CPC, com a procedência do pedido inicial, ainda que afastada a revelia na espécie.

Acesso ao Sumário

Veja-se, por oportuno, trecho da fundamentação do aludido v. acórdão (e-fl. 167):

'*De fato, o demandado apena se limitou a alegar que seu estagiário, Daniel, teria agido sem sua supervisão e entabulado acordos e feito levantamentos de depósitos judiciais, mas deixou de apresentar qualquer documento que demonstrasse o repasse dos valores à autora, como era seu ônus, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil.*'

Ora, observa-se não ter havido qualquer violação a dispositivos de lei, na medida em que o v. acórdão rescindendo foi claro ao concluir pela ausência de comprovação das alegações de defesa, consistente em alegações unilaterais e de pouca verossimilhança à hipótese dos autos, diante da ausência de acervo probatório documental nesse sentido, tendo, por consequência, mantido o julgamento de procedência da demanda, ainda que por outros fundamentos (ônus de prova).

Busca o Autor, na verdade, utilizar-se da via processual da ação rescisória como um novo expediente recursal, a título de impugnação do v. acórdão rescindendo, o que não encontra cabimento no sistema jurídico pátrio, devendo-se anotar, nesse passo, que a mera insatisfação da parte com o entendimento jurídico adotado pelo r. *decisum* não tem o condão de desconstituir a coisa julgada material, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Nessa linha de raciocínio, não se vislumbrando qualquer infração a dispositivo legal na hipótese dos autos, torna-se de rigor reconhecer, nesse ponto, a falta de interesse de agir do Autor na espécie, sob o prisma da *inutilidade* da presente demanda.

Em síntese, não demonstrada a presença de quaisquer das hipóteses autorizadoras do ajuizamento da ação rescisória, tem-se como patente a falta de interesse de agir do Autor na espécie, o que impõe o indeferimento de plano da petição inicial e o consequente julgamento de extinção, sem resolução do mérito, da ação, a teor dos arts. 267, VI, 295, III, e 490, I, ambos do CPC.

Ante o exposto, **INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL e, por consequência, JULGO EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, a presente ação rescisória**, com fundamento nos artigos 267, VI, 295, III, e 490, I, do Código de Processo Civil. Custas e despesas processuais pelo Autor, observado o disposto nos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50, por se tratar de beneficiário da justiça gratuita.

Berenice Marcondes Cesar

Relatora

Por fim, impõe-se observar ainda que o artigo 486, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 (antigo artigo 268, *'caput', do Código de Processo Civil de 1973), prevê a possibilidade de propositura de nova ação nos casos de indeferimento da petição inicial, mas condiciona essa*

Acesso ao Sumário

hipótese à 'correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito'.

Ocorre que o autor limitou-se a reproduzir na petição inicial desta Ação os mesmo argumentos que fundamentaram o pedido rescisório já examinado pelo C. 14º Grupo de Câmaras. Essa circunstância, somada ao fato de que o v. Acórdão não foi objeto de Recurso, impede o reexame da matéria.

Assim, considerando que os argumentos utilizados pelo autor para justificar este pedido rescisório foram todos afastados em pedido rescisório anterior por ele ajuizado (v. Ação Rescisória nº 2208871-16.2014.8.26.0000), de rigor o indeferimento da inicial com a extinção do processo sem o exame do mérito.

A propósito, veja-se o r. Julgado:

2185798-78.2015.8.26.0000 Ação Rescisória/Compra e Venda

Relator(a): Gilberto Leme

Comarca: Sorocaba

Órgão julgador: 18º Grupo de Câmaras de Direito Privado

Data do julgamento: 02/06/2016

Data de registro: 06/06/2016

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. REPRODUÇÃO DE AÇÃO ANTERIOR, CUJO PROCESSO FOI JULGADO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DE AÇÃO IDÊNTICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 268 DO CPC. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. Anterior ajuizamento de ação idêntica para rescindir acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento interposto a decisão interlocutória. Indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir. Nova demanda ajuizada entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, sem o preenchimento das condições da ação. Inadmissibilidade. Extinção do processo sem resolução do mérito pelo indeferimento da petição inicial (art. 267, inciso I, do CPC).

'No caso, a ré confessou a intermediação e que ficou combinado que do valor do imóvel seria descontada a comissão. O cheque emitido pelo comprador foi entregue a ela e retido até a concretização do negócio (fl. 185).

O comprador afirmou que a comissão era por conta da ré e que o preço era de R$ 1.054.000,00 ou R$ 1.060.000,00, mas com o financiamento deu em torno de R$ 1.120.000,00 (fls. 186/187).

O coordenador de vendas da ré afirmou que a comissão seria paga pelo comprador, mas confirmou que o imóvel foi negociado por R$ 1.060.000,00 e sem a comissão o preço ficou em R$ 1.007.000,00 (fls.

Acesso ao Sumário

188/189).' ('sic', fl. 357).

Diante do exposto, indefere-se a inicial e julga-se extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento artigos 330, inciso I, e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, arcando o autor com o pagamento das custas e as despesas processuais.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT

Relatora"

Malgrado todo o esforço do agravante, o Recurso não comporta provimento.

Com efeito, tal como já observado da Decisão Monocrática atacada, o autor já havia ajuizado anterior Ação Rescisória, com os mesmos fundamentos e alegações reproduzidas na petição inicial deduzida nas fls. 1/13, de modo que o único desfecho possível para o caso sob exame era mesmo o indeferimento da inicial com a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos dos artigos 330, inciso I, e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalta-se que não se trata de mero excesso de formalismo, pois a Ação Rescisória é medida excepcional e, por isso mesmo, seu cabimento fica condicionado ao enquadramento das hipóteses legais e ao prazo decadencial de dois (2) anos previsto no artigo 975 do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, sem razão também o agravante no que tange à alegação de que a extinção da primeira Ação Rescisória se deu por razões subjetivas da E. Relatora, pois, conforme constou da Decisão Monocrática recorrida, o caso foi examinado de forma exauriente pela E. Turma do C. 14º de Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado.

Assim, considerando que não ficou configurada nenhuma das hipóteses do artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015, e considerando ainda que os argumentos utilizados pelo autor para justificar este pedido rescisório foram todos afastados em pedido rescisório anterior por ele ajuizado (v. Ação Rescisória nº 2208871-16.2014.8.26.0000), de rigor a rejeição do Recurso.

A propósito, eis a Jurisprudência:

2185798-78.2015.8.26.0000 Ação Rescisória/Compra e Venda

Relator(a): Gilberto Leme

Comarca: Sorocaba

Órgão julgador: 18º Grupo de Câmaras de Direito Privado

Data do julgamento: 02/06/2016

Data de registro: 06/06/2016

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. REPRODUÇÃO DE AÇÃO ANTERIOR, CUJO PROCESSO FOI JULGADO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE

Acesso ao Sumário

REPETIÇÃO DE AÇÃO IDÊNTICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 268 DO CPC. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. Anterior ajuizamento de ação idêntica para rescindir acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento interposto a decisão interlocutória. Indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir. Nova demanda ajuizada entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, sem o preenchimento das condições da ação. Inadmissibilidade. Extinção do processo sem resolução do mérito pelo indeferimento da petição inicial (art. 267, inciso I, do CPC).

0014187-96.2012.8.26.0000 Ação Rescisória/Indenização por Dano Moral

Relator(a): Carlos Alberto Garbi

Comarca: Pirassununga

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 03/02/2012

Data de registro: 08/02/2012

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DO DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA DO ART. 488, INC. II, DO CPC. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. CONDIÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, CAPUT, DO CPC. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AÇAO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 485, DO CPC. CARÊNCIA DE AÇÃO. 1. O autor não efetuou o depósito prévio previsto no art. 488, inc. II, do CPC. O autor não pediu justiça gratuita e não há como se presumir a miserabilidade jurídica porquanto ausente a declaração de pobreza. O autor litigou na ação cuja sentença busca rescindir sem a benesse. Indeferimento da inicial (art. 490, inc. II, do CPC). 2. Comprovação do trânsito em julgado da sentença rescindenda. Ausência. Condição da ação rescisória (art. 485, caput, do CPC). Indeferimento da inicial. 3. Alegação de ofensa à coisa julgada (inc. IV, do art. 485), violação a literal dispositivo de lei (inc. V), prova falsa (inc. VI) e erro de fato (inc. IX). Não caracterização. O mérito da improcedência do pedido é matéria de fato, contra a qual não cabe ação rescisória. 4. Irresignação do autor quanto à injustiça da decisão. Não cabe ação rescisória para o reexame de provas ou para a complementação da instrução. Carência de ação. Indeferimento da inicial e extinção do processo sem resolução do mérito.

0004032-68.2011.8.26.0000 Feito não especificado/Espécies de Sociedades

Comarca: Comarca não informada

Órgão julgador: 5º Grupo de Direito Privado

Data do julgamento: 31/01/2011

Acesso ao Sumário

Data de registro: 02/03/2011

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Acórdão proferido em recurso de agravo de instrumento - Decisão interlocutória - Descabimento, por não se tratar de decisão de mérito (art. 485, caput, CPC) - Ausência, ademais, de comprovação do trânsito em julgado do acórdão - Por fim, autor que não fundamenta suas razões de acordo com os permissivos do artigo 485 do CPC - Petição inicial indeferida - Processo extinto sem julgamento do mérito. Extingue-se o processo sem o julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, I, do Código de Processo Civil.

0298694-40.2011.8.26.0000 Ação Rescisória/Pessoas naturais

Relator(a): James Siano

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 09/12/2011

Data de registro: 18/01/2012

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. Impugnação à sentença de interdição. Inadmissibilidade. Ausência de trânsito em julgado material. Interdição pode ser levantada a qualquer tempo, inclusive a pedido do interditado, desde que cessada a causa que a determinou. Inteligência do art. 1.186 do CPC. Inexistência de interesse de agir. Ação rescisória não conhecida.

Impõe-se, pois, a manutenção da Decisão Monocrática agravada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0702582-54.2012.8.26.0666, da Comarca de Artur Nogueira, em que é apelante LUIZA FILIPPINI (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado CLINESP - CLÍNICA ESPECIALIZADA DE ARTUR NOGUEIRA.

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 36.346)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA

CUNHA (Presidente sem voto), HAMID BDINE e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Criança que sofrera queimadura em bebedouro de clínica médica, pois o equipamento estava regulado para servir água quente. Bebedouros, observado o aspecto costumeiro, limitam-se a duas temperaturas natural/gelada. Criança que se dirigira sozinha para se servir da água, o que também configura falta de atenção do responsável. Ré não observara os cuidados necessários. Queimadura, além do sofrimento físico, também gerara angústia e desgosto. Relação de consumo presente. Danos morais configurados. Verba reparatória ora fixada observou o equilíbrio e as peculiaridades da demanda. Apelo provido em parte.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente com base na r. sentença de págs. 115/116, que julgou improcedente ação de indenização por danos morais envolvendo menor que, em decorrência de água quente em bebedouro de clínica médica, sofrera queimadura.

Alega a apelante que há responsabilidade objetiva no caso em exame, bastando a ocorrência do fato para imputar à ré a responsabilidade. A seguir dá ênfase à teoria do risco, com transcrição de trecho doutrinário e ementas de acórdãos, além de mencionar textos legais. Por último requer o provimento do apelo, para que a ação seja julgada procedente.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, além de destacar que a queimadura sofrida não deixara danos estéticos e nem traumas, págs. 131/137.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece reforma.

Versam os autos sobre ação de indenização por danos morais, em decorrência de queimaduras nos dedos da mão sofridas pela apelante quando foi pegar água no bebedouro situado em sala de espera de clínica médica.

O laudo médico de pág. 16 fez constar o atendimento da paciente, que sofrera queimadura de primeiro grau no terceiro e quarto dedos da mão esquerda, sendo, inclusive, receitada a medicação que consta a pág. 17.

Acesso ao Sumário

Assim, o ocorrido se dera também por descuido da pessoa responsável pela criança no local, que se dirigira sozinha ao bebedouro, o qual estava posicionado para saída de água quente, todavia, também é notória a inobservância dos cuidados necessários por parte da apelada, haja vista que os bebedouros, em geral, possuem saída de água em duas temperaturas: a gelada e a natural, sendo atípica a saída de água quente.

Desta forma, apesar da criança ter se dirigido sozinha ao bebedouro, o que caracteriza que a mãe também não prestara atenção ao comportamento da menor, não se imaginava, em regular situação, que um bebedouro pudesse servir água quente.

Na hipótese, a relação de consumo é notória, portanto, caberia à apelada proporcionar aos frequentadores da clínica o conforto e a segurança pertinentes, o que também não ocorreu no caso em exame, contribuindo, assim, para a queimadura nos dedos da criança, mesmo que de forma superficial, o que ocasiona dores físicas, além da angústia e desgosto decorrentes da situação adversa.

Destarte, mesmo a apelada apresentando as características técnicas do bebedouro, deveria levar em consideração que a água quente no local poderia originar as adversidades na higidez de quem fosse se servir do equipamento.

Nesse contexto, os danos morais estão caracterizados, por conseguinte, a verba reparatória, ora fixada em R$3.000,00, apresenta-se adequada, pois afasta o enriquecimento sem causa em relação à autora, que, inclusive, é beneficiária de gratuidade de justiça, pág. 37, bem como tem finalidade pedagógica, para que a ré não reitere no comportamento irregular.

Segundo escólio de José Osório de Azevedo Jr.:

"*O valor da indenização deve ser razoavelmente expressivo. Não deve ser simbólico, como já aconteceu em outros tempos (indenização de um franco). Deve pesar sobre o bolso do ofensor como um fator de desestímulo a fim de que não reincida na ofensa. Mas deve, igualmente, haver comedimento, para que o nobre instituto não seja desvirtuado em mera fonte de enriquecimento*." (O Dano moral e sua avaliação. Revista do Advogado 49. Dezembro de 1996).

Entendimento este que vem corroborado pela jurisprudência: "*O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora 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*

Acesso ao Sumário

de cada caso." (REsp 259.816/RJ; Recurso Especial 2000/0049645-6. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. J. 22.08.2000).

"*A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima. Recurso especial parcialmente provido.*" (REsp 521.434/TO; Recurso Especial 2003/0060149-0. Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. J. 04.04.2006).

Registre-se que deverá incidir correção monetária a partir do arbitramento, além de juros moratórios desde a data do evento danoso, a teor das Súmulas 362 e 54 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, em decorrência do desfecho da demanda, condena-se o polo passivo no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00, ante o trabalho realizado pelo titular da capacidade postulatória que representa o polo ativo, configurando, assim, remuneração condizente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011007-63.2014.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DELZUITA CONCEIÇÃO BORGES (JUSTIÇA GRATUITA) e RAFAEL BORGES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A e ALLIANZ SEGUROS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.891)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Apelação - Indenização por dano moral e material - Vítima fatal de descarga por fio de alta tensão em razão da queda de cabo eletrificado - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos

Acesso ao Sumário

causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços - consumidor por equiparação, ou *bystander*, assim considerada a coletividade (artigo 2º do CDC), inexistindo a necessidade de prática de ato de consumo - É de responsabilidade da concessionária a adoção de providências para viabilizar o adequado e seguro fornecimento de energia elétrica - Relação afetiva e conjugal entre as partes demonstrada - Dano moral configurado - Pensão mensal - Inexistência de prova da dependência econômica - Condenação da ré e da denunciada ao pagamento das indenizações, de forma solidária, até o limite do valor contratado - Inteligência da Súmula 537 do STJ - Sentença reformada - Recurso a que se dá parcial provimento.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou improcedente o pedido em ação de reparação de danos ajuizada por DELZUITA CONCEIÇÃO BORGES e RAFAEL BORGES em face de ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A. e da denunciada, ALLIANZ SEGUROS S.A.

Apelam os autores alegando, em resumo: a) responsabilidade objetiva da ré; b) ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor e; c) o evento morte ocorreu em razão da queda do cabo energizado. Requer a procedência do pedido.

Recurso recebido (fl.466) e contrarrazoado (fls.468/475 e 476/483).

A 30ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou a redistribuição. (fls.487/490)

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl.496).

É o relatório.

2. A pretensão recursal merece parcial colhimento.

DELZUITA CONCEIÇÃO BORGES e RAFAEL BORGES ajuizaram ação de reparação de danos em face da ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A., em razão da morte de ANTONIO BISPO DOS SANTOS, respectivamente, companheiro e padrasto dos autores, por descarga elétrica, em 01 de dezembro/2013.

Estabelece o artigo 14 do Código de Proteção ao Consumidor:

"***O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos***

Acesso ao Sumário

consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos"

Estabelece o mesmo código no seu § 1º, ser o serviço defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de fornecimento e o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam.

A ré tem responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes de suas atividades, que acarretam, por sua natureza, risco a terceiros (CC 926, parágrafo único), e também porque é pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviço público de energia elétrica (CF, 21 XII "b"; 37 § 6º).

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente o inciso I do artigo 6º da Lei nº 8.078/90 a segurança é um direito básico 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***".

Segundo as normas contidas nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, basta a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o dano para que surja a responsabilidade civil do fornecedor.

É responsabilidade da concessionária a adoção das providências necessárias ao fornecimento de energia com segurança à população.

O 17 do CDC, que regulamenta a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, estabelece: "Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

Trata-se de consumidor por equiparação, ou ***bystander***, assim considerada a coletividade (artigo 2º do CDC), inexistindo a necessidade de prática de ato de consumo de forma direta para que ocorra a incidência da norma de consumo.

Embora o falecido tenha tentado, sem conhecimento técnico, minimizar eventual risco aos transeuntes, a vítima não contribuiu para a queda do cabo energizado, configurada, portanto, a má prestação do serviço por parte da ré.

É de responsabilidade da concessionária a adoção de providências para viabilizar o adequado e seguro fornecimento de energia elétrica, o que não ocorreu neste caso concreto, com a queda da fiação.

Era dever da ré, na condição de fornecedora de energia elétrica, fiscalizar periodicamente as instalações e verificar se elas estão em condições adequadas, de modo a minimizar os riscos à população, e evitar evento deste tipo, que resulta em morte.

Observe-se que a testemunha EVERALDO VIEIRA DA SILVA (fl.385), afirmou em audiência: "***depois de quatro dias do óbito, outro fio voltou a cair***". A testemunha CISÇA SILVA DE MORAIS, disse: "Os fios sempre caem,

Acesso ao Sumário

mas a Eletropaulo é acionada, vem e arruma. Não se recorda, mas fazia bastante tempo que a Eletropaulo não aparecia no local para fazer manutenção...a Eletropaulo foi chamada e consertou. A Eletropaulo só vai ao condomínio quando é chamada e não faz prevenção". (fl. 387)

A ELETROPAULO não demonstrou que o acidente ocorreu por motivo de força maior ou culpa exclusiva da vítima, devendo, por isso, responder pelo dano, e apenas a culpa exclusiva do consumidor eximiria a ré da responsabilidade pelo evento, circunstância não verificada no caso concreto.

A testemunha da ré, LUIZ CARLOS, afirmou: "O rompimento do fio , pela experiência que possui, ocorreu por linha de pipa. O cabo estava todo picotado e tinha linha de pipa e rabiola enrolados no cabo".

Ainda que o cabo tenha "***sido serrilhado por linha de pipa com cerol***", como também afirmou o funcionário da ré, CLODOALDO, em audiência (fl.391), esta circunstância não afasta responsabilidade da ré. Primeiro, porque não há nenhuma prova desta circunstância, e o dever de verificação preventiva da rede elétrica compete à concessionária.

Embora, numa primeira análise, possa se imaginar a existência de culpa concorrente, em razão do falecido retirar os cabos energizados do local, a prova testemunhal informou que a iniciativa ocorreu pelo fato do coautor estar no interior do veículo sobre o qual caiu a fiação, e para evitar que outras pessoas fossem atingidas, em razão da existência de crianças no local e demora da ELETROPAULO em atender ao chamado. (conferir fl.385/388)

Reconhecida a culpa da ré pelo evento, passo à análise da pretensão indenizatória.

O vínculo afetivo entre os autores e o falecido ficou evidenciado pela oitiva das testemunhas, afirmando EMÍLIA LUCCIERI ASSUMPÇÃO "***Não sabia que Rafael não era filho (biológico) do falecido***" (fl.389). Existia, portanto, relação entre o falecido e o coautor RAFAEL, semelhante à de pai e filho.

Por outro lado, nenhuma prova foi produzida visando afastar a relação conjugal entre o falecido e a corré DELZUITA, e a prova oral revelou o convívio entre as partes como marido e mulher.

Acesso ao Sumário

Na fixação do dano moral já se decidiu que o juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Nas lições de Yussef Said Cahali, "***Parece mais razoável [.....] caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na***

vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.). Ou, como assinala Carlos Bittar, 'qualificam- se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)" (Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p.20).

Dessa forma, percebe-se que dano moral é o prejuízo que efetivamente abala o ânimo psíquico, moral e intelectual do ser humano, que causa um desconforto comportamental passível de caracterizar ofensa à honra.

Vale ressaltar que neste caso concreto o dano é considerado ***in re ipsa***, não sendo necessária a demonstração de efetivo prejuízo para sua caracterização.

Ensina Sergio Cavaliere Filho que "***o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral*** à ***guisa de um presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum***." (Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., Ed. Atlas, pág. 90).

Não resta, portanto, qualquer dúvida quanto à ocorrência do dano moral.

Na fixação do dano moral já se decidiu que o juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Fixo, assim, a indenização por danos morais, em R$ 100.000,00 para cada um dos autores, com correção monetária e juros legais desde a data do evento.

Quanto à indenização mensal, a pretensão da coautora não merece acolhimento.

O acolhimento deste pedido exige a demonstração da dependência econômica, circunstância não evidenciada. A coautora desempenha a atividade de doméstica, conforme registro em Carteira de Trabalho, desde 1994 (fls.16/17), não se justificando, portanto, a pensão pretendida.

Acesso ao Sumário

Diz a Súmula 537 do Superior Tribunal de Justiça:

"Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice".

3. Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para **CONDENAR** a ré, ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAUO S.A. e a denunciada, ALLIANZ SEGUROS S.A., ao pagamento de indenização aos autores, nos termos da fundamentação, de forma solidária até o limite do contrato - respeitada a franquia obrigatória -, respondendo a ELETROPAULO, em caso de insuficiência do valor contratado, pelo remanescente.

Por força do princípio da sucumbência, condeno a ré, ELETROPAULO, ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários ao advogado dos autores, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, devidamente atualizado.

Deixo de condenar a denunciada ao pagamento de sucumbência, pois não houve resistência à pretensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018991-63.2012.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que são apelantes JOSÉ DA GRAÇA (ESPÓLIO) e PIEDADE DA GRAÇA PEREIRA (INVENTARIANTE), são apelados SERGIO APARECIDO LOBO (JUSTIÇA GRATUITA) e ANA LUCIA NEVES LOBO (ASSISTENTE).

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 21.830)**

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

São Paulo, 13 de junho de 2017.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: <u>USUCAPIÃO</u> - Posse em virtude de alegada compra e venda, na década de 1960, do corréu, ora falecido - Aquisição não demonstrada, mas a

posse longeva sim - Réus que jamais negaram a alienação - Sentença de procedência - Apelo daqueles - Cerceamento de defesa – Inocorrência - Se o juiz não defere prazo para apresentar contestação, todavia recebe e admite as petições subsequentes dos réus, avaliando seus argumentos na fundamentação da sentença, não há prejuízo, nem cerceamento - Falta de citação dos confinantes - art. 942 CPC/73 Providência que não é necessária quando a área usucapienda se encontra "encravada" dentro de um único imóvel pertencente aos réus - Fato admitido por estes, quando alegaram serem proprietários das áreas confinantes, de modo a não haver nenhum terceiro a ser adicionalmente citado - Presentes os requisitos da usucapião, de rigor a procedência - Recurso desprovido.

VOTO

1. Ao relatório constante da sentença de fls. 337/343 acrescento que esta julgou procedente ação de usucapião movida por Sergio Aparecido Lobo e outra em face de Espólios de José da Graça e outra.

Inconformados, apelam os réus (na pessoa da inventariante de ambos os espólios, Piedade da Graça Pereira) às fls. 349/360, arguindo que a planta juntada pelos autores não satisfaz o artigo 942 do Código de Processo Civil/73, "pois refere-se apenas a edificação da área existente no local" (fls. 350, 39), conforme afirmado pelo próprio oficial do CRI. Chamam atenção ao fato de que as testemunhas dos autores são amigos íntimos deles, já que declararam conhecê-los desde a infância. Alegam ter havido cerceamento de defesa, na medida em que o juízo, num primeiro momento, recusou a habilitação de Piedade no feito, reputando não comprovada a qualidade de inventariante dos espólios, e posteriormente, quando demonstrado tal status, indeferiu a abertura de prazo para contestação em virtude desta já ter peticionado anteriormente nos autos. Questionam também o memorial descritivo realizado após a solicitação do CRI, por não conter "protocolo do Departamento de Obras da Prefeitura Municipal", e não indicar os logradouros dos lotes vizinhos, impossibilitando certificar-se acerca da confinância (fl. 351). Impugnam a falta de indicação, no memorial, dos materiais utilizados na construção, do fato de ter havido edificação prévia, que foi demolida, bem como a ausência de informação acerca de recolhimento do INSS dos pedreiros que lá trabalharam. Informam que, segundo o cadastro da Prefeitura de Echaporã, o falecido pai da requerente (e seu antecessor na posse) era adquirente de dois imóveis distintos (nos de ordem 252 e 253), e

Acesso ao Sumário

que, portanto, a área usucapienda compreende estes dois prédios. Argumentam, ademais, que o fato de o falecido pai da autora ser proprietário de ao menos algum outro imóvel (conforme se infere da certidão de óbito) impede a usucapião (artigo 183 da Constituição Federal). Aduzem também que a área delineada no memorial descritivo compreende, além dos dois lotes já informados, "um terceiro lote sem construir localizado ao lado direito da propriedade", fato "não informado" ao Juízo e que revela outra ocupação irregular (fl. 352). Alegam que nosso ordenamento não permite a "usucapião de 3 (três) propriedades distintas" (fl. 352), totalizando 647,10 m2. Afirmam que a juventude da visita técnica (25.01.2013), aliada ao fato de a construção ser recente (fls. 266/273), é conflitante com a alegada posse longeva dos autores. Reiteram os alegados vícios na planta e no memorial descritivo feito após a solicitação do CRI, e que o fato de estes laudos serem recentes (2005 e 2013) é incompatível com a data de início da posse alegada pelos autores. Defendem a ilegitimidade passiva de Paulo Sergio Lima, Maria Emídia Almeida e Maria Pereira da Silva, que foram citados como confrontantes para a presente ação, haja vista que o CRI declarou (fl. 78) não constar qualquer matrícula no nome deles. Informam que, embora o juízo tenha determinado juntar certidão acerca de quem seriam os confrontantes, tal comando não foi obedecido, nem sequer foi providenciada "qualquer certidão cartorária apta a atestar a inexistência de registro dos referidos imóveis, outrossim, encontram-se estes lotes registrados no cartório de Imóveis de Assis em nome de JOSÉ DA GRAÇA e CARLOTA ABOLIS [réus]" (fl. 355). Argumentam que a citação de confrontantes é exigência legal, e tem grande importância prática para evitar invasões em terrenos contíguos. Questionam os depoimentos das testemunhas do autor (que são também os três possuidores citados como confrontantes), pois nada demonstra serem eles os proprietários das áreas que ocupam. Além disso, arguem imprecisões nos depoimentos, como por exemplo, o fato de Maria Emídia dizer que comprou o terreno a "um pessoal" e que "não recorda o numero de seu lote" (fls. 355, 295), ou que Maria Pereira diga que "não sabe dizer de quem comprou, não sabe dizer se tem escritura" (fl. 356, 296), ou ainda que Paulo Sérgio tenha dito que mora no local, embora haja registro na JUCESP de residência em endereço distinto, "onde desenvolve também atividade de comércio" (fl. 358). Defendem que os autores têm recursos para bancar o processo, tanto que "arcaram com despesas de diligências do patrono com viagem até São Paulo", para pedir ao juízo do inventário dos réus que nomeasse administrador provisório. Com a improcedência da ação, pedem (i) seja revogada a gratuidade concedida aos autores, (ii) sejam eles condenados por litigância de má-fé, (iii) nas custas e despesas processuais e nas "despesas gastas com viagem e hospedagem (sic) dos apelantes", (iv) "sejam condenados pelo uso da terra", (v) seja fixado prazo de 30 dias para desocupação da área, pena de multa diária, e (vi) seja

Acesso ao Sumário

expedido "ofício a Prefeitura e Alvará para regularização dos imóveis junto aos Órgãos Públicos Competentes" (fl. 360).

Recurso devidamente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 394/398, com prequestionamento do artigo 1.238 do Código Civil e pedido de condenação dos réus por litigância de má-fé.

2. De início, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, fundada no despacho pelo qual o Juízo indeferiu "o pedido de prazo para oferecimento de contestação" (fl. 219).

Isso porque, a despeito desta decisão, os réus (que já haviam anteriormente peticionado nos autos, requerendo "A improcedência do pedido de usucapião, e extinção do processo"; fls. 114/118) protocolaram nova peça (fls. 244/247), onde expuseram argumentos para a improcedência da ação, e tiveram ainda a chance de apresentar alegações finais, antes do sentenciamento (fls. 309/319).

Tais argumentos, por sinal, foram expressamente avaliados e enfrentados pelo douto julgador, em sua fundamentação (especialmente à fl. 342).

Não havendo, portanto, qualquer prejuízo na negativa formal de prazo para contestação (acompanhada do efetivo exame da argumentação expedida pelos réus), não há nulidade a ser declarada.

No mérito, nada há no recurso que justifique a reforma da r. sentença.

A versão da exordial é que o espaço usucapiendo "foi adquirido [do réu] nos anos de 1960" (fl. 3), pelo pai da autora, para habitação própria e de sua família - que continuou inclusive após a autora ter se casado com o autor (23.12.1989, fl. 13), ocasião em que ambos teriam estabelecido seu novo núcleo familiar na mesma residência.

Embora não haja demonstração escrita da alegada compra e venda, os autores lograram demonstrar sua posse mediante diversos comprovantes de pagamento do IPTU, abrangendo o período de 1995 a 2012 (fls. 19/29), e inclusive mediante relatório de controle interno da Prefeitura Municipal sobre tal imposto, quanto aos anos de 1974 e 1975, onde consta que o titular registral seria José da Graça (corréu e alegado alienante), mas "Comp[rador]: - José Pereira Neves" (fls. 30/31) - documento que não foi impugnado pelos réus.

Além disso, nas diversas ocasiões em que se manifestaram nos autos (v.g. fls. 114/118, 224, 244/247, 309/319), jamais negaram tal negociação, limitando-se, no mérito, a alegar a ausência de demonstração do exercício da posse e outras supostas deficiências no preenchimento dos requisitos legais à ação de usucapião.

Também é de se ter em conta que, após uma primeira manifestação negativa por parte do CRI, no sentido de que "A planta juntada às fls. 32, não serve para instruir a presente ação, pois refere-se apenas a edificação da área existente no local" (fl. 39), os autores providenciaram a execução de nova planta

Acesso ao Sumário

e memorial descritivo (fls. 46/48), que desta vez foram julgados "aptos a instruir a presente ação" (fl. 82) pelo mesmo Registro.

Talvez o único ponto que pudesse gerar dúvida é o respeitante à ausência de citação dos proprietários dos imóveis confinantes.

É que, embora os 3 ocupantes das áreas contíguas à usucapienda (assim listados na planta de fl. 46) tenham sim sido citados - e também deposto como testemunhas -, fato é que eles não são os titulares indicados nas matrículas de tais áreas - como se deduz do fato de que "não há [quaisquer] registros de imóveis em [seus] nome[s] (...). Neste caso, é provável que estes não possuam títulos aquisitivos registrados" (manifestação do CRI, fl. 82).

E, por outro lado, é certo que o artigo 942 do Código de Processo Civil/73 exigia "a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes".

Ocorre, porém, que esta regra é pensada para proteger os interesses de terceiros vizinhos, que poderiam ter parcelas de seus próprios bens abrangidas no pleito de usucapião. No presente caso, contudo, não há vulneração a interesses desta espécie.

Por primeiro, porque tudo indica que a área usucapienda está inteiramente contida num único imóvel, como uma parcela deste, que não tangencia suas extremidades (está, portanto, "encravada"). A isto nada obsta porquanto, embora seja impossível ser dono de uma parte de imóvel sem sê-lo do todo, é todavia perfeitamente possível ter posse sobre uma fração menor que o todo (v.g. possuir, como locatário, apenas um quarto de uma casa).

E tal circunstância se depreende - embora com pouca clareza, é mister reconhecer - da declaração prestada pelo Registrador:

> "O imóvel usucapiendo está situado na Rua Rio Grande do Sul, cadastrado na Prefeitura Municipal de Echaporã como setor 05, quadra 018, partes dos lotes 10 e 11.
>
> Conforme buscas realizadas nesta serventia, verificamos que alguns lotes situados na quadra n.º 18 são originários da Transcrição n.º 12.503, do livro 3- II, de propriedade de José da Graça.
>
> Reiterando as informações prestadas na manifestação de fls. 38/39, o imóvel objeto da Transcrição n.º 12.503 do livro 3-II possuía uma área inicial de 96,80 hectares e foi objeto de diversos destaques e transmissões, sem ter sido objeto de desmembramento ou loteamento regularmente inscrito nesta serventia, sendo que os lotes remanescentes estão inseridos em área maior, sem qualquer descrição.
>
> Quanto à confrontação, não localizamos registros dos lotes informados no levantamento de fls. 46, bem como não há registros de imóveis em nome de Paulo Sergio Lima, Maria Emidia Almeida e Maria Pereira da Silva, os quais foram indicados como proprietários dos lotes

Acesso ao Sumário

confrontantes. Neste caso, é provável que estes não possuam títulos aquisitivos registrados.

A planta e o memorial descritivo do imóvel foram juntados às fls. 46 e 48, e estão aptos a instruir a presente ação.

A ART-Anotação de Responsabilidade Técnica do profissional que efetuou o levantamento foi juntada às fls. 47.

(...) E ainda, por tratar-se de usucapião são necessárias as citações do real proprietário do imóvel usucapiendo, seus herdeiros ou sucessores, bem como dos proprietários dos imóveis confrontantes." (fl. 82)

Em segundo lugar, reputo aqui despicienda a citação de proprietários de outros imóveis eventualmente confinantes, pois consta da própria apelação a alegação de que "encontram-se estes lotes [os confinantes] registrados no cartório de Imóveis de Assis em nome de JOSÉ DA GRAÇA e CARLOTA ABOLIS [os réus]" (fl. 355).

Ora, se com isso os apelantes quiseram dizer que a área usucapienda se estende sobre área de outras matrículas - e se for verdadeira a alegação -, então os proprietários dos imóveis adjacentes seriam os próprios réus desta ação, sendo, portanto, desnecessário citar qualquer outra pessoa, que não eles próprios.

Assim exposta a questão, a procedência da ação é manifesta, restando apenas mostrar o erro de alguns argumentos específicos do apelo.

Primeiro, não é necessário à ação de usucapião que o memorial descritivo disponha de "protocolo do Departamento de Obras da Prefeitura Municipal" (fl. 351), muito menos que indique os materiais usados na construção ou o recolhimento do INSS dos empregados que trabalharam na obra.

Segundo, pouco importa que o pai da autora seja proprietário de outros imóveis (aliás, este fato sequer é demonstrado pela expressão "deixa bens a inventariar", constante do respectivo inventário, pois há bens que não são imóveis). Esta ação não se funda na usucapião especial urbana.

Terceiro, irrelevante que a área usucapienda eventualmente compreenda uma pluralidade de lotes (não individualizados), e mesmo de imóveis distintos. A usucapião se origina da posse e, como exposto acima, esta não necessariamente coincide com as linhas do domínio. Nosso ordenamento admite sim, em tese, a usucapião de três propriedades distintas, desde que se exerça posse sobre elas, preenchidos os demais requisitos.

Enfim, os pedidos deduzidos ao final do apelo restam prejudicados pela total procedência da ação.

Mas, por outro lado, não é caso de imputar litigância de má-fé aos réus: eles apenas buscaram defender em juízo seus interesses, sem agir com deslealdade ou malícia.

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006099-56.2015.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante UNIMED DE PRESIDENTE PRUDENTE - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, são apelados EDNA ROSA DE ARAUJO SALVATO (JUST. GRATUITA) (INVENTARIANTE) e LAURINDO SALVATO (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos deram provimento ao recurso, vencido em parte o relator sorteado e o 4º juiz, fará declaração de voto o 2º juiz, acórdão com o relator sorteado.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16/22761)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente), LUIS MARIO GALBETTI, MARY GRÜN, RÔMOLO RUSSO e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 30 de junho de 2017.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Obrigação de fazer - Negativa de cobertura de tratamento quimioterápico pela operadora de plano de saúde - Sentença que condenou a requerida a arcar com os custos do tratamento e a indenizar o autor pelos gastos com advogados - Insurgência da requerida - Incidência do CDC e da Lei nº 9.656/98 à hipótese, independente de o contrato de plano de saúde ter sido celebrado antes da vigência desta legislação - Inteligência da Súmula nº 100 deste Tribunal - Inexistência de cláusula contratual excluindo o tratamento de câncer - Impossibilidade de se restringir, por conseguinte, o método de cura da patologia segurada - Cláusula de exclusão de cobertura de quimioterapia nula - Inteligência do art. 51, §1º, II, do CDC - Recusa de cobertura injusta - Honorários advocatícios contratuais - Relator vencido na Turma Julgadora-declara voto - Prevalece o voto

Acesso ao Sumário

da maioria, manifestado na declaração do Segundo Juiz que integra este Acórdão - Indenização devida - Recurso provido por maioria de votos.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 239/245, que confirmou a tutela antecipada deferida às fls. 37/38 e julgou procedente a ação, ajuizada por Laurindo Salvato em face de Unimed de Presidente Prudente, para condená-la a custear o tratamento de terapia oncológica/sessões de quimioterapia, na forma prescrita pelo médico que assistiu o autor, bem como a lhe pagar a verba honorária contratual, no importe de R$ 5.000,00, com incidência de correção monetária, desde o ajuizamento da ação, e de juros de mora a partir da citação.

A requerida foi condenada, ainda, a arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios de sucumbência fixados em R$ 2.000,00.

Inconformada apela a requerida (fls. 247/260), arguindo a inaplicabilidade da Lei nº 9.656/98, ao caso, por ser o contrato de plano de saúde, celebrado com o autor, anterior a esta lei, o qual, por escolha deste, exigia menor valor de contraprestação e oferecia, em decorrência, menor cobertura. Aduz que foi encaminhada proposta de migração de plano de saúde ao demandante, para que optasse pela adaptação do ajuste contratado à Lei nº 9.656/98, não havendo resposta e, assim, sendo mantido o contrato original que prevê expressa e claramente a exclusão da cobertura para tratamento quimioterápico, cláusula da qual se tomou ciência, conforme atesta declaração assinada de próprio punho, não se podendo falar em ilicitude e abusividade desta disposição. Alega que, nesse contexto, o pedido de custeio do tratamento quimioterápico impõe desequilíbrio contratual e locupletamento ilícito sobre o patrimônio da operadora de plano de saúde, devendo ser observado o princípio do *pacta sunt servanda*, sob pena de inviabilização de sua atividade econômica, asseverando, ainda, ser dever do Estado a assistência ilimitada à saúde. Impugna, por fim, a condenação ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais, requerendo a reforma integral da sentença.

Contrarrazões apresentadas às fls. 264/273, nos termos do art. 1.010, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

Este processo chegou ao TJ em 16/11/2016, sendo a mim distribuído em 23/11/2016, com conclusão na mesma data (fls. 274).

É o Relatório.

O autor, falecido no curso do processo, era beneficiário de plano de saúde coletivo celebrado entre a requerida e a empresa Clube Loj Shopping Americana, em 01/10/1995, enquadrado na categoria B4 (fls. 23 e fls. 126/139).

Acesso ao Sumário

Alega a requerida que esta modalidade de plano de saúde tinha previsão expressa de exclusão de cobertura para quimioterapia e que, não adaptado o contrato à Lei nº 9.656/98, inexistia obrigação de sua parte de arcar com este tratamento indicado para o autor, pelo médico que o acompanhava.

Cumpre destacar que, embora a requerida sugira ter notificado o autor da referida adaptação, não há prova de que o tenha efetivamente feito. Inexiste prova de que as circulares informativas expedidas pela requerida nos anos de 1999, 2000 e 2001, juntadas às fls. 110/119, tenham sido encaminhadas ao autor e recebidas por este, para se concluir que este optou conscientemente por manter o plano de saúde anterior. Há apenas o documento de fls. 155, firmado pelo Clube Loj Shopping Americana, afirmando este a manutenção de plano de saúde celebrado em 1995. Contudo, esta opção não vincula seus beneficiários, porquanto as circulares informativas conferiam a possibilidade de adaptação do contrato daqueles que assim o desejassem, portanto, apesar da escolha feita pelo Clube Loj Shopping Americana.

De toda forma, não há qualquer relevância no fato de o contrato do autor não ter sido adaptado à Lei nº 9.656/98, porquanto esta legislação é aplicável à hipótese dos autos, mesmo tendo sido o ajuste celebrado antes de sua vigência. Este Tribunal editou a Súmula nº 100 sobre o tema, que prescreve: "O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.".

E, sob a ótica dessa legislação aplicável, nítida é abusividade da negativa de cobertura da requerida para o tratamento quimioterápico indicado para o autor, pelo médico que o acompanhava e que o diagnosticou com neoplasia maligna do cólon - CID 189 (fls. 6 e fls. 24/38).

Como bem pontuado pelo juízo de origem, não se verifica no contrato de prestação de serviços de saúde e seus aditamentos cláusula afastando a cobertura de tratamento de câncer. Assim, disposição que imponha restrição ao método de cura necessário à doença do autor, ainda que redigida de acordo com o artigo 54, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, é nitidamente abusiva, à luz do artigo 51, parágrafo 1º, II, deste diploma legal, porquanto esvazia seu objeto, qual seja a disponibilização de meios para reestabelecimento da saúde do beneficiário quando este é acometido de patologia.

Acesso ao Sumário

Nessa direção é ainda o entendimento consolidado nesta Corte, por meio da Súmula nº 95 que dispõe: "Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamento associados a tratamento quimioterápico.".

Portanto, mantenho a condenação da requerida ao custeio do tratamento de terapia oncológica/sessões de quimioterapia realizadas pelo autor, na forma

prescrita pelo médico que o assistiu.

Ressalto, por fim, que não se trata de se eximir o Estado do dever de assistência à saúde, previsto no suscitado artigo 199, § 1º, da Constituição, mas de se exigir da requerida o cumprimento da prestação de serviço a que se propôs, nos termos da legislação aplicável.

Quanto aos honorários advocatícios contratuais, restei vencido na Turma Julgadora, prevalecendo o voto da maioria refletido na declaração do Segundo Juiz que integra este Acórdão.

Declaro o meu voto vencido no ponto.

Cumpre-me inicialmente um breve histórico de meu entendimento.

Posicionei-me, inicialmente, pela impossibilidade de se condenar o vencido, a título de danos materiais, ao pagamento, em favor do vencedor, dos honorários contratados por este junto a seu advogado. E o fiz em voto divergente proferido na Apelação nº 990.10.297766-8, julgada em 17/11/2010.

Posteriormente, adotei o entendimento majoritário desta Câmara de que seria devida indenização pelos danos materiais decorrentes da contratação de advogado, com base no princípio da reparação integral, bem exposto em voto da lavra da Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1134725/MG que cito, nos acórdão de minha relatoria em que enfrentei o tema (Apelações nºs 0100750-73.2013.8.26.0562, 4000265-60.2012.8.26.0309, 0010020-84.2013.8.26.0005 e 9100873-74.2008.8.26.0000).

Contudo, em recentes julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela impossibilidade do reconhecimento do direito à indenização ora debatida, inclusive com a revisão do posicionamento da Ministra Nancy Andrighi (Ação Rescisória nº 4.721, julgada em 26/11/2014, e EREsp nº 1.155.527/MG, julgado em 13/06/2012), e com o qual volto a coadunar, por estar convencido do acerto desta posição, após avaliação que agora se pode fazer, com o amadurecimento das reflexões acerca dos casos que me vem se apresentando, sempre à luz do Código Reale.

Como bem pontuado pela Ministra Nancy Andrighi, em voto vista proferido no EREsp nº 1.155.527/MG, se vigente a tese da reparação integral antes adotada e considerada a reciprocidade de direitos, na hipótese de uma demanda em que o requerido saísse vencedor, o autor, ao lhe pagar os honorários advocatícios contratados entre aquele e seu advogado, o estaria indenizando não por ato ilícito que tenha cometido, mas em razão do seu exercício do direito constitucional de ação. Esta justificativa, contudo, não é admissível para imposição desse ônus reparatório:

> "***A despeito disso, vislumbro motivo diverso a justificar a revisão do meu posicionamento, qual seja, a contrapartida que será gerada pelo reconhecimento do direito ao reembolso dos honorários***

Acesso ao Sumário

contratuais.

Com efeito, ao admitir que o autor deve ser indenizado pelo réu do que aquele gastou com seu patrono, haveremos, por simetria, de reconhecer também o direito do réu - em caso de total improcedência dos pedidos - de ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais que tiver pago.

Nessa hipótese, a alegação feita no voto condutor - inexistência de ato ilícito gerador de dano indenizável - procede e ganha pertinência.

Melhor explicando, muito embora tenhamos, por reciprocidade, de reconhecer o direito do réu de, resultando vencedor na ação (improcedência total dos pedidos), ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais pagos ao seu advogado, não terá o autor praticado nenhum ato ilícito capaz de dar ensejo a esse dever de indenizar. Na realidade, terá apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente garantido (sendo certo que, no particular, não se está a cogitar das situações em que há abuso desse direito, com o ajuizamento de ações temerárias).

Diante disso, a rigor não há como justificar o dever de indenizar do autor." (grifo não original).

Ainda, discorre a Ministra Nancy Andrighi, no voto vista do referido EREsp nº 1.155.527/MG:

"*Note-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito.*

Feita essa constatação, conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação).

Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do REsp 1.027.797/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011, penso que a expressão 'honorários de advogado', utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, já que ***a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.***".

A respeito de honorários advocatícios nas ações judiciais, leciona Humberto Theodoro Júnior[1], citando o CPC/1973, mas cujo raciocínio se aplica ao Código Processual vigente, que "**...as despesas processuais compreendem as custas e todos os demais gastos efetuados com os atos do processo, como indenização de viagem, diária de testemunha e a remuneração de**

1 "Curso de Direito Processual Civil", 42ª ed., Forense, RJ, 2005, I Vol., Cap. I, § 12, item 77, p. 85.

Acesso ao Sumário

perito e assistentes técnicos (art. 20, § 4º). ... Despesas são todos os demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais, com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do Código tratamento especial (art. 20, caput). (grifos não originais).

Prossegue Humberto (ob. Cit., item 79, p. 87) "**Vê-se, assim, que o Código não inclui, no conceito genérico de despesas processuais, os honorários de advogado, e deu a estes um tratamento próprio.**".

E mais ainda diz Humberto, na mesma obra (item, 84, mesmo capítulo e §, p. 89), *verbis*: "**Mas o Código, em matéria de sucumbência, reserva um tratamento especial para a verba advocatícia, principalmente em dois aspectos: a) ...; b) por outro lado, pouco imposta o contrato firmado entre a parte e seu advogado, ou a quantia que efetivamente lhe foi paga. O ressarcimento dos gastos advocatícios será sempre feito conforme valor fixado pelo juiz na sentença (art. 20, § 3º).**".

Esta sistemática se manteve no Código de Processo Civil ora vigente, nos artigos 82, 84 e 85 deste diploma processual, que assim expressamente dispõe:

> "Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.
>
> Art. 84. As despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha.
>
> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor."

Basta essa transcrição dos artigos que fazem distinção entre "despesas antecipadas" e "honorários advocatícios". O artigo 84 define o que são as tais despesas e o artigo 85 e seus parágrafos disciplinam os honorários sucumbenciais.

Não abrangeu o legislador a possibilidade de incluir, entre as despesas, os honorários contratados.

Leciona Yussef Said Cahali: "**Não são reembolsáveis a título de honorários de advogado, as despesas que a parte enfrenta em razão do ajuste com o profissional a título de honorários, para o patrocínio de sua causa *in misura superiore a quella poi ritenuta*** côngrua ***dal giudice***". (*in* Honorários Advocatícios, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, p. 393).

Nessa esteira, entendo que os honorários advocatícios a serem eventualmente ressarcidos nas hipóteses estritas dos artigos 389, 395, e 404 do Código Reale são aqueles decorrentes de diligências extrajudiciais necessárias ao caso e, para as quais, havia lacuna na lei quanto ao seu ressarcimento. Nesse

Acesso ao Sumário

tocante cito, mais uma vez, a ponderação feita pela Ministra Nancy Andrighi no voto vista do EREsp nº 1.155.527/MG a respeito da questão:

> "*Vale dizer, o termo 'honorários de advogado' contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.*
>
> *Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais - pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito - mas, pelos motivos acima expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais.*
>
> *Com isso, penso que ficam equacionados os direitos do credor e do devedor, do autor e do réu, compatibilizando-os não apenas às disposições do CC/02, mas também à coexistência, admitida por nosso ordenamento jurídico, de honorários advocatícios de naturezas distintas, contratuais e sucumbenciais.*"

Portanto, fundamento algum há, a meu sentir, para acolher a pretensão do autor ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratados entre este e seus patronos.

Diante dessas considerações, por maioria de votos quanto ao ressarcimento de honorários advocatícios e por unanimidade no mais, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso da requerida. Integra o Acórdão da declaração de voto do Segundo Juiz.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 14/17178)

Acesso ao Sumário

Ementa: Honorários advocatícios convencionais - Cabimento - Quantia que integra os danos materiais decorrentes da responsabilidade civil - Afastar tal quantia seria reconhecer a incapacidade do Poder Judiciário de promover justa e adequada justiça para quem tem razão, admitindo que aquele que é obrigado a vir a juízo, mesmo tendo razão, sempre terá que suportar um prejuízo - Irrelevante ao lesado se a sua perda patrimonial decorre de uma ação direta do ofensor ou de uma ação injusta contra si proposta, parecendo natural esperar no Estado de Direito a recomposição justa e adequada de seu patrimônio -

Recurso, por meu voto, improvido.

1. Sem embargo do inconfundível conhecimento jurídico do eminente relator, ouso, desta vez, dele discordar em parte.

Pelo voto do eminente relator, a apelação seria parcialmente provida, nos seguintes termos:

> "PLANO DE SAÚDE - Obrigação de fazer - Negativa de cobertura de tratamento quimioterápico pela operadora de plano de saúde - Sentença que condenou a requerida a arcar com os custos do tratamento e a indenizar o autor pelos gastos com advogados - Insurgência da requerida - Incidência do CDC e da Lei nº 9.656/98 à hipótese, independente de o contrato de plano de saúde ter sido celebrado antes da vigência desta legislação - Inteligência da Súmula nº 100 deste Tribunal - Inexistência de cláusula contratual excluindo o tratamento de câncer - Impossibilidade de se restringir, por conseguinte, o método de cura da patologia segurada - Cláusula de exclusão de cobertura de quimioterapia nula - Inteligência do art. 51, §1º, II, do CDC - Recusa de cobertura injusta - Honorários advocatícios contratuais - Indenização pelos gastos com contratação de advogado que se restringe às hipóteses de inadimplemento de obrigação e que se referem a diligências extrajudiciais - Entendimento que vem se firmando no STJ - Hipótese dos autos diversa - Indenização indevida - Recurso parcialmente provido".

Discordo do relator sorteado tão somente no que diz respeito aos honorários advocatícios contratuais, os quais entendo que devem ser ressarcidos.

Parece equivocado o argumento utilizado de que a responsabilização integral penalizaria indevidamente o autor pelo simples exercício do direito constitucional de ação, em caso do réu sair vencedor, porque não se trata de inibir ou penalizar direito de ação, mas de atribuir-lhe os ônus correspondentes, pois ao ajuizar pretensão improcedente, obrigou o réu a contratar advogado, causando-lhe dano patrimonial comprovado, sem ter qualquer razão, devendo por isto promover a recomposição daquele patrimônio.

Não reconhecer esta circunstância seria, por outro lado, reconhecer a incapacidade do Poder Judiciário de promover justa e adequada justiça para quem tem razão, admitindo que aquele que é obrigado a vir a juízo, mesmo estando amparado pelo direito, sempre terá que suportar um prejuízo.

Sinalizando, enfim, uma política pública discutível que só aumenta a descrença dos nossos cidadãos na capacidade do Poder Judiciário de coibir abusos, ou promover adequada reposição patrimonial ao lesado, ainda que esta lesão tenha sido dada causa por um suposto e equivocado direito pleiteado judicialmente. Não faz diferença ao lesado se a sua perda patrimonial decorre de uma ação direta do ofensor ou de uma ação injusta contra si proposta,

Acesso ao Sumário

parecendo natural esperar no Estado de Direito a recomposição justa e adequada de seu patrimônio, em especial se a própria justiça testemunha a circunstância. Comprovado o dano, devida a reparação.

Ademais, o Código Civil garante, em caso de descumprimento de obrigação, a responsabilização do devedor por perdas e danos, juros, correção monetária e **honorários advocatícios** (artigo 389), prevendo regra semelhante na hipótese de mora do devedor (artigo 395).

O artigo 404 do mesmo ***códex*** dispõe sobre as perdas e danos, pagas, nas obrigações de pagamento em dinheiro, com atualização monetária, incluindo juros, custas e **honorários advocatícios**, além da pena convencional.

A III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Jurídicos - CEJ do Conselho da Justiça Federal - CJF, aprovou o Enunciado 161, que, interpretando os supramencionados artigos 389 e 404 do Código Civil, estabeleceu serem cabíveis **honorários advocatícios** apenas na hipótese de efetiva atuação profissional do advogado.

O artigo 22 da Lei 8.906/1994, por seu turno, estabelece que "a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência".

Tais regras conduzem à diferenciação entre os honorários contratuais e os sucumbenciais: aqueles, originários do direito material, encontram fundamento na responsabilidade civil e no princípio da reparação integral, garantindo ao lesado o retorno ao ***statu quo ante***; estes, advindo do direito processual, referem-se às regras de sucumbência e ao princípio da causalidade, pelo quais aquele que dá causa à propositura da demanda deve suportar os honorários processuais do procurador da parte contrária.

Ensina Hamid Charaf Bdine Jr. que "**ao acrescentar a verba honorária entre os valores devidos em decorrência das perdas e danos, parece que o legislador quis permitir que a parte prejudicada pelo inadimplemento possa cobrar o que despendeu com honorários**, seja antes de ajuizar a ação, seja levando em conta a diferença entre aquilo que contratou com seu cliente e aquilo que foi arbitrado a título de sucumbência. Não se pode supor que tenha feito menção a essa verba apenas para os casos de ajuizamento da ação, quando houver a sucumbência, pois, nessa hipótese, a solução já estaria no art. 20 do Código de Processo Civil e não é adequada a interpretação que conclui pela inutilidade do dispositivo. As dificuldades apontadas para a incidência deste dispositivo tampouco preocupam. Se o credor contratar um advogado que resolveu extrajudicialmente sua questão, ao obter indenização por perdas e danos sem necessidade de ingressar em juízo, haverá prejuízo para ele se da quantia obtida tiver que deduzir os honorários devidos ao profissional. Por isso é que a disposição se revela adequada: para que a indenização devida ao credor, vítima

Acesso ao Sumário

do inadimplemento, seja plena, sem necessidade de dedução dos honorários da atuação extrajudicial. Caso o valor dos honorários contratados pelo credor se revele exagerado, haverá abuso de direito (art. 187) e só se reconhecerá a ele o direito ao pagamento de honorários adequados ao que usualmente se paga por atividades daquela espécie - indicada, inclusive, pela Tabela de Honorários da OAB. Nem se imagine que o fato represente novidade no sistema indenizatório. Diariamente, condenam-se causadores de danos a indenizar o valor dos honorários médicos, que também se sujeitam à verificação de sua razoabilidade. Idêntico tratamento merecerão os honorários de advogado. (...) Nas ações ajuizadas perante a Justiça Comum, **os honorários do art. 20 do Código de Processo Civil não poderão substituir o valor contratado pelo vencedor da demanda com o advogado a que conferiu mandato judicial, legando-lhe o ônus de suportar a diferença entre este e a sucumbência fixada pelo julgador. Se assim for, o vencedor da demanda estará suportando prejuízo que lhe foi gerado pelo inadimplemento levado a efeito pela parte vencida, o que configura prejuízo que o presente dispositivo quer excluir**"[2] (os grifos não são originais).

Leonardo Augusto Iracema Ribeiro, no artigo "Honorários advocatícios: quem vai pagar a conta?", defende que "a Constituição Federal assegura que todo cidadão tem o direito de procurar profissionais de sua confiança, devidamente habilitados, a fim de que bons serviços lhe sejam prestados. Todavia, esta contratação gera um ônus, uma diminuição de seu patrimônio, uma vez que, como todo prestador de serviços, o advogado tem que cobrar seus honorários profissionais pelos serviços realizados. Em outras palavras, aquele que se defende em procedimento administrativo ou em um processo judicial, no qual assume posição de acusado ou acusador, e requer o acompanhamento de um advogado de sua confiança, em regra, deve despender parte de seu patrimônio, com o pagamento dos honorários advocatícios. (...) diante da hipótese da parte, que propõe ou que é alvo de uma demanda, e que ao final desta, é contemplada com uma decisão favorável, deve ser ressarcida de todos os danos sofridos oriundos dos atos provocados pela parte contrária. Sendo assim, **os valores gastos com a contratação de advogados, também devem ser ressarcidos ao vencedor,** à título de danos materiais, uma vez que representou uma efetiva perda em seu patrimônio. Imperioso ressaltar que o referido dano não se confunde com os valores arbitrados pelo juiz a título de honorários de sucumbência. Trata-se de um verdadeiro dano emergente, que deve ser valorado de acordo com a despesa adquirida pela parte vencedora com a contratação de seu patrono. (...) **Atribuir a responsabilidade de arcar com o pagamento dos valores gastos com a referida contratação, a título de dano material emergente, àquele que realmente deu causa ao fato discutido, possibilitaria indiscutível oportunidade aos menos favorecidos**

Acesso ao Sumário

2 *Código civil comentado*, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, 5ª ed., Manole, pp. 410/411.

de procurar uma assistência de qualidade (...) O ponto chave é a **existência de um verdadeiro empobrecimento ilícito** de quem, ao procurar um profissional de sua confiança para se defender de 'acusações' sem fundamentos ou de fatos originados por única e exclusiva culpa de terceiros, arca com as despesas ocasionadas" (os grifos não são originais)[3].

No mesmo sentido é o artigo "Perdas e danos e responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios", de Tiago Augusto de Macedo Binati: "Nunca nos pareceu razoável que aquele que se viu obrigado a socorrer-se do Poder Judiciário e teve parte de seu patrimônio destinado ao pagamento de honorários devidos ao advogado, obtendo sucesso na demanda, ou seja, reconhecido seu direito, seja restituído apenas parcialmente, pois do montante total que obteve, teve que destacar parte para pagar os honorários contratuais de seu advogado. (...) os honorários contratuais objetivam recompor os prejuízos amargados pelo lesado em razão da contratação de advogado para patrocinar a sua demanda em busca do cumprimento forçado da obrigação não satisfeita tempestivamente ou a contento. Da mesma forma deverá ser ressarcido aquele que foi demandado em juízo e, para tanto, teve que contratar advogado para contrapor pedidos que não se fizeram devidos. Ora, aquele que injustificadamente move a máquina judiciária e não obtém êxito em seu desiderato, deve sim arcar com todas as despesas que deu causa. (...) **aquele que se vê obrigado a contratar advogado para buscar o adimplemento forçado da obrigação não cumprida tempestivamente ou a contento, sofre dano em seu patrimônio, visto que mesmo sagrando- se vencedor na demanda, seu patrimônio não será totalmente recomposto, pois uma parcela foi destinada ao pagamento dos honorários contratuais ajustados com seu advogado**. (...) quanto ao princípio da causalidade, motivador da pretensão reparatória aqui exposada, este dispõe que aquele que deu causa à propositura da ação deve responder pelas despesas daí decorrentes"[4] (o grifo não é original).

Maria Helena Diniz não destoa de tal entendimento, defendendo a possibilidade de cobrança dos honorários contratados como integrantes das perdas e danos geradas pelo inadimplemento, desde que tenha havido efetiva atuação do advogado. Ressalta a necessidade de observância da boa-fé objetiva no tocante ao valor a ser reembolsado - que deve ser razoável, sob pena de limitação pelo juiz[5].

Há precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a possibilidade de ressarcimento dos honorários contratuais:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS

Acesso ao Sumário

3 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 17 jul. 2013.

4 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 17 jul. 2013.

5 *Atualidades jurídicas*, coordenação de Maria Helena Diniz, Saraiva, pp. 38, 52 e 53.

ADMINISTRATIVOS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NA INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Os honorários advocatícios contratuais integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002. A fim de reparar o dano ocorrido de modo integral, uma vez que a verba é retirada do patrimônio da parte prejudicada, é cabível àquele que deu causa ao processo a reparação da quantia. 2. Diversamente do decidido pela Corte de origem, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido da possibilidade da inclusão do valor dos honorários contratuais na rubrica de danos materiais. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1410705/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 19/02/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. ART. 389 DO CPC. PERDAS E DANOS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO PROFERIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A previsão contratual de honorários advocatícios em caso de inadimplemento da obrigação decorre diretamente do art. 389 do CC, não guardando qualquer relação com os honorários de sucumbência. 2. Conclusão do acórdão recorrido no mesmo sentido da orientação desta Corte. Súmula 83/STJ. 3. Inadmissibilidade do recurso especial que pretende reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1312613/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)

Esclarecida a diversidade da natureza jurídica dos honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais, inexiste ***bis in idem***, não havendo como afastar o pagamento dos honorários contratuais pelo responsável civil, sob pena, inclusive, de enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil), desde que seja juntado o contrato de honorários advocatícios e que o valor não seja exagerado, caso contrário, haverá redução para patamar razoável.

Embora não se desconheça que em julgado (EResp nº 1507864/RS) o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a contratação de advogados para defesa judicial de interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, nota-se que não houve, até o momento, manifestação dos Ministros que defendiam tese contrária.

Acesso ao Sumário

Como a posição do STJ não está pacificada, parece um verdadeiro absurdo que o Poder Judiciário admita sua incapacidade permitindo a geração de danos sem correspondente ressarcimento, a premiar quem vem à justiça estando errado e apenando aquele que age corretamente, que é exatamente o conceito de injustiça.

Por fim, não se vislumbra abusividade na pretensão de exigir R$ 5.000,00 (fl. 22), salientando que a Tabela de Honorários Advocatícios do ano de 2017, divulgada no site da OAB/SP, prevê a possibilidade de aplicação de 20% sobre o econômico da questão, fixado o mínimo de R$ 4.253,68.[6]

2. Ressalvando, portanto, a douta convicção do desembargador relator, ouso, desta vez, dele discordar em parte, pois, segundo o meu voto, nego provimento ao recurso.

LUÍS MÁRIO GALBETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1045822-64.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ATUA GTIS ÔNIX EMPREENDIMENTOS LTDA., é apelado DEMETRIUS RODRIGUES BIZIN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28623)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente), GIFFONI FERREIRA e ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Ação indenizatória - Compromisso de compra e venda - Atraso na entrega do bem - Ausência de qualquer causa excludente da responsabilidade da vendedora - Fortuito interno, que não rompe com o nexo de causalidade - Lucros cessantes presumidos - Entendimentos sumulados por

Acesso ao Sumário

6 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 24 de março de 2017

este E. Tribunal - Dano moral - Inocorrência - Mero inadimplemento contratual - Inexistência de violação a direitos de personalidade do comprador - Sentença reformada em parte - Apelo parcialmente provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por Atua Gtis Ônix Empreendimentos Ltda. contra a r. sentença de fls. 396/411 - cujo relatório se adota - que julgou parcialmente procedente a ação ajuizada pelo apelado, Demetrius Rodrigues Bizim, em face da apelante, para "i) CONDENAR a(o)(s) ré(u)(s) a pagar ao(à)(s) autor(a)(s) indenização por danos materiais consistente em aluguel correspondente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor do preço de venda do imóvel objeto do contrato descumprido, por cada mês de atraso na entrega da obra, iniciando-se no mês imediatamente posterior ao término do prazo de tolerância até sua efetiva entrega (das chaves), incidindo correção monetária pela Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por cada mês, tudo acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês (art. 406, CC c/c art. 161, §1º, CTN), a partir da citação (art. 219, CPC; e art. 405, CC), tudo apurável em liquidação por cálculos; e ii) CONDENAR a(o)(s) ré(u)(s) a pagar ao(à)(s) autor(a)(s) indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária pela Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir da data de publicação desta sentença (Súmula 362, STJ), acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês (art. 406, CC c/c art. 161, §1º, CTN), desde a citação (art. 405 CC e 219, CPC)".

2. Inconformada, a ré apela às fls. 414/429. Sustenta, em apertada síntese, que não incorreu culposamente para o atraso na entrega do bem, já que a "paralisação das obras por determinação judicial consistiu no fator determinante para o atraso no cronograma, o que rompeu o nexo de causalidade e enquadrou o presente caso no conceito de caso fortuito, de modo que inexiste o dever de indenizar da Apelante". Invoca a excludente de responsabilidade prevista no artigo 12, § 3º, III, do CDC. Não obstante, argumenta que não há lucros cessantes comprovados, sendo descabida a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais. Finalmente, que o caso dos autos não comporta indenização por danos morais.

3. Contrarrazões do apelado às fls. 435/439.

FUNDAMENTOS.

4. O recurso merece provimento parcial.

5. Conforme se depreende dos autos, as partes celebraram contrato de

Acesso ao Sumário

compra e venda de imóvel, pelo qual a apelante se comprometeu a entregar o bem adquirido pelo apelado nas condições e prazo ajustados.

6. Não obstante, a entrega do imóvel atrasou, pretendendo o autor a condenação da ré por danos materiais e morais.

7. Em sua defesa, a apelante alega que o atraso se deveu por culpa exclusiva de terceiro, o que romperia o nexo de causalidade.

8. Não obstante, a demanda por ela enfrentada se caracteriza como fortuito interno, inerente à atividade empresária que desenvolve, não servindo como excludente de sua responsabilidade perante seus consumidores. Segundo Agostinho Alvim, eles são ligados à própria atividade geradora do dano ou à pessoa do devedor e, por isso, levam à responsabilidade do causador do evento. Somente o fortuito externo, ou força maior, é que exoneraria o devedor, mas exigiria fato extraordinário, que não se liga à atividade desenvolvida pela empresa por nenhum laço de conexidade (Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, Saraiva, 1.949, p. 291) o que, a toda evidência, não se verifica no caso concreto.

9. Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho: ***O fortuito interno assim entendido o fato imprevisível e****, por isso,* ***inevitável*** *ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço,* ***não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento****, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível* (*Programa de Responsabilidade Civil*, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 475). Logo, acolher-se esta justificativa colocaria o consumidor em desvantagem exagerada, permitindo o atraso indefinido na entrega do bem que adquiriu.

10. Neste sentido também é o entendimento pacificado por este E. Tribunal, por meio de sua Súmula 161: "Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, **embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos**. Essas justificativas encerram "*res inter alios acta*" em relação ao compromissário adquirente".

11. Portanto, uma vez findo o prazo de entrega previsto no contrato, tornou-se legítima a expectativa dos autores de receber seu imóvel, sendo irrelevante a destinação que se daria ao bem, pois é entendimento consolidado na Jurisprudência que "descumprido [pela promitente vendedora] o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a

Acesso ao Sumário

condenação por lucros cessantes. Nesse caso, **há presunção de prejuízo do promitente-comprador**, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável" (AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012; AgRg no Ag 1036023/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 03/12/2010; AgRg no Ag 692.543/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 223).

12. Mais uma vez este E. Tribunal sumulou entendimento a respeito da questão: "Súmula 162: Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio".

13. Assim, de rigor a manutenção da r. sentença apelada no que diz respeito à condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos materiais.

14. Contudo, assiste razão à recorrente no que concerne ao dano moral.

15. É que o mero inadimplemento contratual, conforme entendimento pacífico de nossa jurisprudência, não dá ensejo à reparação por dano moral. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, só se caracteriza como dano moral "(...) a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., SP: Malheiros, 1998, p. 78, *apud* Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, 8ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 549/550).

16. Nesse mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça reiteradas vezes:

> "CIVIL. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. O recurso especial não se presta ao reexame da prova. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial não conhecido" (REsp 403919- MG, 4ª turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.5.2003, RSTJ 171/351).

17. Em verdade, "a indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido

Acesso ao Sumário

nem a chamada 'indústria do dano moral'" (REsp. nº 504.639 PB, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 26/6/03, DJ de 25/8/03, pág. 323).

18. Confira-se, a propósito, lição do eminente Des. José Osório que, ao relatar a Ap. 83.060.4/5-00, j. 12/8/99, assim decidiu: "Nos casos de ilícito contratual, exige-se maior severidade para o reconhecimento do dano moral. Só mesmo em caso de dolo civil ou de culpa grosseira por parte do causador do dano. Nos demais casos, entende-se que os aborrecimentos sofridos são consequência natural da vida dos negócios. É o que aconteceu no presente caso, em que a ré teve algum motivo para explicar seu comportamento...".

19. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento segundo o qual "o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante e normalmente o traz trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade." (REsp. 338.162 - MG - STJ - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. 20.11.2001 - DJ de 18.02.2002).

20. No caso concreto, não há situação de excepcionalidade que permita a conclusão de que o autor tenha sofrido abalo em sua honra ou a qualquer valor psíquico ou direito de personalidade, de maneira que o afastamento do pedido de indenização a este título é de rigor.

21. Neste sentido, confiram-se precedentes desta Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "Dano moral. Mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade. Ausência de prova de que o aludido incidente tenha provocado abalo da honra ou qualquer valor íntimo ou psíquico da apelante. Recorrente não se desincumbiu do ônus probatório, demonstrando de maneira cabal a conduta lesiva do recorrido capaz de justificar pedido de reparação de danos, sendo de rigor o não acolhimento de sua pretensão (art. 333, I, do CPC). Recurso, nesta parte, improvido. (...) 2 - Melhor sorte não assiste à apelante quanto ao pedido de indenização por danos morais. Embora não se duvide dos aborrecimentos causados à apelante pelo evento em questão, tornaram-se relativamente comuns incidentes envolvendo atrasos na entrega de obra, como o ocorrido no caso em tela, não importando reparação o mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade. Não havendo prova e nesse caso não se presume o dano de ter o aludido incidente provocado abalo da honra ou qualquer valor íntimo ou psíquico da apelante, não se justifica a compensação em dinheiro, restando descabida, neste ponto, a reforma da r. sentença." (TJSP. Ap. 9285214-41.2008.8.26.0000 Rel. Des.

Acesso ao Sumário

José Joaquim dos Santos 2ª Câmara de Direito Privado DJ 16/10/2012). "Na verdade, meras aflições e irresignações são próprias dos negócios que são realizados no mundo todo e sem outras particularidades, como no caso, não estariam a justificar reparação por dano moral. Se todos os negócios devessem ser presumidos como a terem de desembocar num mar de rosas e a natureza humana não haveria sequer de ter que padecer dúvidas nem angústias, como é de se esperar dela, para honra de suas gerais características, nem as leis haveriam de prever sequer normas de reparação por danos materiais." (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n° 140.905-4/7, de São Paulo, Relator Desembargador J. G. JACOBINA RABELLO, j. 26/6/2003).

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MORA DA CONSTRUTORA PROMITENTE VENDEDORA - RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS - CABIMENTO - IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DO IMÓVEL - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA, EM REGRA - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I – O consumidor está autorizado, por nosso ordenamento jurídico, a pleitear a rescisão contratual, bem como a devolução imediata dos valores pagos. II - Decorrente da rescisão contratual, em virtude da mora injustificada da Construtora, promitente vendedora, a devolução integral das parcelas pagas é medida de rigor e está em consonância com a orientação preconizada por esta Corte Superior. III - Todavia, salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes. IV - Recurso especial parcialmente provido." (STJ. REsp 1129881/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, Data do julgamento: 15/09/2011).

22. A propósito do tema, em recentíssima decisão, o mesmo C. Superior Tribunal de Justiça (RECURSO ESPECIAL Nº 1.633.274 - SP (2014/0095592-6), julgado aos **8 de novembro de 2016**) confirmou o entendimento de que, em casos como o dos autos, "Para a configuração do dano moral no caso de atraso na entrega de imóvel, o STJ tem entendido que, muito embora o simples descumprimento contratual não provoque danos morais indenizáveis, **circunstâncias do caso concreto podem configurar a lesão extrapatrimonial**. Nesse sentido: AgInt no AResp 301897/RJ, 4ª Turma, DJe 22/09/2016; AgRg no AResp 809935/RS, 3 Turma, DJe 11/03/2016; e, REsp 1551968/SP, 2ª Seção, DJe 06/09/2016. **Não sendo presumido o dano moral na hipótese, seria necessária a sua comprovação, a fim de gerar o dever de indenizar**. Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu que os recorrentes não demonstraram circunstâncias que justificassem condenação da recorrida em

Acesso ao Sumário

compensação por danos morais (e-STJ fl. 351)".

23. O referido recurso veio assim ementado:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. CONSTRUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LUCROS CESSANTES. PRESUNÇÃO. CABIMENTO. 1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 11.07.2012. Agravo em Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o atraso da recorrida em entregar unidade imobiliária gerou danos materiais e morais aos recorrentes. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial. 4. **A jurisprudência do STJ vem evoluindo, de maneira acertada, para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis**. 5. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 6. A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC/73). Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, provido. (Rel. Min. Nancy Andrighi).

24. Assim, a rejeição do pedido condenatório por danos morais era medida que se impunha.

25. Diante do exposto, pois, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao presente recurso, apenas para afastar a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006864-81.2014.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante/apelado HELIO SEIBEL, são apelados/apelantes SP 12 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e RESIDENCIAL RAPOSO TAVARES LTDA. e Apelada REGINA CÉLIA MARTINS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Deram parcial provimento ao recurso das corrés 'SCOPEL' E 'RESIDENCIAL RAPOSO TAVARES', e negaram provimento ao recurso do corréu 'HÉLIO SEIBEL'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25634)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 6 de julho de 2017.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL EM LOTEAMENTO. PARALISAÇÃO DAS OBRAS. Ação de rescisão contratual. Sentença de procedência. Inconformismo. LEGITIMIDADE PASSIVA. Constatada a legitimidade passiva do corréu 'Hélio Seibel', uma vez que efetivamente participou da cadeia de fornecimento do imóvel, na condição de incorporador, não se limitando ao simples fornecimento do terreno. Inteligência dos arts. 7º, parágrafo único, e 25, §1º do CDC. PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Pretensão da autora de reembolso dos valores pagos a título de comissão de corretagem que está fundada no descumprimento contratual por parte das rés. Hipótese que não se confunde com alegação de ilegalidade da cobrança, caso no qual a prescrição seria trienal, conforme entendimento firmado pelo STJ, dizendo respeito à recomposição de perdas e danos provenientes do inadimplemento. Prazo prescricional que é o decenal, contado a partir da data do inadimplemento contratual. Precedentes deste Tribunal. RESCISÃO CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. Rescisão contratual que se deu por culpa das vendedoras, que deixaram de concluir o empreendimento dentro do prazo contratualmente previsto. Alegações de chuvas em excesso e embargo judicial das obras que encerram 'res inter alios acta', que não produzem efeitos com relação à adquirente. Aplicação da Súmula nº 161 deste Tribunal. Impossibilidade de prorrogação do prazo para conclusão do loteamento por dois anos adicionais, dada ausência de autorização para tanto por parte

Acesso ao Sumário

da Municipalidade. Existência de pacto adjeto de alienação fiduciária que é indiferente, uma vez que a resolução do contrato se dá por inadimplemento dos vendedores. LUCROS CESSANTES. Descabimento da indenização, no caso em tela. O descumprimento do prazo para entrega do imóvel acarretou na rescisão contratual com devolução de todos os valores pagos pela autora, acrescidos de correção monetária e juros moratórios, medida suficiente para devolver as partes ao 'status quo' anterior. Precedente desta Câmara. COREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. Pretensão das apelantes de incidência destes acréscimos somente a partir do trânsito em julgado do acórdão. Descabimento, uma vez que com o descumprimento contratual pelas vendedoras, a devolução dos valores pagos seria exigível a partir da citação. Correção monetária que incide a partir do desembolso de cada parcela. Sentença parcialmente reformada, para afastar a condenação dos réus ao pagamento de indenização por lucros cessantes. Sucumbência recíproca. RECURSO DO CORRÉU 'HÉLIO SEIBEL' DESPROVIDO, PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DAS CORRÉS 'SCOPEL' E 'RESIDENCIAL RAPOSO TAVARES'.

VOTO

REGINA CÉLIA MARTINS ajuizou "*ação de rescisão contratual c.c. indenização por danos materiais, morais e por perda de uma chance com pedido de tutela antecipada*" em face de **SCOPEL SPE 12 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**; **RESIDENCIAL RAPOSO TAVARES LTDA.** e **HÉLIO SEIBEL**, cujos pedidos foram julgados **parcialmente procedentes** pela r. sentença de fls. 531/540, proferida em 28 de agosto de 2015. Foi declarada a sucumbência recíproca.

A autora e as corrés "Residencial Raposo Tavares" e "Scopel" opuseram **embargos de declaração** (545/552, 553/556), rejeitados pelo Magistrado *a quo* (fls. 558).

Dois os recursos.

Apela o **CORRÉU** "Hélio Seibel", alegando, em síntese:

(i) que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, uma

Acesso ao Sumário

vez que, muito embora seja proprietário do terreno, não pratica atividade empresarial e não participou da incorporação imobiliária, sendo esta de integral responsabilidade das demais corrés; **(ii)** que não poderia ser equiparado a pessoa jurídica nos termos da Lei nº 4.591/64, uma vez que a equiparação lá prevista diz respeito apenas às obrigações tributárias; **(iii)** subsidiariamente, que sua responsabilidade deveria ser limitada à participação no negócio, na proporção de 5,92% (fls. 559/567).

As **CORRÉS** "Residencial Raposo Tavares" e "Scopel SP-12" também apelam, alegando:

(i) que a pretensão da autora de devolução de valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa "SATI" estaria prescrita; **(ii)** que não poderiam ser condenadas à rescisão do compromisso de compra e venda e devolução das parcelas pagas, tendo em vista a superveniência de alienação fiduciária, de modo que a rescisão contratual deveria observar as previsões especificas desta modalidade de financiamento; **(iii)** que o prazo contratualmente previsto para finalização das obras do loteamento representaria simples estimativa, podendo ser prorrogado mediante aprovação da Municipalidade, não estando caracterizado inadimplemento contratual de sua parte; **(iv)** que o atraso na conclusão das obras do loteamento se deveu a caso fortuito ou de força maior, consistente em chuvas em excesso, que provocaram carreamento do solo, bem como da ocorrência de embargo judicial das obras; **(v)** que não poderiam ser responsabilizadas pela devolução de valores pagos a título de comissão de corretagem ou taxa "SATI", uma vez que tais serviços foram prestados por profissionais autônomos; **(vi)** que não poderiam ser responsabilizadas pelos lucros cessantes, uma vez que o prejuízo alegado não foi demonstrado nos autos; e **(vii)** que na hipótese de manutenção da condenação, os juros de mora e a correção monetária deveriam ser computados apenas a partir do trânsito em julgado (fls. 573/595).

Os recursos foram preparados (fls. 568/569 e 596/597), recebidos (fls. 604) e contrariados (fls. 642/645 e 646/662). O apelo foi distribuído por **prevenção**, decorrente da anterior distribuição do Agravo nº 2224313-22.2014.8.26.0000 (fls. 673).

As partes foram intimadas da possibilidade de julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011, e **não manifestaram oposição** (fls. 676).

É O RELATÓRIO.

O recurso das corrés "Residencial Raposo Tavares" e "Scopel" é parcialmente provido, desprovido o recurso do corréu "Hélio".

1. Breve síntese.

A presente demanda, consoante relatório da r. sentença, ora adotado, funda-se nos seguintes fundamentos de fato e de direito:

"*Cuidam os autos de ação de rescisão contratual aforada por REGINA*

Acesso ao Sumário

CÉLIA MARTINS, com qualificação nos autos, em face de SCOPEL SPE 12 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., RESIDENCIAL RAPOSO TAVARES e HELIO SEIBEL, todos também qualificados. Em apertada síntese, diz a autora que firmou contrato particular de escritura de compra e venda de imóvel com os réus aos 15 de maio de 2011. O prazo para entrega da unidade era maio de 2013, todavia, ao cabo do prazo, não houve a aguardada entrega. O valor do imóvel foi de R$ 107.000,00. Os réus inseriram, ademais, cobrança da quantia de R$ 6.264,78 a título de SATI. Postulam os autores a rescisão do contrato com a devolução dos valores desembolsados, nulidade da SATI, ilegalidade da cobrança de comissão de corretagem, condenação dos réus ao pagamento das despesas com a contratação de advogado (R$ 3.376,35), condenação das rés por danos morais (R$ 21.720,00), condenação das rés a título de lucros cessantes (R$ 18.298,84), condenação das rés por multa por descumprimento contratual (R$ 1.383,58). Com a inicial vieram documentos." (fls. 531).

A r. sentença recorrida **julgou parcialmente procedentes** os pedidos formulados na inicial, para: **a)** declarar rescindido o compromisso de compra e venda celebrado entre as partes; **b)** condenar os réus, de forma solidária, à devolução de todos os valores pagos pela autora, a título de preço do imóvel, comissão de corretagem e taxa "SATI" e **c)** condenar os réus, de forma solidária, ao pagamento de indenização por lucros cessantes, equivalentes a 0,5% sobre o valor atualizado do contrato para cada mês de atraso na entrega do imóvel. Foi declarada a sucumbência recíproca.

A decisão recorrida afastou as pretensões da autora de recebimento de indenização por danos morais, multa de mora e reembolso dos honorários advocatícios contratuais. Não houve inconformismo por parte da autora.

2. Da legitimidade passiva.

O corréu "Hélio Seibel" afirma, em seu recurso, que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, uma vez que limitou-se a ceder terreno de sua propriedade para implantação do loteamento. Alega que não participou da incorporação e não figurou do compromisso de compra e venda celebrado entre a autora e as demais rés. Subsidiariamente, defendeu que sua responsabilidade deveria ser limitada ao percentual de sua participação nos lucros do negócio, à razão de 5,92%.

Contudo, a decisão recorrida não comporta qualquer reforma neste ponto. Ao contrário do alegado, a participação do corréu "Hélio" não se limitou à simples cessão do terreno. Conforme se vê do contrato de compra e venda celebrado entre as partes, o apelante figurou na condição de outorgante vendedor e credor fiduciário (fls. 59), equiparando-se a pessoa jurídica para os fins da Lei nº 4.591/64.

Com efeito, o corréu "Hélio" optou, ao ingressar no negócio na condição

Acesso ao Sumário

de incorporador, por participar dos lucros obtidos pelas demais vendedoras, assumindo, desta maneira, os riscos provenientes do negócio.

Colhe-se da lição de **RIZATTO NUNES** que:

"*Como se viu, quando dos comentários ao parágrafo único do art. 7º, o sistema de responsabilidade civil objetiva instituído no CDC impõe ampla solidariedade aos partícipes do ciclo de produção. Como a oferta e colocação de produtos e serviços no mercado pressupõe, em larga medida, a participação de mais de um fornecedor, a legislação consumerista estipulou que todos os que participarem, direta ou indiretamente, da produção, oferta, distribuição, venda, etc. do produto e do serviço respondem pelos danos causados ao consumidor.* (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 421)".

Nem se diga que sua responsabilidade deve ser restrita ao montante de sua participação no loteamento. O percentual de sua participação é irrelevante para a aferição da cadeia de fornecimento do imóvel, além de não ter sido esclarecido à adquirente em momento algum.

Neste sentido já entendeu este Tribunal em casos análogos, envolvendo o mesmo empreendimento:

"*Compromisso de compra e venda - **Ação de Rescisão de Contrato c.c. Restituição das parcelas pagas e Indenização** - **Legitimidade passiva do corréu Hélio Seibel verificada** - **Participação na relação jurídica** - **Solidariedade passiva** - Inadimplência da promitente vendedora que conduz à rescisão do contrato com a reposição das partes ao 'status quo ante' - Atraso na conclusão do empreendimento - Inexistência de excludente de responsabilidade - Responsabilidade das Rés por fortuitos internos - Mora incontroversa - Cabimento da rescisão - Devolução da integralidade das parcelas pagas ante a incontroversa culpa das Rés, com correção monetária a partir do desembolso e juros de mora a contar da citação, por se tratar de responsabilidade contratual - Descumprimento do prazo de entrega do lote enseja indenização por impedimento do uso (jurisprudência do STJ) - Dano moral não configurado - Recurso dos Autores parcialmente provido e improvido o dos Réus.* (Apelação nº 1002933-70.2014.8.26.0152, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador **LUIZ ANTÔNIO COSTA**, data do julgamento: 23/05/2016, destaque não original)".

"*RESCISÃO CONTRATUAL – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - LOTE - Parcial procedência em relação aos apelantes - **Preliminares de ilegitimidade passiva e ausência de solidariedade - CDC - Aplicabilidade - Participação de todos os apelantes na relação jurídica rescindenda, seja na qualidade de vendedores, seja na qualidade de intermediadora - Legitimidade passiva reconhecida, inclusive em relação a Hélio Seibel, empresa individual que assumiu***

a iniciativa e a responsabilidade pelo loteamento do terreno, recebendo, em contrapartida, percentual do valor geral de venda - Responsabilidade solidária de todos que participaram da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços, nos termos do art. 7º, do CDC, sem se perquirir aqui a respeito das obrigações e responsabilidades de cada participante da cadeia *- Preliminares afastadas - Obras do empreendimento paralisadas em virtude de embargo judicial deferido liminarmente em ação de nunciação de obra nova ajuizada por vizinho - Caso fortuito e força maior não configurados - Levantamento do embargo posterior ao término do prazo de conclusão das obras contratualmente previsto - Cabimento da rescisão - Culpa da ré pela rescisão reconhecida - Alienação fiduciária em garantia que não impede a resolução do contrato e a devolução dos valores pagos - Cabimento da restituição integral das parcelas pagas e também da comissão de corretagem, de forma a possibilitar o retorno dos compradores ao status quo ante e impedir o enriquecimento indevido dos apelantes, com atualização monetária desde os desembolsos e juros moratórios a partir da citação, por tratar-se de responsabilidade contratual. - Recursos improvidos.* (Apelação nº 1003580-02.2013.8.26.0152, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador **SALLES ROSSI**, data do julgamento: 17/12/2015, destaque não original.)".

Como quer que seja, o corréu "Hélio" poderá pleitear ressarcimento dos prejuízos em face de suas parceiras comerciais, em feito autônomo.

Portanto, o recurso do corréu "Hélio" não comporta provimento, ficando afastada a preliminar arguida.

3. Da prescrição.

A sentença recorrida condenou os réus à devolução de todos os valores pagos pela autora, inclusive aqueles a título de comissão de corretagem e taxa "SATI".

As apelantes "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares" afirmam, em seu recurso, que a pretensão da autora de devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa "SATI" estaria prescrita, uma vez que transcorrido período superior a três anos entre a data do pagamento e a propositura da ação.

A decisão recorrida não comporta qualquer reforma neste ponto.

A recente decisão do Colendo **Superior Tribunal de Justiça** no âmbito do Recurso Especial nº 1.551.956/SP, processado de acordo com a sistemática dos recursos repetitivos, entendeu que a pretensão à devolução da comissão de corretagem estaria prescrita em três anos, quando fundada na alegação de ilegalidade da cláusula que transfere esta despesa ao adquirente.

Contudo, trata-se de **hipótese diversa** do caso concreto, uma vez que, como se vê dos autos, a autora não questiona a previsão contratual que lhe impõe o pagamento da corretagem, mas requer sua devolução com fundamento

Acesso ao Sumário

na recomposição dos danos materiais suportados com a rescisão, cuja culpa atribui à vendedora.

O dano alegadamente suportado pela autora não provém da referida previsão contratual, mas do descumprimento da avença, pelos réus. Neste caso, os valores dispendidos pela adquirente convertem-se em danos emergentes, nos quais se inclui a comissão de corretagem e demais despesas suportadas para a celebração do negócio, e o dever de indenizar surge apenas no momento do inadimplemento contratual.

Nesta hipótese, que não se confunde com o mencionado paradigma estabelecido pelo STJ, o prazo prescricional é o de dez anos, do art. 205 do Código Civil, computado a partir do momento do inadimplemento.

Neste sentido, já entendeu este Tribunal em caso análogo:

> "*AÇÃO INDENIZATÓRIA - Atraso na entrega de imóvel adquirido pelos autores - Sentença que julgou prontamente o feito extinto com julgamento do mérito, com base na ocorrência de prescrição - Desacerto* - ***Inaplicável a prescrição quinquenal do CDC ou a prescrição trienal do art. 206, § 3º do Código Civil - Prescrição da pretensão à composição de perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual que se consuma apenas no prazo de dez anos, contados da violação do direito subjetivo (art. 205 do Código Civil)*** *- Pretensão ilíquida e fundada em ilícito contratual - Sentença anulada - Recurso provido, com retorno dos autos à origem para regular processamento do feito.* (Apelação nº 1016402-80.2016.8.26.0002, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador **FRANCISCO LOUREIRO**, data do julgamento: 07/11/2016, destaque não original)".

Neste mesmo sentido, precedente desta Terceira Câmara de Direito Privado:

> "*APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL NA PLANTA. Ação de rescisão contratual proposta pelas vendedoras. Ação ordinária proposta pelo adquirente. Julgamento conjunto. Sentença de procedência parcial. Inconformismo de ambas as partes. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Havendo nos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, não ocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide. Aplicação do Enunciado nº 9 desta Câmara.* ***PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Pretensão do autor de reembolso dos valores pagos a título de comissão de corretagem que está fundada no descumprimento contratual por parte das rés. Hipótese que não se confunde com alegação de ilegalidade da cobrança, caso no qual a prescrição seria trienal, conforme entendimento firmado pelo STJ, dizendo respeito à recomposição de perdas e danos provenientes do inadimplemento. Prazo prescricional que é o decenal, contado a partir da data do inadimplemento***

***contratual. Precedentes deste Tribunal**. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CORRÉ 'MRV'. Responsabilidade configurada, uma vez que a corré participou ativamente da cadeia de fornecimento do imóvel ao autor, inclusive com a vinculação de sua marca no 'stand' de vendas e em informes publicitários. Aplicação do art. 18, Caput do CDC. RESCISÃO CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. Constatada a ocorrência de culpa das vendedoras pelo desfazimento do contrato, uma vez que o adquirente contava com a possibilidade de financiamento pelo programa Minha Casa Minha Vida, prometida no momento da celebração do compromisso de compra e venda, mas que não se concretizou. Ausência de cumprimento do dever de informação previsto no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor. Devolução de todos os valores pagos, o que engloba também aqueles relativos à comissão de corretagem, uma vez que constituem dano emergente suportado pelo adquirente com o desfazimento do negócio. DANOS MORAIS. Não preenchimento, na espécie, dos requisitos necessários para a configuração dos danos morais. Sucumbência maior das vendedoras, que deverão arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do representante do adquirente, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação. RECURSO DO ADQUIRENTE PARCIALMENTE PROVIDO, DESPROVIDO O RECURSO DA EMPRESA 'ARMOND' (v.23894)*. (Apelação nº 4000468-82.2013.8.26.0019, Relator Desembargador **VIVIANI NICOLAU**, com a participação dos Des. **CARLOS ALBERTO DE SALLES** e **DONEGÁ MORANDINI**, data do julgamento: 13/12/2016, destaque não original).

Portanto, fica afastada a alegação de prescrição.

4. Da rescisão contratual e devolução dos valores pagos.

A autora propôs a presente ação alegando atraso dos réus para a conclusão das obras do loteamento, no qual adquiriu o imóvel descrito na inicial.

A sentença recorrida reconheceu a ocorrência de mora dos réus, decretando a rescisão contratual e a devolução de todos os valores pagos pela autora.

As corrés "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares" afirmam, em seu recurso, que não poderiam ser responsabilizadas pela mora, uma vez que esta foi ocasionada por fatores externos tais como a ocorrência de chuvas em excesso e embargo judicial do empreendimento. Alegam, ainda, que o prazo para entrega do loteamento poderia ser prorrogado, por período suplementar de 24 meses, nos termos da Lei nº 6.766/1979, bem como que o negócio celebrado entre as partes seria irretratável, tendo em vista a existência de pacto de alienação fiduciária.

Contudo, a decisão recorrida não comporta qualquer reforma neste ponto. O contrato celebrado entre as partes prevê que as obras de infraestrutura do loteamento seriam realizadas no prazo de 24 meses, de acordo com cronograma

Acesso ao Sumário

aprovado junto à Prefeitura Municipal (item 2.1.3, "E" - fls. 61).

Contudo, as obras do loteamento não foram concluídas no prazo contratualmente previsto. Da mesma forma, as vendedoras não demonstraram terem sido autorizadas à prorrogação do prazo pela Prefeitura Municipal, nos termos da Lei nº 6.766/1979, estando suficientemente configurada sua mora.

A alegação de que o atraso se deu por chuvas em excesso e ocorrência de embargo judicial das obras não é suficiente para afastar sua responsabilidade pelo desfazimento do contrato. Na verdade, tais fatos representam riscos assumidos pelas vendedoras com o exercício de sua atividade.

Neste sentido é o entendimento pacífico deste Tribunal, consolidado na **Súmula nº 161**, nos seguintes termos:

> "*Súmula 161 - Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de **chuvas em excesso**, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, **embargo do empreendimento**, ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram* 'res inter alios acta' *em relação ao compromissário adquirente*" (DJE de 1º/02/2016, p. 6, destaque não original).

Desta forma, constatado que o descumprimento contratual se deu por culpa das vendedoras, a autora faz jus à rescisão do contrato de compra e venda, bem como à devolução integral dos valores pagos, inclusive aqueles a título de comissão de corretagem e taxa "SATI", uma vez que estes representam despesas suportadas na celebração do contrato, agora rescindido por culpa das vendedoras.

Neste sentido é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, representado pela **Súmula nº 543**, nos seguintes termos:

> *"**Súmula nº 543 - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor**, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento"* (destaques não originais).

Observa-se, por fim, que a existência de pacto acessório de alienação fiduciária em garantia não impede a resolução contratual por inadimplemento dos vendedores, uma vez que as obrigações contraídas por eles ainda não foram aperfeiçoadas.

Neste sentido já entendeu este Tribunal em caso semelhante:

> "***CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL LOTEADO COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.*** *Relação de consumo. Legitimidade de todas as corrés, que em contratos conexos se uniram para viabilizar a alienação do lote aos autores. Solidariedade da cadeia*

Acesso ao Sumário

de fornecedores frente ao consumidor. Resolução do contrato por atraso na entrega das obras básicas de infraestrutura do empreendimento. Contrato que previu prazo certo para a entrega das obras. Prorrogação do prazo com base em decreto aprovado pela Prefeitura Municipal. Prazo da Lei n. 6.766/79 que não se confunde com o prazo convencionado entre as partes. Obras básicas de arruamento que devem ser entregues imediatamente, para viabilizar a utilização do lote. ***Passados mais de dois anos da celebração do compromisso, os lotes ainda não se encontravam disponíveis para construção pelos particulares. Resolução do contrato por inadimplemento das corrés, com devolução da integralidade dos valores pagos.*** *Contrato que contém previsão de cláusula penal para a hipótese de resolução por culpa da vendedora. Multa compensatória que fixou previamente as perdas e danos dos compradores Sentença mantida. Recurso improvido.* (Apelação nº 1003116-76.2016.8.26.0344, 1ª Câmara de direito Privado, Relator Desembargador **FRANCISCO LOUREIRO**, data do julgamento: 05/05/2017, destaques não originais)".

Por este motivo, a decisão recorrida não comporta qualquer reforma no ponto em que declarou a rescisão contratual e condenou a parte passiva à devolução de todos os valores pagos pela autora, sendo negado provimento ao recurso das corrés "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares".

5. Dos lucros cessantes.

A sentença recorrida condenou os réus ao pagamento de indenização por lucros cessantes, equivalente a 0,5% sobre o valor atualizado do contrato para cada mês de atraso na entrega da obra. As apelantes "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares" pedem o afastamento deste ponto da condenação.

Respeitado o entendimento adotado pelo MM. Juiz *a quo*, a decisão recorrida comporta reforma neste ponto.

O atraso na entrega do imóvel acarretou no pedido de rescisão contratual, por parte do adquirente, de modo que este deixa de ter a pretensão de imissão na posse do bem adquirido. Nesta hipótese, não há que se falar em indenização pela privação do uso do bem, uma vez que a rescisão por culpa da ré já acarretará na devolução de todos os valores pagos, acrescidos de correção monetária e juros moratórios.

Acesso ao Sumário

Tal medida é suficiente para devolução das partes ao *status quo* anterior, sendo descabido o pagamento de indenização por lucros cessantes.

Neste sentido já entendeu esta Câmara em caso semelhante:

"*APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL NA PLANTA. Ação de rescisão contratual c.c. indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos morais. Sentença de procedência parcial. Inconformismo de ambas as partes. PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Pretensão do autor de reembolso dos valores pagos a*

título de comissão de corretagem que está fundada no descumprimento contratual por parte da ré. Hipótese que não se confunde com alegação de ilegalidade da cobrança, caso no qual a prescrição seria trienal, conforme entendimento firmado pelo STJ, dizendo respeito à recomposição de perdas e danos provenientes do inadimplemento. Prazo prescricional que é o decenal, contado a partir da data do inadimplemento contratual. Precedentes deste Tribunal. INÉPCIA DA INICIAL. Inocorrência. Pedidos formulados que são claros, juridicamente possíveis e compatíveis entre si, decorrendo de forma lógica dos fatos narrados na inicial, atendendo aos requisitos do art. 293 do CPC/1973, vigente na data da propositura da ação. Alegação de divergência de valor que é insuficiente para configurar a alegada inépcia. RESCISÃO CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. Configurada a responsabilidade da ré pelo desfazimento do negócio, uma vez que houve atraso na conclusão das obras, proveniente de embargo do empreendimento, bem como que o imóvel foi entregue eivado de vícios, que não foram sanados. Devida a devolução de todos os valores pagos pelo autor, o que engloba também aqueles relativos à comissão de corretagem e taxas de assessoria, uma vez que constituem dano emergente suportado pelo com o desfazimento do negócio. ***LUCROS CESSANTES. Descabimento da indenização, no caso em tela. O descumprimento do prazo para entrega do imóvel acarretou na rescisão contratual com devolução de todos os valores pagos pelo autor, acrescidos de correção monetária e juros moratórios, medida suficiente para devolver as partes ao status quo anterior****. DANOS MORAIS. Devida indenização pelos danos morais sofridos, diante das peculiaridades do caso concreto. Valor arbitrado em R$ 15.000,00, de acordo com entendimento desta Câmara. Sucumbência maior da ré, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do representante do autor, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ. (V.24461)* (Apelação nº 1045837-04.2013.8.26.0100, Relator Desembargador **VIVIANI NICOLAU**, com a participação dos Des. **DONEGÁ MORANDINI** e **CARLOS ALBERTO DE SALLES**, data do julgamento: 28/03/2017, destaque não original).

Portanto, o recurso das corrés "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares" é provido, neste ponto, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

6. Dos juros e correção monetária.

As apelantes "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares" postularam, em seu recurso, pela incidência de juros e correção monetária sobre o valor a ser devolvido somente a partir do trânsito em julgado do presente acórdão.

Contudo, este pedido não comporta acolhida. A rescisão contratual, no caso em tela, foi motivada pelo descumprimento das vendedoras. Nesta hipótese,

Acesso ao Sumário

a autora faria jus à devolução dos valores pagos a partir da citação, uma vez que esta constitui os réus em mora. Por este motivo, correta a incidência de juros moratórios a partir da citação.

A hipótese presente não deve ser confundida com caso de rescisão motivado pelo adquirente, ocasião na qual os juros moratórios seriam devidos a partir do trânsito em julgado.

Por fim, a correção monetária deve ser computada a partir de cada desembolso, de acordo com a Tabela Prática deste Tribunal, uma vez que não representa remuneração sobre o capital, mas simples manutenção do valor real da moeda.

Portanto, neste ponto a sentença recorrida também não comporta qualquer reparo, sendo negado provimento ao recurso.

7. Da sucumbência.

O recurso das corrés "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares" foi parcialmente provido, apenas para afastar a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes. As partes permanecem sucumbentes em grau equivalente, e deverão arcar com as custas e despesas processuais a que deram causa, bem como com os honorários advocatícios de seus próprios patronos, admitida a compensação de honorários sucumbenciais uma vez que a decisão recorrida foi prolatada na vigência do CPC/1973.

Conclusão.

O recurso do corréu "Hélio Seibel" é desprovido.

O recurso das corrés "Scopel" e "Residencial Raposo Tavares" é parcialmente provido, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. **Franciulli Netto**, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. **Denise Arruda**, publicado em 25/10/2004).

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DAS CORRÉS "SCOPEL" E "RESIDENCIAL RAPOSO TAVARES", E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO CORRÉU "HÉLIO SEIBEL"**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013122-31.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, são apelados/apelantes IDA TEIXEIRA e ALEXANDRE TEIXEIRA JUNIOR.

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 aos recursos. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.551)**

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

São Paulo, 7 de julho de 2017.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Seguro Saúde - Incidência do prazo prescricional decenal do artigo 205 do Código Civil - Contrato anterior à lei 9.656/98 e ao Estatuto do Idoso - Previsão contratual de reajustes por faixa etária após os 60 anos de idade - Regularidade, nos termos de Recurso Repetitivo apreciado pelo E. STJ - Magnitude dos aumentos, contudo, abusiva e injustificada - Redução a patamares adequados em cumprimento de sentença - Devolução dos valores pagos a maior somente a partir do ajuizamento da ação - Recursos parcialmente providos.

VOTO

Ação de revisão contratual cumulada com restituição de valores julgada procedente em parte pela r. sentença de pgs. 235/242, de relatório adotado, para declarar nulos os reajustes por faixa etária a partir dos 60 anos de idade, ressalvados os reajustes anuais da ANS e condenar a ré a restituir de forma simples os valores pagos a maior desde um ano antes da propositura da ação.

Recorre a ré alegando que o prêmio do seguro não constitui sua remuneração, mas sim verba prestada pelo segurado em favor de um fundo comum que é administrado conforme as regras do mutualismo.

Argumenta que o reajuste em decorrência da mudança de faixa etária é

Acesso ao Sumário

lícito e tem o objetivo de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Faz menção a precedente do STJ que entendeu não serem ilícitos os reajustes por faixa etária após os 60 anos, que são regulamentados e permitidos pela ANS.

Ao final, sustenta não haver violação ao Código de Defesa do Consumidor, não se aplicar o Estatuto do Idoso e que os princípios da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos devem prevalecer.

Apelam também os autores, por meio de recurso adesivo, alegando que o prazo prescricional aplicável é o decenal do artigo 205 do Código Civil. Assim, devem ser restituídos os valores pagos a maior desde 10 anos antes da distribuição da demanda.

Recursos processados e respondidos.

É o relatório.

Narra a inicial que os autores são beneficiários de seguro saúde individual da ré desde 15/04/1991 e que o valor da mensalidade é reajustado em decorrência da mudança de faixa etária, da variação dos custos médico-hospitalares e da variação do índice de sinistralidade.

Alegam que quando a coautora completou 65 anos de idade sua mensalidade sofreu um reajuste de 62,50%, passando de R$ 807,76 para R$ 1.312,20.

Informam, ainda, que com base nos índices de reajuste da ANS o valor da mensalidade deveria ser de R$ 1.226,59, mas, em setembro de 2015, o valor da mensalidade alcançaria o montante de R$ 1.751,69.

Daí o ajuizamento desta demanda.

A sentença, aplicando o prazo prescricional ânuo, acolheu apenas em parte os pedidos formulados na inicial para declarar nulos os reajustes por faixa etária a partir dos 60 anos de idade e condenar a ré a restituir de forma simples os valores pagos a maior desde um ano antes da propositura da ação.

Respeitado o entendimento do magistrado, a decisão merece pequeno reparo.

Analiso conjuntamente os recursos.

Anoto, de início, que a sentença foi omissa em relação a dois pedidos formulados na inicial (abusividade da cláusula que prevê reajuste pela variação dos custos médico-hospitalares e pela variação do índice de sinistralidade).

Entretanto, como os autores não falaram nada sobre isso no Recurso Adesivo, não se tratando de questões que se possa conhecer de ofício, não cabe voltar ao tema.

Por outro lado, o prazo prescricional aplicável é o decenal do artigo 205 do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Isso porque, "*os contratos de seguro saúde e de plano de saúde sujeitam-se à normatização própria e especial, assim não, de modo primário, ao Código Civil. Sucede que, na chamada Lei dos Planos de Saúde, não se contemplam prazos próprios de prescrição para exercício das pretensões lá contidas. Contudo, uma outra remessa na mesma lei se erige, particularmente em seu artigo 35-G, a preceituar a aplicação subsidiária, aos contratos de seguro saúde e planos de saúde, das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Mas, se assim é, outra lacuna se revela. É que o prazo prescricional que se levou ao CDC é o do artigo 27, porém previsto para reparação de danos causados pelo fato do produto ou do serviço, tal como concebidos e disciplinados na Seção II, artigos 12 a 17. Ou seja, um defeito de segurança do produto ou serviço, móvel da potencial causação de danos pessoais ao consumidor. Enfim, o chamado acidente de consumo. Convenha-se, de que no caso em tela não se agita. Destarte, o socorro ao CDC, para fixação de um prazo, frise-se, de prescrição da pretensão existente entre o consumidor e a operadora ou seguradora de saúde não colmata a lacuna que a respeito se contém na Lei dos Planos de Saúde. Outra há de ser, então, a remissão. Torna-se, pois, ainda uma vez ao Código Civil, afinal o estatuto genérico do direito privado. O que, a uma primeira interpretação, poderia levar à conclusão de que o prazo a aplicar, então, seria o ânuo, dos seguros em geral, sabido que a analogia, expediente integrativo, se vale de paradigma de maior similitude, afinal tendo-se em conta norma prescricional, no CC, atinente aos seguros. Todavia, não se há de olvidar a circunstância e preocupação da Lei dos Planos de Saúde com a fixação de uma disciplina protetiva do usuário. A ponto, vem de se examinar, de remeter à aplicação de lei especial igualmente protetiva, como tal tomado o Código de Defesa do Consumidor, e por imperativo constitucional (art. 5º, XXXII). Portanto, neste contexto, se no Código Civil, para regramento da prescrição, se pode encontrar mais de uma alternativa de estabelecimento do lapso respectivo, então a opção se deve dar atenta ao comando superior de maior proteção ao usuário dos serviços privados de saúde. E tal se cumpre, em real operação sistemático-teleológica, uma vez considerado aplicável à espécie o prazo comum decenal para exercício das pretensões em geral. Afasta-se, deste modo, a incidência de regra especial de prescrição das pretensões securitárias se, afinal, o próprio Código Civil, no capítulo da disciplina do seguro, estatuiu que não aplica aos casos de reembolso de despesas hospitalares e de tratamento médico (art. 802). Não se haveria de, numa espécie de retorno remissivo, sair do CC, por seu expresso comando, para tratamento do seguro saúde, porém a ele retornando-se, a fim de suprir falta de regra da legislação especial, para colher norma prescricional, justamente, do seguro que o mesmo CC dispôs inaplicável às hipóteses de contratos de saúde. Pior, a dano de quem o sistema quer tutelar de modo diferenciado. Aliás, é bem de ver que, mesmo quando, na lei especial, se encontra regra específica, e particularmente acerca da prescrição, tem-se socorrido do CC desde que nele se entreveja regra mais favorável a quem, na relação, ocupe posição vulnerável, portanto alguém a cuja proteção se volta o sistema. Como salientam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e*

Acesso ao Sumário

Bruno Miragem, comentando o artigo 27 da Lei 8.078/90, e exemplificando com inúmeros arestos, 'o sistema de responsabilidade sem culpa e solidária do CDC é rápido e eficaz, mas, em caso de prescrição, a jurisprudência tem utilizado o art. 7º do CDC (abertura do sistema) para utilizar o prazo geral, de 20 anos, ou agora (artigo 205 do CC/2002) de 10 anos para beneficiar o consumidor, bem ao espírito do CDC.' (Comentários ao CDC, RT, 2003, p. 380)." (Claudio Bueno de Godoy, trecho de voto proferido nos Embargos de Declaração de n. 994.07.017589-1)

Nesse sentido já decidiu o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. REAJUSTE. FAIXA ETÁRIA. PRESCRIÇÃO. DECENAL. ART. 205 DO CC. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. É decenal o prazo prescricional aplicável aos casos em que se discute a revisão de cláusula considerada abusiva pelo beneficiário de plano de saúde, nos termos do que disciplina o art. 205 do Código Civil. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 624.309 - Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE - j. 28/04/2015).

Isto superado, passo a analisar o que mais se alegou.

As argumentações da ré em relação à natureza do prêmio securitário e aos princípios da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos não alteram o resultado do julgamento, pois a eventual abusividade dos reajustes aplicados deve ser analisada observando-se as peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, acerca de reajustes como o objeto da lide, havia este Tribunal de Justiça corretamente assentado entendimento por meio da Súmula nº 91:

"*Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária*".

Ocorre que a Segunda Seção do C. STJ, por meio do Recurso Repetitivo nº 1.568.244-RJ, de relatoria do E. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, estabeleceu orientação diversa que, mesmo a meu ver equivocada, deve ser seguida:

"*a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.*"

Dessa forma, em que pese meu posicionamento anterior, inviável reconhecer irregularidade por si só na previsão de reajuste por faixa etária do beneficiário idoso, em contratos celebrados antes da entrada em vigor da lei

Acesso ao Sumário

9.656/98 e do Estatuto do Idoso, desde que a eles não adaptados.

Todavia, no caso dos autos, quando a coautora completou 66 anos de idade, em abril de 2011, foi aplicado um percentual de reajuste de aproximadamente 62,50%, passando a mensalidade de R$ 807,76 para R$ 1.312,20 e com projeção de alcançar em setembro de 2015 o valor de R$ 1.751,69.

Assim, embora formalmente o aumento encontre amparo no entendimento já mencionado, é evidente que essa majoração visa burlar as disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, impondo à consumidora, em decorrência de sua idade, reajuste abusivo e sequer suficientemente justificado, inviabilizando a continuidade do contrato.

Em hipóteses análogas já decidiu este E. Tribunal:

"*(...)* Não houve, pelo que *verifica, distribuição das majorações por tempo e faixas etárias suficientes a evitar o elevado e concentrado reajuste. A conduta da ré, ao aumentar de uma só vez a mensalidade do plano de saúde nos limites máximos autorizados pelos órgãos reguladores, evidencia típica manobra abusiva e ilícita, porque visa a surpreender o consumidor com alto reajuste e excluí-lo do contrato, agora que alcança faixa etária de maior sinistralidade. Abuso de direito. Quebra do dever de boa-fé. Ao autorizar que a operadora do plano de saúde possa reajustar a prestação do contrato até seis vezes o valor da primeira faixa de idade, o que pretende o legislador e os atos normativos do setor, é que a operadora distribua o reajuste entre as faixas de idade dos usuários do plano, de modo a permitir que, progressivamente, possa o consumidor se adaptar aos novos valores. Reajustar excessivamente a prestação, depois de atrair o consumidor para o plano com um valor abaixo do mercado, é sem dúvida manifestação inequívoca da má-fé*". (Ap. 4002540-85.2013 Rel. Carlos Alberto Garbi 10ª Câmara de Direito Privado - j. 22/07/2014).

Apelação - Plano de saúde - Reajuste por faixa etária no percentual de 107,51% - Embora o reajuste tenha previsão contratual e respeitado as regras estabelecidas pela Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS a distribuição inadequada não permite que o consumidor se adapte aos novos valores e isso inviabiliza a continuidade do contrato, praticamente expulsando os mais idosos - Abusividade à luz do Código de Defesa do Consumidor - Cláusula afastada e aplicados os índices divulgados pela ANS - Devolução dos valores cobrados em excesso - Recurso da ré não provido - Recurso da autora provido. (Ap. 1037229-46.2015 - Rel. Luis Mario Galbetti - 7ª Câmara de Direito Privado - j. 24/02/2016)

E o próprio E. STJ, na mesma decisão citada, anotou que os percentuais de aumento devem observar as normas da legislação consumerista, estabelecido nesse campo o Tema 952:

"*O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar*

Acesso ao Sumário

fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido 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." (g.n.)

Nesse quadro, ainda que por fundamento diverso, devem ser afastados os reajustes objeto da lide.

Não por completo, contudo, ainda segundo entendimento adotado pela Segunda Seção do E. STJ na decisão já citada:

"*Nesse passo, cumpre ressaltar que, se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde devido à alteração de faixa etária, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.*"

Quanto ao que foi pago a maior, ressalvado meu entendimento pessoal, prevalece nesta C. Câmara que a restituição deve ocorrer somente a partir do ajuizamento da ação, porque neste momento que foi exteriorizada a discordância com a cobrança.

Nesse sentido:

"*DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS A MAIOR - Pretensão que só cabe a partir do ajuizamento - Momento em que o consumidor passa a se insurgir contra a cobrança. (...) E tal devolução deve mesmo ser simples e não em dobro, pois a divergência acerca do tema justifica a cobrança a maior, afastando a incidência do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), conforme tem reiteradamente decidido esta mesma Câmara.*" (Ap. 0006440-62.2012 - Rel. Percival Nogueira - j. 04/12/2012).

Dessa maneira, depois da apuração do adequado percentual de reajuste a ser aplicado, os valores eventualmente pagos a maior a partir do ajuizamento da ação deverão ser restituídos, com correção monetária do desembolso e com juros de mora da citação.

Por fim, mesmo com as determinações acima, a sucumbência é preponderante da ré, que arcará com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários fixados por equidade, observando a natureza e a complexidade da causa, bem como o trabalho desenvolvido em R$ 1.000,00, montante de se mostra adequado para remunerar de forma condigna o trabalho do advogado.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007915-43.2012.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A, é apelado DJANIRA MAIA CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.612)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 6 de julho de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES - Decreto de parcial procedência (afastamento dos reajustes e devolução dos valores pagos a maior) - Apelo interposto pela ré, improvido por esta Turma Julgadora - Interposição de recurso especial (ainda não recebido) e determinação da Seção de Direito Privado, pela aplicação do disposto no 1.030, II, do Novo CPC (antigo art. 543-C, § 7º, II) - Recente precedente do C. STJ, afetado pela Lei de Recursos Repetitivos, sedimenta posicionamento no sentido da prescrição trienal quanto à pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de reajustes de plano de saúde - Reajustes objeto de demanda, ocorrido, respectivamente, em dezembro de 2001, janeiro de 2007 e janeiro de 2012 - Demanda ajuizada em setembro/2014 - Circunstância que implica no reconhecimento da prescrição com relação à restituição das mensalidades vencidas três anos antes da propositura da ação - Precedentes deste E. Tribunal - Com relação aos meses subsequentes, fica mantida a declaração de nulidade dos reajustes praticados - Embora exista previsão contratual para reajuste por

Acesso ao Sumário

mudança de faixa etária após o beneficiário/titular atingir 71 anos de idade, os aumentos praticados afrontam o Estatuto do Idoso e, ainda o disposto na Súmula 91 deste E. Tribunal de Justiça (*Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária*) - De outra parte, os reajustes anuais (que não se confundem com aquele praticado em decorrência do aumento da faixa etária) ficam mantidos - Descabida fixação de acordo com os índices editados pela ANS - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença (fls. 213/221) proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito, Doutor Carlo Mazza Britto Melfi, nos autos de Ação Declaratória cumula com Indenização por Danos Morais que, decidindo pelo mérito os pedidos formulados na inicial, decretou a procedência, confirmando a liminar, ora deferida, declarando a nulidade do reajuste (cláusula 15 e 16.3.), em razão da progressão de faixa etária da parte autora a partir dos 71 anos de idade, arcando, cada parte nas custas e honorários advocatícios de seus respectivos defensores em razão da sucumbência recíproca.

Inconformada, apela a vencida (fls. 230/264), reitera a arguição de prescrição, nos moldes do artigo 206, § 1º, II, *b*, do Código Civil. Quanto ao mais, pugna pela necessidade de reforma integral da r. sentença recorrida, eis que o autor tinha plena ciência dos reajustes aqui discutidos, que encontram amparo em cláusula contratual redigida, segundo sustenta, 'de forma clara e transparente', daí porque não padece de nulidade, devendo prevalecer. Salienta que inocorre afronta à legislação consumerista. Por tais razões, aguarda o provimento recursal, julgando-se totalmente improcedente a ação, mantidos os reajustes em comento.

O recurso foi recebido pelo r. despacho de fls. 282 e respondido às fls. 287/299.

Esta Turma Julgadora, por intermédio do aresto de fls. 308 e seguintes, negou provimento ao recurso.

Interposto recurso especial pela corré Sul América (fls. 318/336), sem apresentação de contrarrazões conforme certidão de fls. 355, sobreveio a r. determinação de fls. 359/361, oriunda da Presidência da Seção de Direito Privado, pela aplicação do disposto no artigo 1.030, II, do Novo CPC (antigo

Acesso ao Sumário

543-C, § 7º, II), à hipótese, retornando os autos a esta Turma Julgadora para este fim.

É o relatório.

Conforme observado na parte final do relatório deste agora novo aresto, em cumprimento à r. determinação de fls. 359/361, da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça e visando dar atendimento ao disposto no artigo 1.030, II, do Novo CPC (antigo 543-C, § 7º, II), passa-se à reapreciação da questão relativa à prescrição.

A resposta, no caso em exame, agora é parcialmente positiva.

De início, insta consignar que o entendimento constante no anterior aresto (publicado aos 31 de julho de 2015), sofreu substancial alteração, exatamente diante de mais recente precedente do C. STJ, de lavra do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, no âmbito dos Recursos Especiais números 13660969/RS e 1361182/RS (publicados em 19 de setembro de 2016) - afetado pela Lei de Recursos Repetitivos - por meio do qual restou exarada a tese de que '*Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.*'

Confira-se a ementa:

"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.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a

Acesso ao Sumário

consequente restituição dos valores pagos indevidamente. Torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última deste tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme prazo prescricional aplicável.

3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrasto de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002)...".

Acesso ao Sumário

No caso em exame, os reajustes objeto da demanda foram, respectivamente, aplicados em fevereiro de 2006 e agosto de 2008. Tendo a ação sido ajuizada aos 12 de setembro de 2011, configurada a prescrição trienal no que tange à pretensão condenatória do pagamento de diferença dos valores pagos a maior, o

que ora se decreta, passando-se ao exame da nulidade dos reajustes e a devolução dos valores pagos a maior, após tal período.

Nesse sentido, recentíssimo julgado da 10ª Câmara de Direito Privado, extraído dos autos da Apelação n. 1025110-25.2015, Rel. JOÃO CARLOS SALETTI, do qual se extrai, com relação à prescrição:

"PRESCRIÇÃO - Seguro Saúde - Ação de obrigação de fazer - Pretendida aplicação da regra do art. 206, § 1º, II, 'b', do CC (prescrição ânua) relativa à pretensão do segurado - Impossibilidade, por não se cuidar propriamente de contrato de seguro, mas de seguro-saúde, destinado à prestação de serviços de saúde, com regulação própria pela Lei 9.656/98 - Julgamento, entretanto, do Recurso Especial nº 1361182/RS, na sistemática dos recursos repetitivos, que reconheceu prescrever em três anos a pretensão condenatória de pagamento de diferenças de prestações pagas a maior, para reconhecer abusividade e valores pagos indevidamente, em prestações de plano de saúde, por aplicável o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil: prescreve em três anos 'a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa' - Recurso parcialmente provido, para esse fim, declarando prescritas as diferenças anteriores a 22 de setembro de 2012."

E ainda:

"1. Prescrição. Ocorrência. Recurso Repetitivo RESp nº 1.360.969/RS. Durante a vigência do contrato, pode-se, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal com a consequente revisão da mensalidade, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Pretensão à devolução de valores que se submete à prescrição trienal (art. 206, § 3º, IV, do CC). Pretensão da autora à devolução de valores limitada ao período de três anos anteriores à propositura da ação. (Apelação n. 1002688-26.2016.8.26.011, 3ª Câmara, Rel. CARLOS ALBERTO DE SALLES, j. 08.04.2017, **v.u.)."**

Passa-se, pois, à análise do mérito recursal somente a partir de 12 de setembro de 2008 (três anos anteriores à data da propositura da ação), até mesmo porque, com base no recurso repetitivo antes transcrito, '*pode o contratante, durante a vigência do contrato, **a qualquer tempo**, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa*'.

Destarte, com relação aos reajustes - a partir de setembro de 2008, frise-se - em que pesem os reclamos de ambas as apelantes e também não obstante a previsão contratual, força convir que a aplicação dos percentuais de 73,72% à autora e 73,87% ao autor (quando atingiram 60 anos de idade) é flagrantemente abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor - o que já foi observado por esta Turma Julgadora, ao negar provimento aos agravos interpostos por ambas as rés, tirados em face da decisão que antecipou os efeitos da tutela, justamente

Acesso ao Sumário

para afastar referidos reajustes, conforme abaixo:

"É dentro dessa compreensão do instituto que se *pode dizer, aqui, presentes a verossimilhança e o risco de dano, com fundado receio de sua possível irreparabilidade.*

Assim é que há verossimilhança, na medida em que se cuida de contrato coletivo firmado entre a ora agravante e a empresa Philips do Brasil no ano de 1999, sendo que a partir de então, tal plano foi disponibilizado ao autor e sua cônjuge (ora agravados), em decorrência de relação de trabalho mantida com esta última empresa, mediante descontos mensais em folha de pagamento.

Muito embora a questão da legalidade do reajuste em comento constitua matéria a ser decidida por ocasião do sentenciamento, a evidência que, a persistir a majoração da mensalidade no percentual de 73,84%, tal situação poderá acarretar a inadimplência dos recorridos e, via de conseqüência, a perda da cobertura contratada - o que torna também evidente a presença da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação aos agravados.

De outra parte, nem se cogite quanto à existência de prejuízo irreparável à agravante, já que ao menos até o sentenciamento, continuará recebendo o valor da mensalidade sem o reajuste decorrente da majoração da idade dos agravados, mas com aqueles autorizados pela ANS - o que permite a continuidade da relação contratual.

Assim, pela necessidade de prosseguimento da demanda, aliada ao fundado receio de dano irreparável aos agravados, justificada a suspensão do reajuste até o sentenciamento, ressaltando-se a importância do bem versado, qual seja, a saúde e a própria vida dos autores...".

O processamento da ação principal não alterou esse entendimento, cumprindo anotar que não obstante a previsão contratual, força convir pela ilegalidade, eis que praticados após os apelados atingirem sessenta anos de idade, em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso e, ainda, ao disposto na Súmula 91 deste E. Tribunal de Justiça (*Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária*).

Nesse sentido e direção, julgado da 9ª Câmara, extraído dos autos da Apelação n. 4008409-97.2013, envolvendo situação idêntica, que teve como Relator o Desembargador ALEXANDRE LAZARINI:

"SEGURO SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA LEI Nº 9656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO. ABUSIVIDADE VERIFICADA NO CASO EM APREÇO.

1. Sentença que julgou procedente para condenar a requerida

Acesso ao Sumário

a excluir das prestações do contrato de seguro de assistência médica hospitalar os índices de aumento aplicados em razão das mudanças de faixa etária da autora, a partir do momento em que completou 60 anos de idade, tornando definitiva a tutela antecipada. Condenou, ainda, a requerida a devolver todos os valores recolhidos a maior, incidentes correção monetária (Tabela TJSP) a partir da data de cada desembolso e juros de mora de 01% ao mês a partir da citação..."

E ainda:

"AGRAVO REGIMENTAL - SEGURO-SAÚDE - Cláusula fixando o reajuste por mudança de faixa etária após os 61 anos de idade - Inadmissibilidade - Obrigação de trato sucessivo ou execução continuada - Incidência do Estatuto do Idoso - Súmula 91 do TJSP - Aplicação imediata de norma de ordem pública sobre as prestações pagáveis a partir da respectiva vigência - Ilegalidade de cláusula contratual pela impossibilidade de variação de faixa de preço após 60 anos de idade - Afronta ao art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, ao art. 15 da Lei nº 9.656/9 e ao art. 51 do CDC - Devida a devolução dos valores cobrados a maior - Decisão mantida - Recurso improvido." (Apelação n. 10367660-07.2015, 7ª Câmara, Rel. SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ, j. 25.11.2015, v.u.).

Destaca-se ainda a ementa tirada dos autos da APELAÇÃO CÍVEL Nº 1013892-38.2014, Rel. LUIZ AMBRA, pela 8ª Câmara, conforme segue:

"PLANO DE SAÚDE - Apelo contra sentença que julgou procedente a demanda - Alegação de julgamento extra petita - Inocorrência - Estatuto do Idoso - Mudança de faixa etária - Impedimento ao reajuste, em razão disso, em se tratando de pessoa maior de sessenta anos - Alegação de que o contrato seria anterior à Lei 9656/98 - Irrelevância - Renovações, entretanto, anuais e sucessivas desde a contratação, de molde a fazer com que ulteriores a esse diploma produzam esse efeito - Prescrição ânua afastada - Sentença mantida - Apelo improvido."

No mesmo sentido e direção, julgado da 3ª Câmara de Direito Privado, nos autos da AC 0006544-11.2011:

"PLANO DE SAÚDE - Estatuto do Idoso - Mudança de faixa etária - Impedimento ao reajuste, em razão disso, em se tratando de pessoa maior de sessenta anos - Alegação de que o contrato seria anterior à lei 9656/98 - Irrelevância - Renovações, entretanto, anuais e sucessivas desde a contratação, de molde a fazer com que as ulteriores a esse diploma produzam esse efeito - Prescrição afastada - Sentença mantida - Apelo improvido - Superveniência, todavia, de acordo entre as partes, concomitante à remessa dos autos à Mesa Julgadora, que ora fica homologado Recurso julgado prejudicado."

Acesso ao Sumário

Igual destaque merece recentíssimo precedente da 10ª Câmara (Apelação 0907926-27.2012.8.26.0506, Rel. CARLOS ALBERTO GARBI):

"PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. PREVISÃO DE FAIXAS ETÁRIAS. MAJORAÇÕES QUE DEVEM SER DISTRIBUÍDAS. ABUSIVIDADE NA CONDUTA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE, DE APLICAR DE UMA SÓ VEZ O REAJSUTE, NO ANIVERSÁRIO DE 60 ANOS DO USUÁRIO. OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS NÃO PROVIDOS."

Nem se diga que a afetação constante no julgamento do RESP 1568244/RJ alteraria tal entendimento. Como, aliás, bem observado no julgado do Exmo. Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES (antes mencionado):

"A apelante não comprova, por qualquer documento ou outro meio idôneo de prova, a origem desses percentuais e a razoabilidade de sua incidência. Não há qualquer documento que demonstre cálculo atuarial para a origem daqueles valores reajustados conforme o aniversário da segurada.

Além disso, confira-se o que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso repetitivo nº REsp 1.568.244/RJ.

Com efeito, nesse recurso, decidiu-se que o reajuste de plano de saúde individual por mudança de faixa etária é válido 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.*'

...

No caso, como visto acima, o reajuste afigura-se abusivo (art. 51, IV do CDC) e discriminatório ao idoso (art. 15, § 3º, Lei nº 10.471/2003)."

Exatamente esta a hipótese versada, aonde se configura abusivo e desarrazoado o reajuste praticado, onerando excessivamente a apelada, em evidente discriminação, porquanto pessoa idosa. Correto, pois, seu afastamento.

Por derradeiro e nesse particular respeitado o entendimento do d. Magistrado sentenciante, o afastamento dá-se apenas ao reajuste objeto da demanda, aplicado em decorrência da alteração da faixa etária da autora, de modo que os reajustes anuais previstos no contrato e que não se confundem com aqueles praticados em decorrência do aumento da faixa etária, ficam mantidos, sendo descabida fixação de acordo com os índices editados pela ANS.

Exatamente por conta disso, o recurso é parcialmente provido para declarar a prescrição da pretensão da autora à devolução dos valores pagos a maior, em decorrência de reajuste praticado três anos antes da data do ajuizamento da ação, autorizados os reajustes anuais e não aqueles editados pela ANS, mantida, no

Acesso ao Sumário

mais, a r. sentença recorrida, inclusive no tocante à sucumbência.

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006174-14.2015.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante A.L.F. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada R.L.F.

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 17858)**

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

São Paulo, 12 de julho de 2017.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Ação de divórcio. Sentença de parcial procedência. Inconformismo do réu quanto à concessão de justiça gratuita à autora e à partilha do valor por ele recebido de seu FGTS. Descabimento. Não se desincumbiu o apelante de provar que a autora não faz jus à gratuidade processual. Benefício mantido. Valores recebidos de FGTS correspondentes a direitos adquiridos na constância do casamento sob o regime da comunhão parcial de bens são comunicáveis. Precedentes do STJ. Fixação de honorários sucumbenciais recursais (§ 11 do art. 85, do CPC/2015 c/c Enunciado Administrativo nº 7 do STJ). Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 175/177, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de divórcio cumulada com alimentos movida por R.L.F. em face de A.L.F., para partilhar os bens na forma ali disposta, rejeitando o pedido de alimentos formulado pela autora. Ressaltou que o divórcio foi decretado às fls. 122/123 e, diante da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios,

Acesso ao Sumário

fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade da justiça.

Embargos de declaração opostos pela autora (fls. 185/186), foram rejeitados (fls. 211).

O réu apela e pugna pela parcial reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 187/196.

Recurso tempestivo, isento de preparo por ser o apelante beneficiário da justiça gratuita e respondido (fls. 217/221).

É o relatório.

Cinge-se o inconformismo do réu à concessão do benefício da justiça gratuita à autora, bem como à partilha do valor por ele recebido de FGTS.

Contudo, não assiste razão ao apelante, sendo o caso de negar provimento ao recurso.

Primeiramente, passo a analisar a questão concernente à concessão dos benefícios da justiça gratuita à autora.

Sobre o tema, ressalte-se que o entendimento adotado por esta relatoria, quando o pedido é formulado na fase postulatória, é no sentido do deferimento da assistência judiciária gratuita, pois, se o juiz não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, basta, para a pretendida concessão, a afirmação da parte de sua pobreza, até prova em contrário.

A presunção de veracidade da alegada incapacidade financeira é suficiente para a concessão do benefício (art. 99, § 3º, do CPC), ressalvadas situações em que fique evidenciada, de plano, a possibilidade financeira do pretendente do benefício.

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

Acesso ao Sumário

O ônus da prova de que o requerente da assistência judiciária possui condições de pagar as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento é da parte contrária. Conforme anotado por THEOTÔNIO NEGRÃO:

> "*Art. 4º: 2b. O ônus da prova de que o requerente da assistência judiciária está em condições de pagar as despesas do processo é da parte contrária porque seria exigir prova negativa imputá-lo ao requerente do benefício; cumpre ao impugnante provar a existência das condições do requerente. Assim: Para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação de que a assertiva não corresponde à verdade, mediante*

provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica (STJ - Corte Especial, ED no REsp 388.045, Min. Gilson Dipp, j. 1.08.03, DJU 22.9.03)" (Comentários ao Código de Processo Civil e Legislação em Vigor, 45ª edição, SP, Ed. RT, 2013, p. 1.258, nota 2b ao art. 4º da Lei 1.060/50).

Tecidas tais considerações, não vejo no caso vertente razões para a não concessão do benefício, até porque a lei não exige o total estado de miserabilidade para a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, sendo possível sua extensão à sofrida classe média. Aliás, a privação de recursos também pode ser temporária, como já entendeu este E. Tribunal (TJSP - Agravo de Instrumento nº 0301827-90.2011.8.26.0000, Rel. Des. LUIZ AMBRA, j. em 29/02/2012).

O fato de a apelada não necessitar de alimentos (porque pode provê-los com seu trabalho) não implica necessariamente na conclusão de que possui condições de arcar com as despesas processuais e honorários de sucumbência, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família.

Por outro lado, a contratação de advogado particular, tomada como fato isolado e por si só, também não configura motivo para o indeferimento do benefício, não elidindo a presunção relativa que milita em favor do impugnado, nos termos do § 4º, do art. 99, do CPC, que dispõe: "*A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça*".

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

Por tais razões, fica mantido o benefício da justiça gratuita à apelada.

No tocante aos valores recebidos pelo apelante de FGTS, foram corretamente partilhados na sentença.

As partes se casaram em 25/03/2006, sob o regime da comunhão parcial de bens (fls. 18).

Valores de saldo de FGTS correspondentes a direitos adquiridos na constância do casamento sob o regime da comunhão parcial de bens são comunicáveis, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial nº 1.266.527/RS - "*[...] Com efeito, o entendimento exarado por esta eg. Corte apresenta solução mais (consentânea??) justa à contenda em exame, no que se refere à partilha do patrimônio adquirido com pecúnia oriunda de depósitos de conta vinculada ao FGTS, realizados durante o período do matrimônio.*

Nesse momento, tem-se por oportuno identificar e conceituar o FGTS,

Acesso ao Sumário

e, para tanto, convém destacar na doutrina pátria, o entendimento de ***Sergio Pinto Martins***:

> 'Na verdade, o FGTS vem a ser um depósito realizado na conta vinculada do trabalhador, uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito, ou até um prêmio pelo número de anos trabalhados na empresa. Visa esse depósito reparar a dispensa injusta por parte do empregador, relativamente ao período de servido do operário na empresa. Assim, tem natureza compensatória, no sentido de compensar o tempo de serviço do empregado na empresa. Proporciona, ainda, recursos ao Poder Público para a realização de sua política habitacional.
>
> Não se confunde o FGTS, porém, com a indenização, pos esta visa apenas ao ressarcimento pelo 'dano' causado pelo empregador ao empregado pela perda do emprego desta; além do quê o FGTS foi criado justamente para substituí-la.
>
> Individualmente, o FGTS serve como uma espécie de poupança para que o trabalhador quando for dispensado ou em outros casos previstos em lei.
>
> Coletivamente, serve para financiar construções de habitações populares, obras de saneamento básico.
>
> Servirão também os depósitos do FGTS para quando o empregado venha a adquirir sua casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, ocasião em que poderá utilizá-lo para amortização total ou parcial da dívida, ou nas demais hipóteses prevista em lei.
>
> (...)
>
> Não se pode negar, contudo, que o FGTS é um instituto de natureza trabalhista no concernente ao empregado, um direito do trabalhador, previsto inclusive na Constituição (art. 7º, III).' *(in Manual do FGTS, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, pp; 36-37)*

Mostra-se oportuno discorrer acerca do regime de comunhão parcial de bens, previsto nos arts. 1.658 a 1.666 do Código Civil de 2002. Para tanto, deve-se buscar, novamente, da doutrina pátria as lições sobre tal instituto, da qual se sobressaem as assertivas do civilista ***Silvio de Salvo Venosa****:*

> 'A ideia central no regime da comunhão parcial, ou comunhão de adquiridos, como é conhecido no direito português, é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento. (...) Na comunhão parcial, comunhão de aquestos ou separação parcial, como também é denominado esse regime, existem três massas de bens: os bens do marido, e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após

Acesso ao Sumário

o matrimônio.' (*in Direito Civil, 10ª ed. Vol. VI, São Paulo: Atlas, 2010, pp. 332-333*).

Com arrimo nos entendimentos doutrinários ora homenageados, tem-se que os depósitos vinculados à conta do FGTS realizados durante a constância do casamento devem pertencer à 'massa de bens comum do casal'. Trazendo tal entendimento para o caso em liça, deve-se reconhecer que esses valores, depositados na constância do casamento e utilizados para pagamento do imóvel em discussão, devem ser partilhados de forma igualitária.

Nessa linha de raciocínio, convém destacar os seguintes julgados:

'RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DE BENS DO CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS COM VALORES ORIUNDOS DO FGTS. COMUNICABILIDADE. ART. 271 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS ARTS. 269, IV, E 263, XIII, DO CC DE 1916. INCOMUNICABILIDADE APENAS DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS. POSSIBILIDADE DE PARTILHA.

1. Os valores oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço configuram frutos civis do trabalho, integrando, nos casamentos realizados sob o regime da comunhão parcial sob a égide do Código Civil de 1916, patrimônio comum e, consequentemente, devendo serem considerados na partilha quando do divórcio. Inteligência do art. 271 do CC/16.

2. Interpretação restritiva dos enunciados dos arts. 269, IV, e 263, XIII, do Código Civil de 1916, entendendo-se que a incomunicabilidade abrange apenas o direito aos frutos civis do trabalho, não se estendendo aos valores recebidos por um dos cônjuges, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial.

3. Precedentes específicos desta Corte.

4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.' *(REsp 848.660/RS, Rel. **Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 13/05/2011)*.

'Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade.

- Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida à meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento. - As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido.' *(REsp*

Acesso ao Sumário

*646.529/SP, Rel. **Ministra NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 266).”* (STJ - Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, j. em 03/09/2013).

Dessa forma, correta a partilha em 50% para cada uma das partes dos valores recebidos pelo apelante a título de FGTS.

Por fim, quanto aos honorários sucumbenciais recursais estabelecidos no § 11 do art. 85, do CPC, foi determinado pelo Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça: *“Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do novo CPC”.*

Considerando que no caso dos autos o recurso foi interposto contra decisão publicada após 18 de março de 2016 (fls. 213), fixo os honorários sucumbenciais recursais em 5% sobre o valor da causa, a serem pagos pelo réu/apelante ao(s) patrono(s) do autora/apelada, totalizando assim o valor equivalente a R$ 15% sobre o valor da causa, observada a gratuidade processual concedida ao réu.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016843-87.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes DANIEL ANTONIO SORRENTINO e SHIRLEY DE FÁTIMA ALMEIDA NEVES SORRENTINO, são apelados SERGIO BARTOLOMEU MICELI (INVENTARIANTE) e VICENTE MICELI (ESPÓLIO).

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 31212)**

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

São Paulo, 24 de julho de 2017.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO - Direito potestativo do coproprietário de postular a extinção do condomínio a qualquer tempo - Inteligência do artigo 1.320 do Código Civil - Inocorrência de

aquisição da totalidade do imóvel pelos réus por meio de usucapião - Ocupação da totalidade do imóvel por mera tolerância do autor que, a rigor, nem induz posse - Inexistência de posse *ad usucapionem* - Extinção de condomínio com determinação para alienação judicial do imóvel mantidos - Sentença que comporta único reparo, para excluir a condenação dos réus ao pagamento de aluguéis, em vista da falta de pedido expresso na inicial nesse sentido - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 310/313 dos autos, que julgou procedente a ação de extinção de condomínio proposta por ESPÓLIO DE VICENTE MICELI em face de DANIEL ANTONIO SORRENTINO E OUTRA, para extinguir o condomínio entre as partes e determinar a alienação judicial do imóvel, cujo valor obtido deverá ser repartido entre as partes na proporção de 40% para o autor e 60% para os réus.

Salientou ainda o *decisum* que, até a venda, deverão os requeridos pagar 40% dos aluguéis pelo imóvel ao demandante.

Fê-lo a r. sentença, forte nos argumentos de que as partes são condôminas do imóvel objeto da lide, e não há que se falar em usucapião, uma vez que não houve posse mansa e pacífica sobre o imóvel pelos antecessores dos réus.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou ainda extinta sem julgamento do mérito a reconvenção apresentada pelos requeridos, aos argumentos de que os ritos das demandas são incompatíveis, e de que os confrontantes do imóvel não foram nem poderiam ser todos citados para ocupar o polo passivo da reconvenção ao lado do autor.

Recorreram os réus, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença proferida pelo juiz que não presidiu a instrução, cerceamento de defesa e julgamento *extra-petita*. Sustentam que seu pedido de denunciação da lide a Antonio Narciso Donato e Edite Regina Gali Donato deveria ter sido acolhido, e que a reconvenção apresentada não era incompatível com o rito da ação de extinção de condomínio c/c pedido de alienação judicial do bem.

No mérito, sustentam que o pleito do autor não merece prosperar, e que seu pedido reconvencional merece acolhida, pois adquiriram a totalidade do imóvel objeto de disputa por meio de usucapião.

Esclarecem, nesse sentido, que embora tenham firmado em 10 de fevereiro de 2005 contrato pelo qual adquiriram 50% do imóvel matriculado sob o n. 79.060 no 1º CRI de Araraquara, exercem posse sobre a totalidade do bem, até

Acesso ao Sumário

por força de outros instrumentos contratuais firmados na mesma data.

Sustentam que o pagamento de IPTU relativo ao bem e a construção de muros divisórios e adaptação do terreno para instalação de um ferro-velho só corroboram sua tese, e que o contrato de locação em que o MM. Juiz de primeiro grau se baseou para afastar a tese dos réus reconvintes na verdade diz respeito a outro imóvel, e foi firmado por membro da família do autor, não pelo representante de seu espólio.

Em razão do exposto e pelo que mais argumentam às fls. 310/313, pedem o provimento de seu recurso.

O apelo não foi contrariado.

É o relatório.

1. As preliminares arguidas devem ser rejeitadas.

Não há que se falar em nulidade da sentença, sob o fundamento de que o juiz que a prolatou não foi o mesmo que determinou a especificação de provas pelas partes.

O Código de Processo Civil de 1973 previa que o juiz que concluísse a audiência deveria julgar a lide, salvo se estivesse convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passaria os autos ao seu sucessor.

Tal preceito não foi reproduzido no Código de Processo Civil de 2015, já vigente à época da prolação da decisão que determinou a especificação de provas (fls. 302).

Ademais, nem houve fase instrutória para que se cogitasse de violação à regra que determinava a prolação da sentença pelo mesmo magistrado que presidira a audiência.

E mais não é preciso aduzir para rejeitar a frágil preliminar arguida.

2. Tampouco se deve cogitar de cerceamento de defesa em virtude do julgamento antecipado da lide.

Os autos já se encontravam adequadamente instruídos para o deslinde do feito, de forma que a realização de fase instrutória não teria maior utilidade.

Ademais, a prova dos fatos sobre os quais versa a causa era essencialmente documental, e as partes tiveram oportunidade para trazer aos autos os elementos de informação que reputavam adequados à demonstração da veracidade de suas alegações.

Observo que a oitiva de testemunhas requerida por ambas as partes não teria maior relevância para o deslinde do feito, em face dos fatos já demonstrados pela prova documental e que serão analisados adiante.

Lembre-se ainda o disposto nos artigos 330, I, do CPC/73 e 355, I, do CPC/15, que autorizam o julgamento antecipado da lide, bastando que não haja

Acesso ao Sumário

necessidade de produzir outras provas.

Tal é justamente a hipótese verificada nos autos, razão pela qual rejeito a preliminar em análise.

3. O pedido dos réus reconvintes de denunciação da lide a Antonio Narciso Donato e Edite Regina Gali Donato não merece acolhida.

Embora tenham sido referidas pessoas as alienantes dos direitos sobre o imóvel aos requeridos, a hipótese dos autos não é de evicção nem de exercício de direito de regresso, as quais autorizariam tal modalidade de intervenção de terceiros, nos termos do art. 125 do CPC/15.

Na verdade, os réus pugnaram pela denunciação da lide a tais pessoas a fim de comprovar que a posse sobre todo o imóvel objeto de disputa entre as partes lhes foi transferida, e não apenas da metade ideal alienada.

Todavia, para tal fim bastava que os requeridos tivessem postulado a oitiva dos alienantes como testemunhas. Desse mister, no entanto, não se desincumbiram. Ademais, como já dito, a produção da referida prova oral seria desnecessária, em vista dos elementos de informação já constantes dos autos.

Indevida, portanto, a denunciação da lide pretendida pelos réus reconvintes.

4. A propósito, a reconvenção apresentada pelos requeridos foi corretamente extinta sem julgamento do mérito pelo Juízo *a quo*.

Afinal, a ação de usucapião, além da citação do titular do domínio, exige também a citação de confrontantes, de terceiros por edital e cientificação das fazendas públicas, como litisconsortes passivas necessárias. Tais medidas mostram-se inviáveis nesta sede.

A doutrina já admitia a reconvenção subjetivamente ampliativa ou restritiva sob a égide do CPC/73. Nas palavras de **Cândido Rangel Dinamarco**, "*a admissibilidade da reconvenção subjetivamente ampliativa é expressão da legítima tendência a universalizar a tutela jurisdicional, procurando extrair do processo o máximo de proveito útil que ele seja capaz de oferecer*", ao passo que "*a reconvenção subjetivamente menos ampla (restritiva) é autorizada, acima de tudo, pela garantia constitucional da liberdade, em decorrência da qual* nemo ad agere cogi potest" **(cf. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, Ed. Malheiros, 2001, p. 506/507)**.

No Código de Processo Civil de 2015, referida ampliação passou a contar com previsão legal expressa nos §§ 3º e 4º do art. 343.

Todavia, parece que no caso da ação de usucapião, em que se exige também a citação de confrontantes, de terceiros por edital e cientificação das fazendas públicas, providências estas não adotadas no caso em tela, a dedução do pleito pela via reconvencional se mostrou realmente inadequada.

Acesso ao Sumário

Saliente-se, porém, não haver óbices à análise da matéria como exceção substancial.

5. Por fim, cumpre reconhecer que também deve ser rejeitada a preliminar de nulidade da sentença por vício de ultra-petição.

Como se sabe, a sentença é *ultra-petita* quando decide além do pleito formulado.

Segundo a melhor doutrina, na sentença *ultra-petita*, "*o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado*" **(cf. Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 47ª ed., Ed. Forense, 2007, p. 577)**.

Pois bem. No caso em tela, os réus afirmam que o *decisum* concedeu provimento não pleiteado na inicial (aluguéis), e por isso seria nulo.

De fato, basta uma simples análise da exordial para verificar que a condenação dos réus ao pagamento de aluguéis não foi postulada pelo autor. Contudo, o vício de ultra-petição ora verificado não deve conduzir à simples anulação da sentença, com retorno dos autos à origem para nova apreciação.

Considerando que o art. 1.013, § 2º, II do CPC/15 estabelece expressamente que, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir, de rigor a imediata análise do feito.

6. O recurso comporta parcial provimento.

Segundo a certidão de matrícula do imóvel objeto de disputa (fls. 09/12), autor e réus são efetivamente condôminos do bem. O autor figura como proprietário de metade ideal desde a abertura da matrícula do lote n. 08 da quadra 03 do loteamento "Jardim Regina", na cidade de Araraquara, e os réus adquiram a outra metade ideal após sucessivas alienações, especificamente por meio de escritura lavrada e registrada em maio de 2006.

E é regra expressa do art. 1.320 do Código Civil que "a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão".

Diziam os romanos que a comunhão é a mãe da discórdia. Não resta dúvida de que constitui fonte permanente de conflitos e tensão, daí ser considerada forma anormal de propriedade, de caráter transitório. Consequência disso é a regra enunciada na cabeça do artigo acima transcrito, seguindo antigo aforismo romano: ninguém pode ser compelido a permanecer em condomínio contra a sua vontade. Enunciando a regra de modo inverso, a persistência do condomínio exige o assentimento unânime de todos os condôminos.

Todo condômino está obrigado a se sujeitar à divisão, arcando com as

Acesso ao Sumário

despesas proporcionais ao seu quinhão. Pode a divisão, ou a alienação judicial da coisa comum, ser requerida por qualquer condômino, ainda que minoritário, não se aplicando, portanto, a regra que rege a administração da coisa comum, por deliberação da maioria.

7. Na inicial, o espólio autor até admitiu que 10% dos 50% do imóvel que lhe pertenciam foram alienados pela viúva e herdeiros de Luiz Micelli, de modo que apenas 40% da propriedade com ele remanesceu.

O negócio não foi levado ao registro, mas o documento de fls. 14/15 comprova de modo suficiente sua ocorrência.

Ressalvada, porém, tal negócio, não há como reconhecer perda de percentual superior do imóvel pelo autor por usucapião, tal como alegaram os requeridos em sua defesa.

8. O entendimento dos tribunais é no sentido de que cabe usucapião entre condôminos no condomínio tradicional (ou na herança), desde que seja o condomínio *pro diviso*, ou haja posse exclusiva de um condômino/herdeiro sobre a totalidade da coisa comum.

Exige-se, em tal caso, que a posse seja inequívoca, vale dizer, que se manifeste claramente aos demais condôminos, durante todo o lapso temporal exigido em lei.

Deve estar evidenciado aos demais comunheiros que o usucapiente não reconhece a soberania alheia ou a concorrência de direitos sobre a coisa comum, a fim de evitar surpresas. O que não se admite é que situações equívocas, nas quais um dos comunheiros ocupa com exclusividade o imóvel com aquiescência dos demais, de repente se converta em propriedade, sem dar oportunidade aos condôminos de interromperem a prescrição aquisitiva.

Na lição clássica de **Lenine Nequete**, "a posse do condômino é quase sempre equívoca, quando pretende ele haver gozado com exclusividade a coisa indivisa. Para invocar utilmente a prescrição, será preciso, como diz um aresto da Corte de Dijon, que ele, através de atos exteriores e contraditórios, agressivos e perseverantes, tenha colocado os demais associados em mora na defesa de seus direitos; de outra forma, ele se reputará representar a comunhão e gozar, em virtude do título, não só para si, mas para a sociedade" **(Da Prescrição Aquisitiva, Livraria Sulina, 1.954, p. 86; no mesmo sentido, a lição de Benedito Silvério Ribeiro, Tratado de Usucapião, Saraiva, v. 1, p. 251)**.

9. No caso concreto, é equívoca a existência de efetiva posse dos réus sobre a totalidade do imóvel, embora aparentemente o bem tenha sido por eles ocupado integralmente.

Afirmam os requeridos ter adquirido posse sobre a totalidade do imóvel mediante a celebração dos contratos de fls. 98/100, 102/105 e 107/110. Da leitura dos referidos instrumentos, depreende-se que o primeiro diz respeito à

Acesso ao Sumário

venda da metade ideal do imóvel (devidamente registrada), o segundo se refere à aquisição dos 10% alienados pelos herdeiros do falecido Vicente Miceli (negócio este não levado a registro, mas admitido pelo demandante), e o último o concerne à transmissão da posse sobre a parcela remanescente do bem.

As fotos do imóvel de fls. 115/116, indicativas de sua utilização para um ferro-velho, e os carnês de IPTU de fls. 118/141, corroboram a tese de ocupação sobre a totalidade do imóvel.

Ocorre, porém, que nem de posse exatamente se pode cogitar no caso em tela, e caso ela tenha ocorrido, certamente não foi *ad usucapionem*.

É o art. 1.208 do Código Civil que prevê que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, sendo esta o comportamento de inação, omissivo, consciente ou não do possuidor, que, sem renunciar à posse, admite a atividade de terceiro em relação à coisa ou não intervém quando ela acontece. Sendo uma mera indulgência, uma simples condescendência, não implica transferência de direitos.

No caso concreto, aparentemente por um certo período de tempo o autor tolerou que sua parcela da propriedade fosse usada pelos condôminos, mas nem por isso se pode falar em renúncia da posse pelo demandante.

Em outras palavras, ainda que os apelantes tenham utilizado a integralidade do imóvel, o período de ocupação é imprestável para contar tempo para consumação da usucapião, por uma simples razão: não existe nem sequer posse, quanto mais posse qualificada, com *animus domini*.

10. É possível indagar como poderiam inverter os réus a qualidade de detentores para possuidores com posse *ad usucapionem*. Tal situação somente ocorreria no exato momento em que o detentor não reconheça ou deixe de reconhecer essa posição e revele isso de modo inequívoco e claro ao titular do domínio, para que este possa reagir e retomar a coisa. Nasce, nesse momento, o prazo para usucapião, porque o requisito do *animus domini* estará então presente.

Na lição de **Lenine Nequete**, há uma inversão da causa da posse, "mas os fatos de oposição, por seu turno, devem ser tais que não deixem dúvida quanto à vontade do possuidor de transmudar a sua posse precária em posse a título de proprietário e quanto à ciência que dessa inversão tenha tido o proprietário: pois que a mera falta de pagamento de locativos ou outras circunstâncias semelhantes das quais o proprietário não possa concluir claramente a intenção de se inverter o título não constituem atos de contradição eficazes" **(Da prescrição aquisitiva, 3. ed. Porto Alegre, Ajuris, p. 123)**.

A existência somente da vontade não altera o caráter da posse, segundo o art. 1.203 do Código Civil. Ninguém pode, apenas mudando de vontade, transformar uma relação possessória existente. A transformação decorre da inversão do título da posse, que decorre de ato negocial ou de conduta inequívoca

Acesso ao Sumário

do possuidor frente ao esbulhado. Estes simplesmente não ocorreram no caso em tela.

Destaca **Benedito Silvério Ribeiro** que "os lavradores pobres que se estabelecem mediante certas condições, comumente chamados moradores, estão, da mesma forma, impedidos de usucapir. Isso é muito comum em propriedades de grande extensão, onde tais pessoas chegam a cercar áreas cultivadas e nelas residir. Há agregados que usam casas da própria fazenda, ficando com o fim de exercerem vigilância, ganhando até certa parcela para isso. Há hipóteses em que a exploração segue como prêmio pelo uso delas e pelos mantimentos colhidos" **(Tratado da Usucapião, p. 713)**.

11. No caso concreto, os réus no máximo tiveram posse *ad interdicta* da totalidade do imóvel, considerando que o autor tolerou durante certo período de tempo a utilização de sua parte pelos condôminos. Não houve, porém, posse *ad usucapionem*, que exige soberania e ausência de subordinação a direito de terceiros.

Em termos diversos, restou comprovado que os apelantes usavam o imóvel por mera liberalidade do autor. Tal equivale, tecnicamente, à hipótese de posse direta, e não de posse *ad usucapionem*.

Em qualquer modalidade de usucapião, dois elementos estão sempre presentes: o tempo e a posse. Porém, não basta a posse normal (*ad interdicta*), exigindo-se posse *ad usucapionem*, na qual, além da visibilidade do domínio, deve ter o usucapiente uma posse com qualidades especiais, previstas no art. 1.238 do CC (prazo de quinze anos, sem interrupção (posse contínua), nem oposição (posse pacífica) e ter como seu o imóvel (*animus domini*).

Especificamente em relação ao *animus domini*, controverte a doutrina acerca de seu exato sentido, se consistente na vontade de tornar-se dono, de ter a coisa como sua, de ter a coisa para si - *animus rem sibi habendi*. A par da divergência, predomina a corrente doutrinária que entende o *animus* estar essencialmente ligado à *causa possessionis*, à razão pela qual se possui, não constituindo elemento meramente subjetivo. Assim, possui a coisa como sua quem não reconhece a supremacia do direito de alheio. Ainda que saiba que a coisa pertence a terceiro, o usucapiente se arroga soberano e repele a concorrência ou superioridade do direito de outrem sobre a coisa.

Não é essa com certeza a hipótese dos autos.

12. No caso em apreço, o imóvel objeto da ação foi ocupado pelos requeridos na qualidade de condôminos. Ainda que pelo instrumento de fls. 107/110 os réus tenham supostamente adquirido a posse sobre a totalidade do bem, parece evidente que o fizeram indevidamente, pois a posse integral não poderia ter sido cedida por quem não a detinha.

Faltou, em suma, a prova da posse inequívoca dos réus contra o

Acesso ao Sumário

comunheiro para gerar usucapião da coisa comum.

Não parece lícito que em situação tão peculiar como condomínio possa ocorrer surpresa pela conversão de simples posse direta, por ato de generosidade, em posse *ad usucapionem*, sem que tal inversão se dê de modo público e ostensivo, permitindo ao comunheiro interromper a prescrição aquisitiva.

13. Considerando, pois, que não restaram demonstrados os pressupostos legalmente exigidos para o reconhecimento da usucapião, forçosa a manutenção da sentença de procedência, para extinguir o condomínio havido entre as partes, com consequente alienação judicial do imóvel e rateio do produto da venda na proporção de 40% para o autor e 60% para os réus, pelas razões acima expostas.

O *decisum* comporta único reparo, relativo à condenação dos réus ao pagamento de aluguéis. Em vista da falta de pedido expresso do autor nesse sentido, de rigor a exclusão de tal condenação imposta aos requeridos. Referida modificação na sentença não altera, contudo, a distribuição da sucumbência.

Não há fixação de honorária em favor dos réus, uma vez que não decaíram os autores do pedido inicial. Na realidade, a sentença foi *ultra-petita* e este Acórdão apenas decotou a parte excedente. Inexiste, portanto, decaimento do pedido inicial, a justificar imposição de sucumbência em desfavor dos autores.

Dou parcial provimento ao recurso, para o fim acima explicitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1074584-61.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PEDRO AUGUSTO MARQUES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HAYDEE DITTERT NUNES CABRAL - ME.

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 12860)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 24 de julho de 2017.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO AUTORAL. Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e materiais. Disponibilização, em site de venda, de material

editorial com desenhos representativo da linguagem de sinais (LIBRAS). Pretensão do autor à suspensão da divulgação, além do pagamento de indenização. Sentença de improcedência. Manutenção. Inaplicabilidade da responsabilidade solidária objetiva. Irrazoabilidade do pedido em face de empresa, uma vez que a ré não tem como proceder à análise da regularidade autoral de todos os produtos que comercializa. Ausência de má-fé ou propósito fraudulento. Mitigação da responsabilidade solidária prevista no art. 104 da Lei 9.610/98. Inovação e originalidade, ademais, questionável, por se tratar de reprodução da posição das mãos, de conhecimento notório e acessível ao público em geral. Precedentes. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de ps. 313/378, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, que julgou improcedentes os pedidos, condenando o autor no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observadas as regras da Justiça Gratuita.

Pleiteia a apelante a reforma do julgado, alegando, em síntese, que é insofismável que os desenhos são do autor, tanto que editoras de porte lhe dão crédito, citando o seu site; que, nos termos do art. 104 da Lei 9.610/98, responde aquele que vender ou expor à venda; que, portanto, não responde apenas aquele que fabrica os produtos; que a lei não exige que o vendedor tenha ciência da contrafação; que tem direitos sobre o trabalho de cunho artístico, sejam as ilustrações criadas com o tema LIBRA, sejam os desenhos em volta delas; que, nos termos do art. 7º, VIII, da Lei 9.610/98, há proteção de direito autoral independentemente de ineditismo ou novidade; que houve abalo ao íntimo do autor, além de constrangimento, aflição, incertezas e humilhações, de forma que deve a ré ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais; e, finalmente, que, ademais, não se conhecendo o número de unidades vendidas, deverá a ré pagar-lhe o valor de três mil exemplares (art. 103, p. único).

Apresentadas as contrarrazões (ps. 338/347), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação ajuizada pelo ora apelante com o fim de compelir a ré à retirada de seu site dos desenhos artísticos do alfabeto de LIBRAS, além de

Acesso ao Sumário

condená-la ao pagamento dos danos materiais e morais decorrentes da utilização sem autorização.

Inconformado com a improcedência dos pedidos, insurge-se o autor nesta oportunidade.

O recurso não comporta provimento.

De fato, é incontroverso que os desenhos ora questionados estão inseridos em site pertencente ao autor (ps. 36 e 45), sendo certo que recebeu citação em diversas publicações renomadas (ps. 25/34).

É incontroverso, ainda, que houve disponibilização desses desenhos no site de venda da requerida, sem autorização do autor, tampouco indicação de seu site (ps 42/43).

No entanto, consoante leitura mais atenta dos autos e de acordo com a jurisprudência mais balizada, não devem prosperar os pedidos do autor pelos fundamentos a seguir expostos.

Primeiro porque a regra prevista no art. 104 da Lei 9.610/98, segundo a qual quem vender ou expuser a venda obra reproduzida com fraude é solidariamente responsável com o contrafator, deve ser considerada em conjunto com as provas dos autos e com o princípio da razoabilidade.

Ou seja, a responsabilidade solidária objetiva deve ser mitigada.

O C. STJ, em julgamento do REsp 979.379/PB[1], decidiu que não é possível, de pronto, condenar todos os que se envolvem no processo de contrafação. Diante (i.) da ausência de circunstâncias que envolvam a ré na confecção ou elaboração da peça contrafeita e (ii.) da impossibilidade de controle de todo o conteúdo que recebe de terceiros, não deve ser aplicada a regra da responsabilidade solidária acima mencionada.

No caso, a requerida apenas disponibilizou à venda, pelo seu site, produto impresso e distribuído por outra fabricante. Nada indica que tenha atuado de má-fé, com propósito fraudulento ou visando ao lucro em prejuízo do autor.

É despropositado, portanto, condená-la por contrafação.

Acesso ao Sumário

1 Direito Autoral. Gravação indevida de canção em CD. Reconhecimento. Pretensão a que se responsabilize, além do produtor, também a empresa que foi contratada para a confecção da mídia. Impossibilidade. Hipótese que não está no âmbito do art. 104 da LDA, mas de seu art. 102. Recurso especial conhecido e provido. - A LDA, em seu art. 104, estabelece solidariedade entre todos os que participam de um processo de contrafação. - Contrafação, segundo o sistema da Lei, é a cópia não autorizada de uma obra tangível. Uma canção meramente composta, em que pese gozar da proteção legal, não é, ainda uma obra tangível, qualidade que ela somente adquire após a sua gravação, por um intérprete. A sua proteção se dá no âmbito do art. 102 da LDA, não no de seu art. 104. - O mero fabricante de CDs, sob encomenda de um produtor musical, não pode ser obrigado a conferir, música por música, o conteúdo da mídia que lhe foi encomendada, para verificar se há, efetivamente, a autorização de cada compositor para as gravações. Ele apenas recebe a encomenda de um produto, que fabrica e entrega. Controlar o conteúdo não está entre suas atribuições, de modo que, não sendo ele o distribuidor, não pode responder pela hipótese de reprodução não autorizada de obra musical nos CDs que meramente fabricou a rogo de terceiro. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Resp 979.379/DF - Rel Ministra Nancy Andrighi - j. 21/08/2008).

A propósito:

"Não é razoável que se exija de empresa de natureza e porte da ré que fiscalize e proceda a análise profunda da regularidade autoral de todos os itens de sua loja, máxime, quando o produto vendido tem sua origem identificada e foi adquirido de empresa com relativa tradição em seu ramo. Cabe ressaltar a dificuldade técnica de realizar a verificação de todos os produtos e, ainda, de desenhos pouco conhecidos do público. Não se vislumbra que a empresa ré tenha condições técnicas de realizar tal análise e, em verdade, mesmo grandes empresas, em especial livrarias, teriam dificuldades para tanto suponha-se que uma grande livraria tenha de investigar eventuais ofensas ao direito autoral em todos os artigos vendidos que, muito comumente, ultrapassam a casa de dezenas de milhares de produtos." (TJSP - Des. Luis Mário Galbetti - Apelação nº 1011075-58.2013.8.26.0068, j. 4/11/2014).

Em segundo lugar, tem-se que é bastante questionável a existência de novidade ou ineditismo nos desenhos do autor a justificar a proteção autoral, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei 9.610/98.

É de conhecimento notório e acessível ao público o desenho da posição das mãos para a representação gráfica da linguagem de sinais (LIBRAS), de forma que faz parte do estado da técnica e não pode ser considerada novidade.

Tampouco lhe assistiria razão no que tange às ilustrações que acompanham, de forma bastante periférica, as posições das mãos.

No mais, ainda que seja opcional o registro da obra em órgão público, o fato de o autor ter o domínio do site (endereço eletrônico constante no texto original) onde se encontram os desenhos em questão não comprovaria, de *per se*, a autoria do material.

Finalmente, em consulta ao site deste Tribunal, verifica-se que a jurisprudência é iterativa em repelir as pretensões do autor. Veja-se:

"APELAÇÃO. DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Divulgação, em site, de desenho representativo do numeral 1 em Libras, sem autorização. Ausência de ineditismo ou do elemento novidade a ensejar a tutela do direito autoral alegado. Desenho de configuração de mão que, isoladamente, não enseja indenização. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação 006782-33.2012.8.26.0000, Relatora Des. Rosangela Telles, j. 31/05/2016).

Direito autoral - Ação indenização por danos matérias e morais c.c. Pedido de suspensão da divulgação de produto - Responsabilidade solidária artigo 104 da lei de direitos autorais - Inaplicabilidade do dispositivo legal ao caso - mitigação responsabilidade solidária - Não é razoável que se exija de empresa de natureza e porte da ré que fiscalize e proceda a análise profunda da regularidade autoral de todos os itens de sua loja,

Acesso ao Sumário

máxime, quando o produto vendido tem sua origem identificada e foi adquirido de empresa com relativa tradição em seu ramo - sentença mantida recurso desprovido. (TJSP, 20ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação 4002059-63.2013.8.26.0477, Relator Des. Moreira Viegas, j. 27/04/2017).

EMENTA - DIREITO AUTORAL - INDENIZAÇÃO - Inicial que imputa à ré violação a direito autoral do autor, utilizando desenhos de titularidade daquele que teriam sido extraídos do site (endereço eletrônico constante no texto original) - Decreto de improcedência - Ausência de atividade inventiva - Representação do alfabeto LIBRAS que se dá por meio de movimentos das mãos e dedos de cada uma das letras do alfabeto - Posição das mãos que não possui proteção legal, já que não se enquadra como atividade criativa (arts. 7º/8º da Lei 9.610/98) - Precedentes, envolvendo o mesmo requerente e casos idênticos - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP, 20ª Câmara Extraordinária de Direito Privado Apelação 1059068-98.2013.8.26.0100, Relator Des. Salles Rossi, j. 23/05/2017).

"DIREITO AUTORAL - Alegada semelhança entre desenhos de mãos configuradas na língua brasileira de sinais (Libras) - Similaridade não verificada - Possibilidade de confusão ou de imediata identificação dos desenhos do autor não cogitada - Ausência, ademais, de originalidade no formato das mãos - Contrafação não configurada - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado - Apelação n. 1074587-16.2013.8.26.0100, Relator Des. ELCIO TRUJILLO, j. 17.05.2016)."

Por isso, por este voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação, majorando-se os honorários, nos termos do §11 do art. 85 do CPC/15, para 15% do valor atualizado da causa, observadas as regras da Justiça Gratuita.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001986-81.2016.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes URBPLAN DESENVOLVIMENTO URBANO S/A e PORTAL DO CATAGUÁ SOCIEDADE INCORPORADORA LTDA., são apelados JOSÉ CELSO DE OLIVEIRA e MARIA SUELI MARQUES DE OLIVEIRA.

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 26948)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM

DOS SANTOS (Presidente), ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 27 de julho de 2017.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Apelação Cível. Compra e venda de imóvel. Rescisão contratual c.c. restituição de quantias pagas.

Legitimidade da ré Urbplan - Provas acostadas que demonstram a participação da empresa na relação jurídica. Responsabilidade decorrente da existência de grupo econômico.

Legitimidade passiva e devolução da taxa de IPTU - Responsabilidade das vendedoras, dado que os adquirentes não dispunham do imóvel para uso e fruição. Imperioso o ressarcimento determinado.

Atraso na entrega do bem - Empresas que lucram com o empreendimento e devem suportar a responsabilidade pelos possíveis riscos do não cumprimento dos prazos em virtude da atuação de órgãos públicos, de fornecedores, da mão de obra, das condições climáticas e do solo. Ausência de caso fortuito, de força maior e de fato de terceiro.

Devolução da totalidade da quantia paga - Responsabilidade da parte culpada pela frustração do negócio. Insubsistente a alegação de que ocorrera adimplemento substancial.

Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de fls. 240/246, de relatório adotado, em ação de rescisão contratual c.c. restituição de quantias pagas proposta por José Celso de Oliveira e outra em face de Urbplan Desenvolvimento Urbano S/A e outra, que julgou procedente o pedido, para "a) declarar rescindido o contrato firmado entre as partes; b) condenar as demandadas à restituição dos valores pagos pelo imóvel, que totalizam R$ 77.881,95 (setenta e sete mil oitocentos e oitenta e um reais e noventa e cinco centavos), devidamente corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir dos desembolsos, e acrescido de juros de mora, à base legal, de 1% ao mês, contados da citação; e c) condenar as demandadas à restituição dos valores gastos com IPTU sobre o imóvel adquirido, no valor de

Acesso ao Sumário

R$ 294,70 (duzentos e noventa e quatro reais e setenta centavos, devidamente corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir dos desembolsos, e acrescido de juros de mora, à base legal, de 1% ao mês, contados da citação. Condeno a parte vencida a arcar com a taxa judiciária, demais despesas processuais e com honorários advocatícios em favor da parte autora, que fixo em 10% do valor da condenação".

Apelação das demandadas a fls. 254/276, apresentando preliminares de ilegitimidade passiva da Urbplan Desenvolvimento S.A. e a ilegitimidade passiva quanto aos valores de IPTU.

No mérito, sustentam ter ocorrido o atraso em virtude da excessiva demora do poder público, em especial, da Prefeitura da Cidade de Taubaté. Sendo esperado o atraso do poder público, ou seja, um fato de terceiro, foi prevista, na cláusula 1.1 do TAC, a possibilidade de ampliação do prazo de 6 meses. Apesar disso, as obras foram concluídas e viabilizada a entrega dos lotes ao adquirente (fl. 128). O apelado firmou compromisso de compra e venda em 23/07/2011, sendo de 24 meses o prazo de entrega, que poderia se estender até o limite de 4 anos, que é o prazo limite de prorrogação das obras de infraestrutura pela lei de loteamento.

As recorrentes destacam: com a observância da Lei 9.514/97, o pedido deverá ser julgado improcedente; não haver fundamentação para a resolução do contrato ou para a restituição das quantias pagas; ser necessário o reconhecimento do seu adimplemento substancial; não ser possível a restituição integral da quantia paga, porquanto existentes os custos naturais da administração de um contrato dessa natureza, justificando a retenção de 25% do montante quitado; a impossibilidade de restituição de IPTU.

Contrarrazões a fls. 282/290.

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

É o relatório.

É caso de não provimento do recurso.

1 - Legitimidade passiva da Urbplan Desenvolvimento S.A.

Não há que se falar em ilegitimidade passiva da Urbplan Desenvolvimento S.A., porquanto os documentos acostados (fl. 49/51 e 69/70) constatam a participação dessa empresa na relação jurídica, tornando-a responsável perante os consumidores, mesmo sem ter firmado o instrumento de compra e venda.

Ademais, ainda que mantida a personalidade jurídica autônoma das sociedades, existe, de qualquer maneira, a formação de cadeia de fornecedores (fls. 141/142) a justificar a responsabilidade solidária, até porque as empresas compõem o mesmo conglomerado econômico, de maneira que respondem solidária e subsidiariamente por todos os bens, direitos e obrigações assumidas

Acesso ao Sumário

por qualquer uma das partes deste grupo perante os consumidores (art. 28, §2º, do CDC).

Afasta-se a preliminar.

2 - Ilegitimidade passiva quanto aos valores de IPTU e restituição do tributo.

Somente a partir da imissão na posse os consumidores poderiam ser responsabilizados pelos débitos condominiais e de IPTU concernentes ao imóvel adquirido. A referida obrigação não pode ser imposta aos compradores do objeto enquanto eles não usufruem deste.

Aplique-se, por analogia, entendimento apresentado pelo STJ:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMÍNIO. COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. Somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais (...). Recurso não conhecido." (REsp 212799-SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, STJ - 4ª Turma, j. 05/10/1999, DJe 13/12/1999, p. 154).
>
> "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. POSSE EFETIVA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais. 2. No caso vertente, é incontroverso que o embargante está sofrendo cobrança de duas cotas condominiais referentes a período anterior à entrega das chaves. 3. Embargos de divergência providos." (EREsp nº 489.647/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe 15/12/2009).

Assim, a quantia efetivamente paga pelos recorridos a título de IPTU deve ser devolvida, sendo patente a legitimidade passiva das recorrentes, as verdadeiras responsáveis pelo débito perante a municipalidade, e imperiosa a manutenção do *decisum* a respeito.

3 - Atraso na entrega do imóvel e devolução da quantia paga.

As partes firmaram instrumento de compra e venda em dezembro de 2010 (fls. 20/43), com previsão de entrega em 24 meses e de prorrogações.

As rés mencionam o termo de ajustamento de conduta que previu a prorrogação do prazo de conclusão para 24/02/2014, tendo em vista a morosidade dos trâmites burocráticos junto a órgãos públicos.

Entretanto, a demora de órgão público para a concessão do habite-se, a situação do solo e o atraso decorrente de dificuldades concernentes à mão de obra, às condições climáticas e à aquisição de materiais devem ser suportados

Acesso ao Sumário

pelas fornecedoras, que lucram com a atividade e responsabilizam-se por possíveis riscos, até porque detêm o necessário conhecimento técnico para estipular prazos e prever problemas, o que afasta as alegações de caso fortuito, força maior e de fato de terceiro.

A possibilidade de prorrogações, genericamente prevista na avença de forma abusiva não pode ser imputada aos compradores, pois ocasiona a ausência de prazo certo para a entrega do objeto adquirido e impõe sobre os consumidores uma obrigação a ser suportada pelas empreendedoras.

Os problemas apontados decorreram do próprio tipo do negócio empreendido pelas recorrentes. Somente o fortuito externo, sem qualquer ligação com o risco da atividade dos empreendedores é que seria capaz de afastar a responsabilidade deles, sendo que as hipóteses trazidas pelas apeladas são todas decorrentes de fortuito interno e, portanto, previsíveis dentro do ramo da atividade que exercem.

Posto isso, foi corretamente configurado o atraso imutável às apelantes, em conformidade com a súmula nº 161, do TJSP, que dispõe:

> "Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente."

Apesar da alegação de que em 31/12/2015 a Prefeitura teria atestado a conclusão das obras de infraestrutura do empreendimento e autorizado a entrega dos imóveis, as diversas prorrogações firmadas junto ao Município e ao Ministério público, além de descumpridas, não poderiam ser suportadas pelos compradores, que não anuíram com as prorrogações.

Frise-se, mesmo com a alegação de finalização da obra em dezembro de 2015, a mora das fornecedoras foi caracterizada e justifica a rescisão da avença, sem que se possa falar em adimplemento substancial, visto ser cabível ao consumidor resolver um contrato depois de vários anos de atraso para a entrega do objeto, mesmo que dois meses depois de possibilitada a entrega.

Acesso ao Sumário

Tal entendimento não consiste em afronta à Lei de Loteamento (6.766/1979, arts 9º e 18, V), pois esta é incapaz de fundamentar a fixação de prazo incerto em detrimento do consumidor.

Configurada a culpa das apelantes pela rescisão, não há motivos para que ocorra a retenção de qualquer porcentagem, ainda que existente alienação fiduciária em garantia, já que a propriedade do bem voltará a ser das recorrentes, e ser abusivo o entendimento de que o consumidor não poderia rescindir o contrato mesmo diante do inadimplemento da vendedora.

Posto isso, o inadimplemento por culpa das apelantes justifica o dever de

restituir todos os valores pagos (fls. 49/51).

4 - Por fim, em razão da fase recursal, majoram-se os honorários de sucumbência para 13% do valor da condenação, em respeito à disposição do §11, do art. 85, do NCPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005119-82.2014.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante S.A.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado S.C.S.B. S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.676)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Serasa. Sistema de pontuação (*scoring*) para avaliação de risco de concessão de crédito. Regularidade assentada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso representativo de controvérsia. Improcedência. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 25/29) que julgou improcedente ação de indenização por danos morais. Sustenta o autor, em sua irresignação, que completamente irregular o sistema de informação implantado pela ré, chamado de *concentre scoring*, baseado numa pontuação que, sem prévia autorização, acaba por ofender sua imagem e a intimidade.

Recurso regularmente processado e respondido a fls. 35/61.

Assentada a competência desta Câmara em conflito negativo (fls. 167/171).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Não se entende esteja a sentença a merecer qualquer reforma.

Com efeito, julgado, por acórdão datado de 12.11.2014, publicado no dia 17 seguinte, o Superior Tribunal de Justiça, pelo E. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Resp. 1.419697/RS, processado como representativo de controvérsia, assentando-se que:

"*O sistema* credit scoring *é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo)*".

Ressalvaram-se no aresto a transparência e prestação de esclarecimentos, quando solicitados, mas anotando-se desnecessário o prévio consentimento do consumidor. Como se ressalvou eventual abuso na utilização dos dados.

Mas nada disso no feito se alvitra. Não há pleito de esclarecimentos e nem alegação de concreto desvio ou mau uso. Questiona-se em si a regularidade do sistema, que se defende ilegal, mas o que já se rejeitou, como visto.

Daí manter-se a improcedência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012657-26.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelada ROSELAINE MARLENE ALVES (JUSTIÇA GRATUITA).

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 38.774)**

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

São Paulo, 31 de julho de 2017.

ARALDO TELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Danos morais. Autora que, injustificadamente, é abordada por funcionárias de supermercado, quando já estava na rua, as quais pedem para revistá-la. Revelia decretada. Indenização. Necessidade de se

observar o binômio reparação/sanção. Valor mantido. Verba honorária incrementada (CPC, 85, § 11). Recurso desprovido.

VOTO

A autora ajuizou ação indenizatória por danos morais porque, segundo relata, quando já saía de um dos estabelecimentos mantido pela ré, após realizar a sua compra, foi abordada por duas funcionárias, que pediram que retornasse para revistarem sua bolsa, injustificadamente, o que lhe causou humilhação.

Após decreto de revelia, o feito recebeu julgamento de procedência com condenação no valor de R$10.000,00.

Inconformada, a ré apela a sustentar necessidade de mitigação dos efeitos da revelia, eis que não se trata de presunção de veracidade absoluta. No mais, clama pela improcedência ou pela redução da quantia arbitrada.

Há contrariedade, sem preliminares, e o preparo foi recolhido.

É o relatório, adotado o de fls. 102.

O apelo não comporta acolhida.

Verificada a revelia, reputam-se verdadeiros os fatos descritos na inicial, restando, apenas, a análise a respeito da quantia arbitrada frente aos prejuízos morais sofridos pela autora, que, injustificadamente, foi abordada por duas funcionárias do supermercado, quando já estava em via pública, a fim de realizar revista em sua bolsa.

E tal agir dos prepostos, não há dúvida, causa humilhação e justifica a condenação que se operou.

Considera-se, para quantificação dos danos morais, que se deva observar o binômio reparação/sanção, de tal modo que possa servir de alívio às agruras sofridas pelo ofendido e reprimenda ao agir do ofensor, tudo sem resvalar pelo enriquecimento sem causa.

Nessa cadência, o valor arbitrado - R$ 10.000,00 - já se vê, não se mostra exagerado, deliberando a Turma Julgadora mantê-lo.

Por fim, nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, elevo a verba honorária para 15% sobre o valor da condenação.

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso, incrementada a verba honorária.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003931-69.2015.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD, é apelado PIAZZA HOTEL E RESTAURANTE LTDA. EPP.

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 28040)**

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

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. Cobrança de direitos autorais em razão da disponibilização de rádio e TV em quartos de hotel, recepção e restaurante. Inexistência de música ambiente e shows, havendo contratação de TV por assinatura. Reconvenção do réu objetivando a cobrança dos valores em aberto. Sentença de procedência da ação e improcedência da reconvenção.

Apela o réu, alegando que o autor é local de frequência coletiva, justificando a cobrança dos valores; inaplicabilidade da Lei nº 11.771/2008 e do art. 46, VI, Lei nº 9.610/98, considerando o objetivo de lucro do autor; inexistência de duplicidade no pagamento; pertinência da incidência dos juros e correção monetária sobre os valores devidos a partir de cada evento danoso (Súmulas 54 e 43, STJ); incidência da multa moratória de 10%, nos termos do Regulamento de Arrecadação do ECAD; necessidade de determinação da suspensão/interrupção de execução/sonorização ambiental até prévia e expressa autorização do ECAD; inversão da sucumbência.

Direitos autorais. Cobrança. Disponibilização de TV e rádio em quartos de hotel, recepção e restaurante.

Acesso ao Sumário

Estabelecimento reconhecido como local de frequência coletiva, sendo vedada a utilização de fonogramas e obras audiovisuais sem prévia e expressa autorização do autor ou titular. Inteligência do art. 68, §§ 2º e 3º, Lei nº 9.610/98. Inviabilidade do afastamento da cobrança. Obrigação de pagamento já reconhecida pelo STJ, independentemente do pagamento de TV por assinatura. Inexistência de duplicidade no pagamento. Fatos geradores que não se confundem, nos termos do art. 29, VIII, d e e, Lei nº 9.610/98. Valores devidos, incidindo a prescrição trienal (art. 206, § 3º, CC), bem como correção monetária e juros de mora a contar do evento danoso (Súmulas 43 e 54, STJ). Impossibilidade de cobrança de multa moratória unilateralmente estabelecida, sem amparo legal ou contratual. Descabimento da suspensão/interrupção da execução/sonorização ambiental até prévia e expressa autorização do réu.

Sucumbência. Modificação do julgado. Improcedência da ação, com responsabilização do autor pelos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios de R$ 1.500,00 (art. 85, § 8º, CPC). Parcial procedência da reconvenção, quedando responsável o autor-reconvindo pelos ônus da sucumbência e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º, CPC).

Recurso parcialmente provido, para reconhecer a improcedência da ação e a parcial procedência da reconvenção, considerando devidos os valores cobrados, acrescidos de correção monetária e juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 43 e 54, STJ). Modificação da sucumbência.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (f. 287/297) interposta contra a sentença de f. 277/279, que julgou procedente a *ação declaratória de inexistência de relação jurídica*, proposta por Piazza Hotel e Restaurante Ltda. EPP em face do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes, decorrente da utilização de aparelho de TV e rádio nos quartos, recepção e restaurante do hotel, bem como a inexistência de

débito a este título.

O autor propôs a demanda em razão de sempre haver cumprido com suas obrigações em relação ao réu, todavia, ao receber a visita de um representante do réu, em agosto/2014, viu o valor mensal reajustado de R$ 415,85 para R$ 927,56, considerando os 66 quartos, a recepção e o restaurante.

Pondera que não oferece música ambiente tampouco shows, mas sim TV por assinatura, pagando em média R$ 1.600,00 mensais à empresa Net Serviços de Comunicação S. A., e além disso sua taxa de ocupação média mensal é de 24,31%.

O réu apresentou contestação e reconvenção, objetivando a cobrança dos valores em aberto (f. 137/155), sobrevindo a sentença de procedência.

Foram opostos embargos de declaração pelo réu (f. 282/283), acolhidos sem efeito modificativo (f. 285).

Apela o réu, buscando a reforma, pelos seguintes motivos: (i) o autor é local de frequência coletiva, justificando a cobrança dos valores; (ii) inaplicabilidade da Lei nº 11.771/2008; (iii) inaplicabilidade do art. 46, VI, Lei nº 9.610/98, considerando o objetivo de lucro do autor; (iv) inexistência de duplicidade no pagamento; (v) pertinência da incidência dos juros e correção monetária sobre os valores devidos a partir de cada evento danoso (Súmulas 54 e 43, STJ); (vi) incidência da multa moratória de 10%, nos termos do Regulamento de Arrecadação do ECAD; (vii) necessidade de determinação da suspensão/interrupção de execução/sonorização ambiental até prévia e expressa autorização do ECAD; (viii) inversão da sucumbência.

Recurso recebido e respondido (f. 302/310).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Em que pesem as ponderações do autor, o art. 68, § 3º[1] **da Lei nº 9.610/98 é cristalino ao classificá-lo como local de frequência coletiva, vedando a utilização de fonogramas e obras audiovisuais sem a prévia e expressa autorização do autor ou titular (caput e 2º[2])**.

Acesso ao Sumário

1 **Art. 68**. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
(...)
§ 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

2 **Art. 68**. *Omissis*.
(...)
§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer moda-

Além disso, a Corte Superior já reconheceu a obrigação de pagamento de direitos autorais em razão da mera disponibilização de aparelhos de TV e rádio em quartos de hotéis, independentemente do pagamento de TV por assinatura. Neste sentido:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. QUARTO DE HOTEL. APARELHOS TELEVISORES. TV POR ASSINATURA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998. CAPTAÇÃO E TRANSMISSÃO DE RADIODIFUSÃO. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRIENAL.
>
> 1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD -, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram.
>
> 2. Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura.
>
> 3. Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.
>
> 4. Consoante a jurisprudência consolidada por ambas as Turmas julgadoras da Segunda Seção, em se tratando de pretensão de cobrança relativa a ilícito extracontratual, o prazo prescricional incidente no caso de violação de direitos do autor é de 3 (três) anos, a teor do que disposto pelo art. 206, § 3º, do Código Civil.
>
> 5. Por ausência de previsão legal e ante a inexistência de relação contratual, é descabida a cobrança de multa moratória estabelecida unilateralmente em Regulamento de Arrecadação do ECAD. Precedentes.
>
> 6. Recurso especial provido. (STJ - Terceira Turma - REsp nº 1589598/MS - rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - j. 13.06.2017 - DJe 22.06.2017).
>
> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ECAD. AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISÃO E RÁDIO EM QUARTO DE HOTEL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA

lidade, e a exibição cinematográfica.

Acesso ao Sumário

SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A decisão monocrática agravada dirimiu a causa com base em fundamentação sólida, aplicando a legislação e o entendimento jurisprudencial pertinente à controvérsia que lhe foi submetida à apreciação. O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito no caso.

2. No tocante às contribuições devidas em razão de sonorização ambiental nos quartos de hotel, a Segunda Seção desta Corte assentou entendimento de que "a disponibilidade de rádio e televisão em quartos de hotel é fato gerador de arrecadação de direitos autorais" (AgRg no REsp n. 996.975/SC, Relator o Ministro Raul Araújo, julgado em 06/10/2016, DJe 22/11/2016).

3. Agravo interno improvido. (STJ - Terceira Turma - AgInt no REsp nº 1653955/PR - rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE - j. 23.05.2017 - DJe 02.06.2017).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. LEI 9.610/98. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. APARELHOS DE RÁDIO E TELEVISÃO DISPONIBILIZADOS EM QUARTOS DE HOTEL. LEI 11.771/2008. NÃO APLICAÇÃO. ARRECADAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O conteúdo normativo da Lei 11.771/2008 (Lei Geral do Turismo), que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as Atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico, não conflita com o estatuído na Lei 9.610/98, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, em razão do critério da especialidade. Tais normas legais tratam de temas bem diversos e convivem harmonicamente no sistema jurídico brasileiro.

2. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito da Segunda Seção do STJ, a disponibilidade de rádio e televisão em quartos de hotel é fato gerador de arrecadação de direitos autorais. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - Quarta Turma - AgRg no REsp nº 996975/SC - rel. Min. RAUL ARAÚJO - j. 06.10.2016 - DJe 22.11.2016).

Desta forma, inviável o afastamento da cobrança.

Com efeito, não se trata de duplicidade de pagamento, em razão do pagamento de TV por assinatura, na medida em que não se pode confundir a obrigação do hotel, relativa à captação de transmissão de radiodifusão em local de frequência coletiva, com a obrigação da prestadora de serviço de transmissão de TV por assinatura (radiodifusão sonora ou televisiva), de conformidade com

Acesso ao Sumário

o art. 29, VIII, *d* e *e*[3], **Lei nº 9.610/98**.

Assim, os valores são devidos, aplicando-se a prescrição trienal do art. 206, § 3º, do Código Civil, cabendo ainda a incidência de correção monetária e juros de mora a contar do evento danoso (Súmulas 43 e 54[4] **do STJ**).

Entretanto, a incidência de multa, unilateralmente estipulada no Regulamento de Arrecadação do ECAD, não se mostra admissível, considerando a inexistência de relação contratual entre as partes, bem como de previsão legal neste sentido.

Também não se mostra admissível a determinação de suspensão/interrupção da execução/sonorização ambiental até prévia e expressa autorização do ECAD, uma vez que o art. 105[5] **da Lei nº 9.610/98 não condiciona a suspensão até prévia e expressa autorização do réu, além do que a ré possui meios para efetuar a cobrança dos valores eventualmente devidos.**

Por fim, considerando a modificação do julgado, com a improcedência da ação, pertinente a responsabilização do autor pelos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios de R$ 1.500,00, nos termos do art. 85, § 8º[6], **CPC. Já no tocante à reconvenção, parcialmente procedente, resta responsável pelos ônus sucumbenciais o autor-reconvindo, com honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º[7], CPC).**

---

3 **Art. 29**. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
(...)
VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
(...)
d) radiodifusão sonora ou televisiva;
e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de freqüência coletiva;

4 **Súmula 43** - Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo. (Súmula 43, CORTE ESPECIAL, julgado em 14/05/1992, DJ 20/05/1992)
Súmula 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

5 **Art. 105.** A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

6 **Art. 85.** A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)
§ 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.

7 **Art. 85.** *Omissis*.
(...)
§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do
proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa;

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso**, para reconhecer a improcedência da ação e a parcial procedência da reconvenção, considerando devidos os valores cobrados, acrescidos de correção monetária e juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 43 e 54, STJ). Modificação da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005659-75.2015.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante/apelado MARCELO MORETTO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante SERASA.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26666)**

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

São Paulo, 10 de agosto de 2017.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO. Consumidor que alega não ter recebido notificação da inclusão de seu nome no cadastro de devedores da Serasa. Prévia inclusão do nome do apelado no CCF que não desobriga o órgão de proteção ao crédito, de proceder à comunicação. Art. 43 § 2º. do CDC. Súmula nº 359/STJ. REsp 1061134/RS, julgado em regime de recursos repetitivos que reforça essa conclusão. Valor da indenização fixado em R$ 1.500,00, que se mostra razoável e não comporta redução. Sentença de procedência mantida. Apelação e recurso adesivo, desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação e de recurso adesivo tirados da r. sentença de fls. 56/60, que julgou procedente a ação de obrigação de não fazer c.c. indenização por danos morais ajuizada por MARCELO MORETTO DE SOUZA contra

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

SERASA S.A., para o fim de condenar esta última a se abster de incluir em seus cadastros informações sobre os cheques indicados na petição inicial até que seja feita a prévia comunicação do emitente, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 1.500,00.

Apela Marcelo para o único fim de ver a indenização por danos morais majorada para R$ 10.000,00, valor que entende mais condizente com os prejuízos experimentados (fls. 63/67).

Recorre adesivamente a Serasa S.A. (fls. 77/82), aduzindo que não foi a responsável pelos apontamentos questionados nos autos, os quais são procedidos por instituições financeiras, em cadastro mantido pelo Banco Central e gerido pelo Banco do Brasil. Assim, entende a recorrente que se limitou a reproduzir as informações constantes da base de dados do Banco Central, o que dispensa a prévia comunicação do emitente do título de crédito, providência que deve ser tomada pela instituição financeira sacada. Por entender que não cometeu ato ilícito, requer seja dado provimento ao recurso, com o julgamento de improcedência da ação.

Contrarrazões apenas à apelação (fls. 71/76 e 87).

Este é o relatório.

Inicialmente, observa-se que os recursos foram interpostos e recebidos quando ainda em vigor o CPC/73, razão pela qual deverão ser julgados com base no diploma revogado, por uma questão de segurança jurídica e razoabilidade, evitando surpresa às partes.

Quanto ao mérito, respeitadas as alegações das partes, as insurgências não merecem prosperar.

A questão controvertida diz respeito a quem cabe o dever de notificar previamente o consumidor acerca da inscrição de débito nos cadastros de devedores, nas hipóteses em que há prévia anotação perante o Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos - CCF.

Em que pese pretenda a Serasa S.A. fazer crer que se trata de incumbência exclusiva do banco sacado, o fato é que não se vislumbra qualquer razão para que esta situação tenha tratamento diverso ao de qualquer outro débito levado a apontamento perante a sua base de dados.

A alegação da Serasa de que seria mera "arquivista" de informações nos casos de cheque sem fundo não se sustenta, pois, caso contrário, deveria ser considerada como tal para absolutamente todas as demais inscrições que administra, isentando-se de responsabilidade quanto ao dever de prévia comunicação.

O CCF, de fato, é um cadastro autônomo em relação ao da Serasa, voltado à inscrição dos nomes de emitentes de cheques sem fundo, sendo gerido pelo Banco do Brasil. Daí porque a inclusão do nome de alguém no CCF não deve

Acesso ao Sumário

acarretar, automaticamente, a publicidade perante os demais órgãos de proteção ao crédito.

Nos termos do artigo 43, § 2º, do CDC, os órgãos de proteção ao crédito devem proceder à notificação das pessoas que possuam débitos para que, por meio do direito de petição, possam se defender.

No mesmo sentido é a **Súmula nº 359, do c. Superior Tribunal de Justiça**, segundo a qual: "*Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição*".

Frise-se, outrossim, o entendimento sedimentado pelo mesmo Tribunal *ad quem* em sede de recursos repetitivos (**REsp** nº 1061134/RS):

"*Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Legitimidade passiva do órgão mantenedor do cadastro restritivo. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos. I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. -* ***Orientação 1: Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas. - Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexista inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto.*** *II- Julgamento do recurso representativo. - É ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º, do CDC. - Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o cancelamento da inscrição do nome do recorrente realizada sem prévia notificação. Ônus sucumbenciais redistribuídos.*" - destacamos - (**Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/12/2008**)

Assim, de se ressaltar que permanece indispensável a prévia comunicação do consumidor acerca da inclusão do seu nome nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de caracterização de dano moral *in re ipsa*, além da obrigação dos gestores dos cadastros, de proceder ao cancelamento da inscrição, até que a formalidade (prévia comunicação) seja cumprida.

Nesse mesmo sentido, vem se posicionando este **Tribunal**:

Acesso ao Sumário

"*SERASA - CHEQUE SEM FUNDOS - PRÉVIA NEGATIVAÇÃO NO CCF DO BACEN - COMUNICAÇÃO À SERASA - AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO CONSUMIDOR PELA SERASA - ILEGALIDADE DA INSCRIÇÃO - DESCUMPRIMENTO DA NORMA DO ART. 43, § 2º, DO CDC - DANOS MORAIS, PORÉM, NÃO CONFIGURADOS - EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES DESABONADORAS ANTERIORES ÀS RECLAMADAS - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 385, STJ - SENTENÇA MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO*." (**Ap. 1002406-17.2016.8.26.0066, Rel. Alexandre Coelho, j. 14/12/2016**)

"*INDENIZAÇÃO - Dano moral - Inscrição em cadastro restritivo de crédito, decorrente de devolução de cheque informada pelo CCF, sem prévia comunicação - Infração ao disposto no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e na Súmula 359 do C. STJ - Inexistência de outras restrições em nome do autor - Dano moral caracterizado - Orientação firmada pelo C. STJ nesse sentido, em regime de recursos repetitivos - Sentença que afastou a pretensão reformada - Recurso provido*." (**Ap. 0001662-71.2015.8.26.0390, Rel. Paulo Pastore Filho, j. 02/12/2016**)

Quanto ao valor da indenização, verifica-se que foi fixada em quantia moderada e razoável à finalidade a que se destina (R$ 1.500,00), sendo suficiente a ressarcir o abalo causado ao apelante, ao mesmo tempo em que cumpre com sua função pedagógica, desestimulando venha a apelada a reincidir na conduta lesiva. Ademais, não representa prejuízo desmedido à Serasa e tampouco enriquecimento sem causa do consumidor, razão pela qual deve ser preservada.

O caso, portanto, é de manutenção da r. sentença, que bem solucionou o caso, por seus próprios fundamentos, inclusive no que se refere à distribuição dos ônus da sucumbência.

Ante o exposto, voto pelo ***desprovimento da apelação e do recurso adesivo***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008943-35.2014.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante PIRAMIDE SERVIÇOS TEMPORÁRIOS E EFETIVOS LTDA., é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14240)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER BARONE (Presidente), JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA e DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO.

São Paulo, 8 de junho de 2017.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Transferências bancárias não reconhecidas pelo titular da conta. Alegação de fraude. Sentença de improcedência. Irresignação da parte autora. Cabimento em parte. Inexistente nulidade da r. sentença por falta de fundamentação. O Juízo não está adstrito às alegações da parte requerida. Regra do livre convencimento motivado. Cerceamento de Defesa inocorrente. O CDC é aplicável às instituições financeiras. Súmula 297 do STJ. Circunstância que não implica, porém, necessariamente, o acolhimento da pretensão inicial. Precedentes. Inexistência de confissão ficta. Inteligência do art. 302, III, do CPC/73. Inversão do ônus da prova. Parte ré que não comprovou a realização das transferências pelo titular da conta. Conclusão do laudo pericial de que as operações não foram realizadas pelo computador da parte autora. Gravação telefônica juntada pela parte após a contestação. Contraditório respeitado e ausência de má-fé da parte apelada. Mitigação da regra prevista nos arts. 369 e 397 do CPC/73. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte. Preposta da empresa autora que admitiu ter fornecido senha e número de 'token' a terceiro que se passou por funcionário do banco réu. Transferências realizadas por fraudadores em função de convênio para pagamento de salários, cuja contratação não foi comprovada pela instituição financeira. Peculiaridade das movimentações detectada pelo banco réu, que entrou em contato com a parte autora para confirmar a legitimidade das operações. Ausência de bloqueio das operações suspeitas, agravando as consequências do ato ilícito. Relação de consumo. Aplicação do art.14 do CDC. Súmula 479 do STJ. Falha na prestação de serviço.

Acesso ao Sumário

Culpa concorrente da parte autora. Inteligência do artigo 945 do Código Civil. Precedentes. Dano material consubstanciado no valor total transferido, cuja metade deverá ser devolvida à parte autora, deduzido o valor estornado. Repetição do indébito que deve ser feita de forma simples e não em dobro, por ausência de má-fé. Juros moratórios aplicados desde a citação, posto se tratar de responsabilidade civil contratual. Indenização por dano moral afastada. Parte autora que, além de concorrer, culposamente, para a existência do ato ilícito, não comprovou os alegados danos à personalidade. Ocorrência de dano moral que não se presume na hipótese. Alegada negativação do nome da consumidora que não restou provada. Contatos prévios com a parte contrária, com vistas a uma solução amigável do problema, que se constituem em mero aborrecimento. Parte autora que negou ter fornecido senha e número de 'token' a terceiros. Litigância de má-fé caracterizada. Deliberada alteração da verdade dos fatos com vistas a induzir o Juízo a erro. Multa de 1% do valor da causa aplicada. Ônus sucumbencial carreado integralmente à parte autora, conforme artigo 21, § único, do CPC/73. Recurso provido em parte, com determinação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que julgou improcedente ação intitulada como "*ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e materiais por fraude em conta corrente com pedido de antecipação de tutela*", condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$1.200,00.

A parte autora, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) faz jus à concessão da gratuidade processual; 2) as transferências bancárias impugnadas foram originadas de fraude, sendo que a parte autora não mantém contrato de trabalho com as pessoas beneficiadas e tampouco tem filiais no Estado do Paraná, onde se localizam as agências das contas destinatárias; 3) algumas das transferências não foram devolvidas pela Caixa Econômica Federal, o que indica que um funcionário da parte ré realizou a operação para apropriar-se dos valores; 4) a parte autora pugnou pela inversão do ônus da prova, prevista pelo CDC, e pela consequente juntada do suposto convênio firmado para a realização de referidas

Acesso ao Sumário

transferências; 5) a parte apelante nunca aderiu a qualquer convênio de folha de pagamento; 6) a contestação não abordou os fatos relatados na inicial, tendo se caracterizado, pois, a confissão ficta; 7) a parte ré juntou, extemporaneamente, mídia eletrônica contendo gravação; 8) o laudo pericial juntado concluiu que as transações 'sub judice' não foram feitas a partir do computador da requerente e que a gravação juntada é irrelevante para o deslinde do feito; 9) a r. sentença é nula por ausência de fundamentação; 10) a exposição de motivos da r. sentença baseia-se em fatos inexistentes, já que a parte ré alegou, em sede de contestação, apenas a movimentação da conta bancária através do uso de cartão e senha; 11) houve cerceamento de defesa, uma vez que o d. Juízo 'a quo' indeferiu a inversão do ônus da prova; 12) eventual culpa concorrente da preposta da parte autora não elide a culpa da instituição financeira, já que a fraude foi perpetrada através do 'Internet Banking' e só foi possível devido à atuação de algum funcionário da parte ré, que, usando *software* específico, gerou as senhas de 'token' para efetuar as 42 transferências em tempo ínfimo, inalcançável por qualquer pessoa; 13) no período de 10min16s em que ocorreram as transferências, a senha do 'token' foi alterada, no mínimo, 11 vezes, de modo que apenas a revelação da senha, de três dígitos, pela funcionária da parte autora, não seria suficiente para que as transações ocorressem; 14) houve falha no sistema informatizado da parte ré, já que não detectou o pagamento múltiplo ao mesmo funcionário, não detectou a utilização incomum de 'software' pelo cliente, permitiu a invasão de 'hackers' e aceitou operações no mesmo dia da suposta contratação do convênio; 15) o banco réu efetuou, sem requerimento, a troca do 'token' da parte autora; 16) houve negligência da parte apelada, em não apurar a regularidade das demais transferências, após retorno de sete transações em razão das contas destinatárias serem inválidas; 17) os depósitos múltiplos feitos em contas inválidas não retornaram em sua integralidade, restando clara a apropriação indébita de tais valores, constituindo defeito na prestação do serviço. Prequestionou a matéria.

Houve resposta (fls.432/439).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls.461/462).

É o relatório.

Primeiramente, ressalte-se que o presente recurso foi interposto antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, não se lhe aplicando, portanto, as regras específicas sobre o tema em exame por ele previstas.

O pedido de concessão de Justiça Gratuita foi analisado e deferido pela r. decisão de fls.447, quando do recebimento do apelo. Prejudicado, portanto, o recurso, neste aspecto.

A ação diz respeito a 42 transferências eletrônicas efetuadas na conta bancária da parte autora, cuja regularidade é impugnada, enquanto a parte ré sustenta a ausência de falha no serviço que pudesse ensejar a devolução dos

Acesso ao Sumário

valores sacados e a indenização por danos morais.

Não há nulidade na r. sentença a pretexto de deficiência de fundamentação.

Isto porque a decisão expôs devidamente os fundamentos necessários para o julgamento do feito, nada devendo ser acrescentado a esse título.

Sem prejuízo, mesmo que se considerasse insuficiente a fundamentação indicada pela r. decisão, tal circunstância não caracterizaria nenhuma nulidade.

Nesse sentido são as anotações do Prof. Theotonio Negrão:

Não é nula a sentença fundamentada:

- sucintamente (RSTJ 127/343, 143/405, STJ-RTJE 102/100, RT 594/109, 781/285, 811/271, RF 365/276, RJTJESP 141/30, JTJ 146/188, 155/17, 156/173, JTA 166/156);

- de maneira deficiente (RSTJ 23/320; RT 612/121);

- ou mal fundamentada (RT 599/76, RJTJESP 94/241, RP 4/406, em 191), desde que, nestes três casos, contenha o essencial (STJ-4ª T., REsp 7.870-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 3.12.91, deram provimento parcial, v.u., DJU 3.2.92, p.469)

A constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento (STF-2ª Turma, AI 162.089-8- DF-AgRg, rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.95, negaram provimento, v.u., DJU 15.3.96, p. 7.209) **(THEOTONIO NEGRÃO, Código de Processo Civil - 41ª ed., Saraiva, SP, 2009 - p. 554 - realces não originais)**

Tampouco comporta acolhimento a alegação de nulidade do r. 'decisum' em virtude da improcedência do feito por fundamento distinto daquele alegado em contestação. Não há que se falar que a tese utilizada para fundamentação não foi levantada pela parte ré, haja vista que o destinatário das provas é o Juízo, o qual deve formar seu livre convencimento motivado, conforme regra prevista no artigo 131 do CPC/73, vigente à época.

Não se configurou o **cerceamento de defesa**.

Nos termos da Súmula 297 do STJ, **o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras**, o que também se pode dizer da **inversão do ônus da prova**, que, embora cabível, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não resulta, necessariamente, no acolhimento da pretensão inicial.

Eis a jurisprudência desta C. Câmara acerca do tema em foco:

1092229-65.2014.8.26.0100 Apelação / Bancários

Relator(a): Salles Vieira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 27/07/2016

Acesso ao Sumário

Data de registro: 27/07/2016

Ementa: "APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL - CONTRATOS BANCÁRIOS - **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Reconhecida a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, vez que foram preenchidos, no caso em tela, os requisitos do art. 2º daquele diploma legal - Inteligência da Súmula 297 do STJ - No entanto, o fato de a relação ser de consumo, não a invalida, tampouco enseja o acolhimento automático da pretensão deduzida na inicial** - Apelo parcialmente provido". "**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, impõe-se a inversão do ônus da prova, regra de julgamento, que, igualmente, não implica, por si só, no acolhimento da pretensão deduzida** - Apelo improvido". "CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada - A única exceção que se abre está na capitalização mensal que se admite nas cédulas previstas em leis especiais, ou nos contratos celebrados após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, de 30.03.2000, e suas reedições, desde que expressamente pactuada - Contratos firmados após a aludida MP - Existência de previsão da capitalização mensal de juros, para os contratos de empréstimo e contrato de cheque especial - Licitude da referida prática reconhecida, para estes contratos - Contrato de cartão de crédito, no entanto, que não prevê, expressamente, a capitalização mensal de juros - Prática, apurada em laudo unilateral não impugnado especificamente, expurgada, para o contrato de cartão de crédito - Apelo parcialmente provido". "DEVOLUÇÃO EM DOBRO DE VALORES - Ante o recálculo do débito, com relação ao contrato de cartão de crédito, os valores eventualmente pagos a maior devem ser devolvidos, de forma simples, à autora, e não em dobro - Hipótese de ausência de dolo e ocorrência de engano justificável - Aplicação dos artigos 1531 do ACC e 940 do NCC, bem como artigo 42, § único, do CDC - Apelo improvido". "SUCUMBÊNCIA - ÔNUS - Caracterizada a sucumbência recíproca, deverão as partes arcar recíproca e proporcionalmente com as custas e despesas processuais por elas despendidas e os honorários de seus patronos, no valor fixado pela r. decisão, observada a gratuidade de justiça concedida à apelante - Apelo parcialmente provido".

A r. sentença julgou a presente ação improcedente por entender que "*O banco requerido comprovou, por meio da gravação telefônica (fls. 274), a culpa exclusiva da parte autora pelo prejuízo sofrido.*" (fls.338), o que afastaria a responsabilidade da parte ré.

Não há que se falar em confissão ficta da parte ré, pois, nos termos do artigo 302, III do CPC/73, os fatos "*em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto*" não se presumem verdadeiros. Ressalte-se que a contestação da parte ré explicitou, claramente, a tese de que "*A conclusão, pois, é de que as operações foram realizadas pela autor, ou por pessoa a que tenha confiado suas*

Acesso ao Sumário

senhas e documentos." (fls.172).

A distribuição do ônus da prova no sistema processual era disciplinada, genericamente, pelo artigo 333, do Código de Processo Civil/73, segundo o qual cabia ao autor provar fato constitutivo de seu direito, e, ao réu, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Para assegurar ao consumidor a defesa de seus direitos em Juízo, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 6º, inciso VIII, a possibilidade de inversão do ônus da prova nas hipóteses em que a alegação do consumidor for verossímil, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Cumpre observar, ademais, que a inversão do ônus da prova consiste em *regra de julgamento*, ou seja, não diz respeito à fase instrutória, mas à fase decisória, em que o julgador decidirá se o produtor ou prestador do serviço se desincumbiu devidamente de seu ônus probatório ou não.

Nesse sentido são os ensinamentos da doutrina:

"Se o juiz *pretender* inverter o ônus da prova, como em certa medida lhe permite o Código de Defesa do Consumidor em relação às causas que disciplina (art.6º, inc.VIII - *supra*, n.799), dessa possibilidade *advertirá* as partes na audiência preliminar. Mas a *efetiva inversão* só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes **ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá**; a própria *verossimilhança* das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário." **(CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO - Instituições de Direito Processual Civil, v. III - 6ª ed. - São Paulo, Malheiros: 2009 - p. 83 - grifo nosso)**.

Verifica-se, 'in casu', que as alegações da parte autora são plausíveis e verossímeis. Em primeiro lugar, casos de fraude bancária são corriqueiramente noticiados, e, além disso, a parte requerente comprovou a impugnação administrativa das transferências eletrônicas que considerou indevidas (fls.73/75), bem como registrou boletim de ocorrência (fls.27/28).

Por outro lado, a parte ré não demonstrou, como lhe competia, que as transferências impugnadas foram realizadas pela empresa titular da conta, além de haver o perito judicial concluído que "*as transações bancárias não foram feitas a partir do computador da requerente*" (fls.300), devendo-se acolher, portanto, a alegação de ocorrência de fraude.

A gravação telefônica juntada pela parte ré às fls.271/272, embora em momento posterior à contestação, constitui elemento de prova válido e foi corretamente considerado pelo d. Juízo de origem para o deslinde do feito,

Acesso ao Sumário

haja vista que a parte autora manifestou-se especificamente a seu respeito às fls.285/289. Respeitado, portanto, o princípio do contraditório e ausente má-fé da parte apelada, mitiga-se a aplicação dos artigos 396 e 397 do CPC/73, em observância ao entendimento seguido pelo C. Superior Tribunal de Justiça e por esta E. Corte:

AgRg no REsp 1571907 /MT

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento: 07/06/2016

Data da Publicação/Fonte: DJe 20/06/2016

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS POSTERIOR. MITIGAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 396 DO CPC/1973.

1. **A jurisprudência desta Corte admite a relativização da regra do artigo 396 do Código de Processo Civil de 1973, predominando o entendimento de que inexistindo má-fé ou intenção de surpreender o juízo, é possível a juntada de documentos aos autos a qualquer tempo, desde que não sejam aqueles indispensáveis para a propositura da ação e que tenha sido respeitado o contraditório.** Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

0002127-94.2014.8.26.0526 Apelação/Espécies de Títulos de Crédito

Relator(a) Mendes Pereira

Comarca: Salto

Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 03/03/2017

Data de registro: 03/03/2017

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - Pretensão da apelada de receber a quantia de R$ 51.692,21 pela prestação de serviços de assistência a veículos de clientes da ré realizados no período de janeiro a março de 2012 - Notas de débito, relatórios descritivos dos serviços e e-mails que demonstram a realização dos serviços e a aprovação de seus valores por parte da demandada - **Admissível a juntada de documentos com a réplica, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé - Relativização do disposto no artigo 434 do NCPC, com prevalência dos princípios da instrumentalidade das formas e busca da verdade real** - Insurgência contra a aplicação da multa de 1% sobre o valor atribuído à causa - Defesa amparada no argumento de ausência de documento comprobatório da realização dos serviços, que vieram aos autos posteriormente com a réplica, não configurando litigância de má-fé - Recurso parcialmente provido para o fim excluir a condenação no pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

1074339-50.2013.8.26.0100 Apelação/Indenização por Dano Moral
Relator(a): Luiz Arcuri
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 18/04/2017
Data de registro: 20/04/2017

Ementa: PROCESSO CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - Infere-se dos autos que ao autor foi dada oportunidade de se manifestar sobre a contestação e todos os documentos juntados pelo réu, inclusive os CDs apresentados em Cartório - **Possibilidade de juntada de documentos antes do encerramento da instrução e desde que respeitado o contraditório, tal qual se verificou no caso sob exame - Autor intimado por meio de seu patrono**, verificando-se regular essa intimação de acordo com os instrumentos de mandato juntados aos autos e à vista das certidões do Cartório - Nulidade inexistente - Preliminar rejeitada. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - ANOTAÇÃO EM CADASTRO DE ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - EXAME DA PROVA DOCUMENTAL - PROVA DA EXISTÊNCIA DE DÍVIDA - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - DECISÃO ACERTADA - Infere-se dos autos que o Banco réu comprovou a existência da relação jurídica entre as partes e também de dívida do autor relativa a cartão de crédito - Faturas que mostram a utilização do cartão e até mesmo diversos pagamentos realizados pelo consumidor - Parte autora que não impugnou, no momento oportuno, os documentos juntados e as alegações da contestação, a despeito de intimado para tanto - Ausência de ato ilícito no envio do nome do autor a cadastro de órgão de proteção ao crédito (Código Civil, art. 188, I) - Sentença de improcedência mantida, inclusive no tocante à litigância de má-fé, já que, tanto na petição inicial quanto em apelação, o autor negou a existência de contratação - Incidência dos arts. 17 e 18 do CPC/1973 (ou arts. 80 e 81 do NCPC) Recurso desprovido.

Referida gravação telefônica comprova que a preposta da parte autora, responsável pelas transações bancárias da empresa, forneceu senha e número de 'token' a terceiros que se passaram por funcionários do banco (02min10s a 2min40s).

De fato, a conduta da parte autora, ao possibilitar, ainda que sem intenção, o acesso de criminosos a seus dados bancários concorreu para o ato ilícito perpetrado. Por outro lado, a autora alega que "*o tipo de transação realizada, qual seja, pagamento de salários (folha de pagamento), jamais foi realizado pela Autora através da conta corrente mantida junto a instituição-ré, bem como não foi firmado convênio ou contrato com a Ré para realização de tal serviço.*" (fls.2).

Tais alegações não foram impugnadas pela parte ré, a quem competia

juntar eventual contrato de convênio firmado pela parte autora para realizar o pagamento de seus funcionários e que foi utilizado por terceiros fraudadores para efetuar as operações indevidas.

Ressalte-se que as movimentações impugnadas distinguem-se de meras transferências bancárias, posto que o extrato de fls.261/266 diferencia a mera "*transf valor p/ conta dif titular*" do "*débito pagamento de salario pagsal*", ora atacado, além de constar expressamente o número de convênio dos comprovantes de transferência (fls.31/71).

Além disso, a parte ré constatou a peculiaridade de referidas movimentações, no valor total de R$62.269,00 (fls.262), tanto que entrou em contato com a parte autora para confirmar se as transações haviam sido efetuadas por ela e, ante sua negativa, efetuou o cancelamento do serviço de '*Internet Banking*' (1min45s da gravação telefônica). Competia à parte ré, desta forma, o bloqueio de operações suspeitas, que destoassem do perfil do titular da conta.

Depreende-se, portanto, ter havido falha na prestação de serviço, a qual concorreu para agravar as consequências do ato ilícito.

A hipótese dos autos versa sobre relação de consumo e a responsabilidade objetiva da parte apelante deve ser analisada à luz do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que: "*o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços*".

Assim, para que se caracterize a obrigação de indenizar, deve-se analisar a existência do dano causado em decorrência da conduta do fornecedor, sem a necessidade da caracterização da culpa.

O fornecedor, na qualidade de instituição financeira, lucra com a sua atividade, devendo, assim, cercar-se de sistemas de segurança de forma a evitar que sua atividade cause dano a terceiros.

O uso indevido de dados e de meios eletrônicos alheios por falsários é prática previsível e a parte ré, que aufere lucros com sua atividade, deve necessariamente empreender esforços para evitar que a prestação de seus serviços cause danos a terceiros, como ocorreu 'in casu', não se configurando hipótese de excludente de responsabilidade.

Acesso ao Sumário

Essa questão foi pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, por meio da edição da Súmula nº 479:

> **Súmula 479 do STJ**: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Afasta-se, portanto, a excludente de responsabilidade, pois não houve culpa exclusiva da vítima, porém culpa concorrente.

Destarte, cada parte deve arcar com o valor correspondente à metade do

valor total efetivamente transferido em decorrência da fraude caracterizada, nos termos do artigo 945 do Código Civil:

> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Nesse sentido, a jurisprudência desta E. Corte:

1020437-09.2014.8.26.0114 Apelação/Contratos Bancários

Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/01/2017

Data de registro: 17/01/2017

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - **Autor que foi vítima de acesso por terceiros em sua conta corrente - Terceiro que se identificou como funcionário do réu e requereu dados sigilosos ao autor por telefone** - Transações não reconhecidas pelo autor - Danos materiais - Responsabilidade da instituição financeira quanto à devolução dos valores indevidamente debitados - Fraude caracterizada - **Responsabilidade civil objetiva da instituição financeira - Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça - Reconhecimento, por outro lado, da culpa concorrente do autor, por inobservância dos cuidados mínimos na tutela da segurança das operações digitais** - Dano material correspondente ao montante indevidamente debitado da conta corrente e não restituído, a ser proporcionalmente rateado entre as partes - Inteligência do artigo 945 do Código Civil - Termo a quo para incidência de juros a partir da citação - Relação contratual nos termos do artigo 405 do Código Civil - Sucumbência recíproca - Recurso parcialmente provido.

1003439-65.2015.8.26.0005 Apelação/Bancários

Relator(a): Itamar Gaino

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 15/08/2016

Data de registro: 23/08/2016

Ementa: Responsabilidade civil - Declaratória de inexigibilidade de débito c.c consignação em pagamento - Compras realizadas por terceiro - Acesso a cartão de crédito e senha - **Conduta da vítima como causa eficiente do dano - Ausência de conduta preventiva do Banco réu - Falha na prestação de serviços - Concorrência de causas**. Como regra, exclui-se a responsabilidade objetiva do banco pelos danos sofridos pelo correntista quando as circunstâncias demonstram que ele apresentou conduta desencadeadora dos danos, entregando ao agente infrator seu cartão de crédito e respectiva senha (art. 14, § 3º, II, do

Acesso ao Sumário

CDC). **No entanto, o banco também é responsável se apresentou defeito em seu serviço, deixando de efetuar o bloqueio preventivo de operações suspeitas e permitiu a realização de operações acima do limite contratado. Situação que configura concorrência de causas, a possibilitar repartição do prejuízo, nos termos do art. 945 do CC, aplicável aos casos que retratam responsabilidade objetiva do agente, em função da teoria do risco da atividade, art. 927 do mesmo diploma, mas reportam a ocorrência de circunstâncias outras, eficientes para a produção do resultado danoso**. Ação parcialmente procedente. Recurso desprovido.

1051196-27.2016.8.26.0100 Apelação/Bancários

Relator(a): Campos Mello

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 23/03/2017

Data de registro: 31/03/2017

Ementa: Demanda declaratória de inexigibilidade de dívida, com pedidos cumulados de indenização por danos morais e de restituição de valores sacados de conta bancária de titularidade da autora. Alegação de falha na prestação de serviços. Procedência decretada em 1º grau. Decisão alterada em parte. **Despesas que não podem ser consideradas inteiramente de responsabilidade da autora. Culpa concorrente da vítima configurada. Declaração de inexigibilidade de parte da dívida**. Dano moral não configurado. Necessária redistribuição dos encargos de sucumbência. Recurso provido em parte, com determinação.

1007209-08.2015.8.26.0477 Apelação/Cartão de Crédito

Relator(a): Alberto Gosson

Comarca: Praia Grande

Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 15/09/2016

Data de registro: 21/09/2016

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. OPERAÇÕES REALIZADAS POR TERCEIROS, MEDIANTE FURTO DO CARTÃO MAGNÉTICO DO AUTOR NO FINAL DE SEMANA. COMUNICAÇÃO DO INCIDENTE REALIZADA AO BANCO NO PRIMEIRO DIA ÚTIL SUBSEQUENTE AO FATO OCORRIDO. **OBSERVA-SE, POR OUTRO LADO, QUE O BANCO NÃO FOI SUFICIENTEMENTE DILIGENTE, LIBERANDO CRÉDITOS E VALORES FORA DO PERFIL DO USUÁRIO. CULPA CONCORRENTE RECONHECIDA**. ADEMAIS, FOI O PRÓPRIO PREPOSTO DO BANCO QUE ENTROU EM CONTATO COM O CLIENTE NO DIA DA EFETIVA COMUNICAÇÃO DO FURTO, VEZ QUE SUSPEITOU DAQUELAS OPERAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, a parte ré deverá devolver metade do valor efetivamente transferido, deduzidas as quantias já estornadas, o que deverá ser apurado em sede de liquidação. A **repetição do indébito** deverá ser feita de forma simples, nos termos do artigo 42, parágrafo único, parte final, do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de hipótese de engano justificável. O valor a ser restituído deverá ser atualizado pela Tabela Prática do TJSP, a partir da data de realização das transferências, e acrescido de juros de mora a partir da citação, em razão da existência de relação contratual entre as partes.

Sobre o tema, a Súmula 159 do STF: "*Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código*".

Neste sentido, a jurisprudência desta C. Câmara:

1003599-43.2014.8.26.0032 Apelação/Bancários

Relator(a): Salles Vieira

Comarca: Araçatuba

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/07/2016

Data de registro: 25/07/2016

Ementa: "APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - PACTA SUNT SERVANDA - CONTRATO DE ADESÃO – Hipótese em que a observância do princípio do 'pacta sunt servanda' não obsta a aplicação do CCB e CDC, para fins revisionais - Necessidade de observância da função social contrato - Hipótese, contudo, que não enseja o acolhimento, por si só, das alegações da apelante, tampouco por se tratar de contrato de adesão - Apelo improvido". "LIMITAÇÃO DE JUROS - Entendimento no sentido de que, mesmo antes de sua revogação, o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, não era autoaplicável, dependendo de regulamentação - Aplicação da Súmula Vinculante nº 7, de dezembro de 2008 - Impossibilidade de limitação dos juros remuneratórios - Cabível a aplicação dos juros praticados pela instituição financeira - Apelo improvido". "CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada - A única exceção que se abre está na capitalização mensal que se admite nas cédulas previstas em leis especiais, ou nos contratos celebrados após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, de 30.03.2000, e suas reedições, desde que expressamente pactuada - Contrato firmado após a aludida MP - Existência de previsão da capitalização mensal de juros - Licitude da referida prática reconhecida - Apelo improvido". "COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - CUMULAÇÃO COM DEMAIS ENCARGOS - Impossibilidade de cumulação de comissão de permanência com correção monetária, juros remuneratórios, juros moratórios e multa contratual - Inteligência das Súmulas 30 e 472 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Cabível a cobrança da comissão de permanência, em período de inadimplência,

Acesso ao Sumário

com exclusividade, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo BACEN, não podendo ultrapassar a taxa do contrato, ou seja, não podendo ser superior à somatória dos juros remuneratórios contratados, mais juros de mora, mais multa contratual - Apelo parcialmente provido." "**DEVOLUÇÃO EM DOBRO DE VALORES - Ante o recálculo do débito, os valores eventualmente pagos a maior devem ser devolvidos, de forma simples, à autora, e não em dobro - Hipótese de ausência de dolo e ocorrência de engano justificável - Aplicação dos artigos 1531 do ACC e 940 do NCC, bem como artigo 42, § único, do CDC** - Apelo improvido". "SUCUMBÊNCIA - ÔNUS - Caracterizada a sucumbência recíproca, deverão as partes arcar recíproca e proporcionalmente com as custas e despesas processuais por elas despendidas e os honorários de seus patronos, fixados em R$1.500,00, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, observada a gratuidade de justiça concedida à apelante - Apelo parcialmente provido".

1006879-18.2014.8.26.0001 Apelação/Interpretação/Revisão de Contrato

Relator(a): Silvia Maria Facchina Esposito Martinez

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 14/04/2016

Data de registro: 20/04/2016

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. Cédula de Crédito Bancário. Financiamento de veículo. Alegações de ilegalidade nas cláusulas - Abusividade no cálculo dos juros, na capitalização mensal, na cobrança de tarifa de abertura de crédito e na cumulação da comissão de permanência com outros encargos. Sentença de improcedência. Recurso do autor. ANATOCISMO - Abusividade não reconhecida - Súmula 383, 539 e 541 do STJ - Precedentes. Previsão contratual expressa da capitalização mensal - Admissibilidade da incidência - Artigo 28, §1º, inciso I, da Lei nº 10.931/04. Improvimento. JUROS REMUNERATÓRIOS - Percentual superior a 12% ao ano - Não aplicabilidade da Lei de Usura - Súmula 596 do STF - Jurisprudência. Improvimento. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - Cláusula contratual prevendo expressamente a cumulação com outras cobranças - Vedação - Súmula 472 do STJ - Adequação da cobrança, para exclusão dos juros de mora e da multa contratual. Provimento. TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO – Contrato firmado em outubro de 2010 - Cessada a vigência da Resolução CMN 2.303/96 - Súmula 565 do STJ - Afastamento da cobrança. Provimento. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Pretensão de devolução em dobro - Não-acolhimento - Penalidade destinada a quem agiu com má-fé, a qual não poderia ser presumida no caso em comento**. Improvimento. SUCUMBÊNCIA - Repartição do ônus - Cada parte arcará com os honorários dos respectivos advogados. RECURSO

Acesso ao Sumário

PARCIALMENTE PROVIDO.

O pleito de indenização por danos morais, contudo, não pode ser acolhido.

Não se trata de hipótese de dano 'in re ipsa', não se presumindo na espécie.

A ocorrência do dano moral deveria, portanto, restar suficientemente demonstrada, mas isto não se verifica 'in casu'.

O simples fato de ter sido necessário o ajuizamento da ação para que a controvérsia fosse definitivamente resolvida não é fundamento, como se sabe, para a formulação de pedido indenizatório. Caso contrário, teríamos que entender que todas as demandas judiciais deveriam ser cumuladas com pedido indenizatório por 'danos morais', o que, por óbvio, não se sustenta.

Os contatos com a parte contrária, que a parte autora diz ter realizado previamente para tentar resolver a questão de maneira amigável, implicam mero aborrecimento, comum à vida moderna, não podendo, pois, ser alçado à categoria de dano à personalidade.

Não obstante a alegação de que "*está na iminência de ter seu nome restrito junto ao sistema de proteção ao crédito*" (fls.4), a parte autora não carreou aos autos qualquer documento que comprovasse ter sido seu nome incluído nos cadastros de inadimplentes. Conforme jurisprudência dominante neste Tribunal, quando não há inscrição que determine a publicidade do ato, ocorrendo a cobrança só no âmbito privado, entre suposto credor e suposto devedor, não há ilícito causador de dano moral e sim mero dissabor.

A conduta da parte autora concorreu, ademais, para a realização do ato ilícito por terceiro fraudador, o que afasta a condenação da parte 'ex adversa' por danos morais.

Nesse sentido, o posicionamento desta E. Corte:

4009148-76.2013.8.26.0562 Apelação/Bancários

Relator(a): Maurício Pessoa

Comarca: Santos

Órgão julgador: 29ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Data do julgamento: 12/01/2017

Data de registro: 12/01/2017

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais - Relação de consumo - Inversão do ônus da prova - Saques na conta do autor - Cartão e senha furtados pela sua empregada doméstica - Alegação do autor de ter solicitado o cancelamento do cartão logo que deu falta do mesmo - Réu não comprovou qual o cartão que cancelou - Não se desincumbiu do ônus do artigo 373, II, do NCPC - Necessidade de devolução dos valores - **Autor não teve cuidado com a guarda da senha do cartão - Dever de guarda - Culpa concorrente - Dano moral afastado diante da culpa concorrente** - Sucumbência recíproca - Sentença reformada

Acesso ao Sumário

- Recurso parcialmente provido.

0002624-32.2011.8.26.0456 Apelação/Cartão de Crédito

Relator(a): Luis Carlos de Barros

Comarca: Pirapozinho

Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/02/2014

Data de registro: 26/02/2014

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade e indenizatória. Cartão de crédito furtado. Compras lançadas em cartão de crédito impugnadas pela autora. Ausência de comprovação por parte do banco de que as compras impugnadas foram realizadas antes da comunicação do furto. **Não inclusão do nome da autora no rol de inadimplentes. Contexto probatório que não autoriza o reconhecimento da responsabilidade civil. Inocorrência de danos morais. Indenização indevida**. Recursos desprovidos.

1006155-48.2015.8.26.0625 Apelação/Cartão de Crédito

Relator(a): Fernando Sastre Redondo

Comarca: Taubaté

Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 18/05/2016

Data de registro: 19/05/2016

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS C.C. DANOS MORAIS. Cartão de crédito extraviado. Compras realizadas por terceiro. Evento ocorrido em dezembro de 2014 e comunicado à ré somente em fevereiro de 2015, após o recebimento das faturas. Cancelamento do cartão após comunicação. **Ausência de cautela na guarda do cartão. Negligência da autora que exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço pelos danos morais**. Sentença de parcial procedência mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

O artigo 17 do CPC/73 estabelece que litiga de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (inciso I), alterar a verdade dos fatos (inciso II), usar do processo para conseguir objetivo ilegal (inciso III), opuser resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV), proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (inciso V), provocar incidente manifestamente infundado (inciso VI) e interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (inciso VII).

Acesso ao Sumário

A parte autora alterou a verdade dos fatos, ao afirmar que "*a Autora não realizou qualquer movimentação bancária eletrônica na data da fraude,* ***tão pouco disponibilizou sua senha pessoal ou códigos de segurança do Token para terceiros.***" (fl.2), o que, posteriormente, comprovou-se ser falso.

A parte requerente não poderia desconhecer a conduta de sua preposta,

sobretudo porque a funcionária do banco réu explicita, na gravação telefônica (4min10s), que o banco não requer dados dos clientes por meio de telefone, tornando-se a parte autora, assim, ciente de que havia fornecido número de senha e de 'token' a terceiros fraudadores. Destarte, a parte requerente faltou deliberadamente com a verdade para tentar induzir o d. Juízo em erro.

Sobre o tema, colacionam-se ensinamentos da doutrina:

9. Alterar a verdade dos fatos. Consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para o fato verdadeiro. A L 6771/80 retirou o elemento subjetivo "intencionalmente" desta norma, de sorte que não mais se exige a intenção, o dolo de alterar a verdade dos fatos para caracterizar a litigância de má-fé. Basta a culpa ou o erro inescusável.

(NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante - 10ª ed. rev. ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 - p.214 - realces não originais).

A parte autora praticou inequívoca litigância de má-fé, devendo-lhe ser aplicada a respectiva multa de 1% sobre o valor da causa corrigido, o que ora se pronuncia.

Esse é o posicionamento desta C. Câmara:

1012148-94.2015.8.26.0068 Apelação/Cartão de Crédito

Relator(a): Silvia Maria Facchina Esposito Martinez

Comarca: Barueri

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 20/04/2017

Data de registro: 25/04/2017

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO. Apontamento em cadastro de inadimplentes reputado indevido pelo autor. Sentença de improcedência, reconhecendo a existência da dívida apontada e condenando o autor por litigância de má-fé, revogando a gratuidade judiciária anteriormente concedida. Irresignação do consumidor. PRELIMINAR. Reconhecimento da litigância de má-fé não implicaria, por si só, o afastamento da gratuidade - Jurisprudência do TJSP e desta Câmara a permitir a pena por má-fé processual sem prejuízo dos benefícios da justiça gratuita. Condição financeira inalterada. Preliminar acolhida. MÉRITO. Instituição financeira comprovou a contratação do serviço de cartão de crédito pelo autor, bem como a realização de transações com o uso da tarjeta. Assinaturas compatíveis com as inseridas na procuração e na declaração de pobreza. Contratação regular. Dívida exigível. **Litigância de má-fé configurada, eis que não se tratou de mera postulação dentre teses possíveis para análise em juízo, mas**

Acesso ao Sumário

sim de tentativa de alterar a verdade dos fatos com fundamento em alegações que se comprovaram claramente improcedentes diante das provas carreadas - Jurisprudência. Sentença mantida no mérito. PRELIMINAR ACOLHIDA; NO MÉRITO, RECURSO IMPROVIDO.

1008292-08.2016.8.26.0224 Apelação/Bancários

Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira

Comarca: Guarulhos

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/03/2017

Data de registro: 31/03/2017

Ementa: Ação declaratória - Inexistência de débito - Desconhecimento - Inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito - Ação julgada improcedente - Aplicação de penalidade por litigância de má-fé - Apelo da autora - Manutenção da sentença - Inconformismo quanto à sanção processual imposta, nos termos do art. 81 do CPC/2015 - **Contexto dos autos que autoriza impor à autora condenação por litigância de má-fé - Faltou com a verdade dos fatos ao afirmar desconhecer o débito apontado que sabidamente conhecia, além de induzir a existência de erro e negligência por parte da ré** - Art. 80, II, do CPC/2015 - Penalidade mantida, porém, em menor valor, dada a vulnerabilidade econômica da autora e ao não requerimento de indenização por danos morais, o que demonstra não ter buscado locupletar-se ilicitamente - Adequação de ofício da verba honorária do patrono da ré, cujo percentual recaía sobre inexistente condenação - Recurso parcialmente provido.

Cumpre acrescentar que a litigância de má-fé da parte autora pode ser declarada de ofício, nos termos do artigo 18, do CPC/73, em vigor à época.

Ressalte-se que, não obstante o provimento parcial do recurso da parte autora, ela permaneceu vencida na maior parte dos pedidos, razão pela qual o ônus sucumbencial deve continuar inteiramente carreado a si, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil/73, que assim dispõe:

> Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.
>
> Parágrafo único. **Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.**

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso, com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008028-21.2013.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S.A., são apelados EULER NILO PRINCI ME e XL SEGUROS BRASIL S.A.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27608)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA - DENUNCIAÇÃO À LIDE - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL E IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO REGRESSIVA - RECURSO - INCÊNDIO EM IMÓVEL COMERCIAL - FARMÁCIA - PERDA TOTAL - AUSÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA AUTORA - PARECER TÉCNICO DE ENGENHEIRO ELETRICISTA CONCLUINDO QUE O PROVÁVEL MOTIVO DO INCÊNDIO FOI O DANO NO NOBREAK GERADO PELO AFUNDAMENTO DE TENSÃO, CORROBORANDO A PROVA TESTEMUNHAL - OSCILAÇÕES ELÉTRICAS OCORRIDAS NO MOMENTO DO EVENTO, RECONHECIDAS PELA CONCESSIONÁRIA EM INQUÉRITO POLICIAL - TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ARTIGO 37, § 6º, DA CF - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DANOS MATERIAIS - NECESSIDADE DE REDUÇÃO, BASEADA NA NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA E NOS DEMONSTRATIVOS DE RENDIMENTO

Acesso ao Sumário

DO EMPRESÁRIO - DENUNCIAÇÃO À LIDE - IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA EXPRESSAMENTE PACTUADA NO CASO EM TELA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 932/934, julgando parcialmente procedente a ação indenizatória para:

a) condenar a requerida ao pagamento de reparação por danos materiais no valor de R$ 418.542,00, atualizados da propositura da ação e com juros da citação;

b) declarar inexigível indenização por danos morais;

c) condenar a requerida ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação;

d) julgar improcedente o pedido regressivo da demandada em face da XL Seguros Brasil S/A, declarando inexigível a responsabilidade da denunciada aos danos sofridos pela autora, em razão de risco excluído do contrato de seguros, condenando, ademais, a litisdenunciante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, de relatório adotado.

Em razões recursais, aduz a concessionária de serviço público que as provas periciais são claras quanto à exclusão da hipótese de o incêndio ter se iniciado por curto circuito na rede elétrica, faltando, portanto, prova do nexo de causalidade para condenação, alega ser nula a sentença por falta de fundamentação, que inclusive ignorou a prova técnica, afirma que nunca reconheceu queda, interrupções e oscilações de energia. Defende que não há que se falar em falha na prestação de serviços, reconhecimento do direito de regresso, ausência de responsabilidade, inexistência de dano indenizável.

Reputa, em acréscimo, irregulares as instalações internas do estabelecimento, sendo responsabilidade do autor, assevera não serem hábeis os documentos juntados pelo autor para comprovar o dano material, pleiteia procedência da denunciação à lide e, supletivamente, apuração do *quantum* reparatório em regular liquidação de sentença, além de redução dos honorários advocatícios, pretende a aplicação de correção e juros da prolação da decisão, aguarda provimento (fls. 938/953 e versos).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 954/956).

Regularmente processado (fls. 957).

Contrarrazões da seguradora (fls. 959/966).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões da autora (fls. 968/984).

Houve remessa (fls. 985).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta parcial procedência.

Trata-se de ação ordinária colimando, em síntese, indenização por danos materiais e morais decorrentes de incêndio ocorrido em farmácia.

Primeiramente, não comporta acolhida a preliminar arguida pela concessionária, porquanto a r. sentença preenche os requisitos do artigo 489 do CPC.

Demais disso, em que pesem as alegações da apelante, as interrupções de energia ocorridas imediatamente antes da ocorrência em análise restaram incontroversas, visto que reconhecidas pela recorrente em inquérito policial (fls. 899/900 e versos).

Aliás, a ocorrência de oscilações elétricas foi corroborada com as provas testemunhais produzidas no inquérito e nos presentes autos, e, conquanto a empresa demandada não reconheça a possibilidade de incêndio decorrente da intermitência no fornecimento de energia, a própria cláusula securitária de fls. 813/814 dá conta de demonstrar que a interrupção ou funcionamento defeituoso do fornecimento de energia elétrica, inclusive variação de voltagem, pode gerar danos, que, a propósito, não são ressarcidos pela apólice.

E embora não conclusivo, o laudo pericial do instituto de criminalística não descartou a hipótese de o incêndio decorrer das mencionadas interrupções de energia, além do que o laudo técnico particular realizado por engenheiro eletricista (fls. 23/24) verificou que as instalações elétricas do estabelecimento eram novas, com disjuntores de proteção termomagnéticos, terramento e tomadas em conformidade com a Lei Federal nº 11.337/2006, descartando o argumento apresentado pelo apelante de irregularidade das instalações internas do estabelecimento, inexistindo irrefragável comprovação de que as oscilações não geraram a destruição incendiária.

A bem da verdade é que a concessionária deve garantir a correta prestação do serviço, respondendo objetivamente pelos prejuízos a seus usuários, consoante artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

No mesmo diapasão:

"*Ação de indenização - Incêndio em imóvel comercial dos autores em decorrência de brusca variação da intensidade da energia elétrica fornecida pela ré - Perda total do bem - Sentença condenou a ré a indenizar por danos materiais e morais - Cabimento - Parecer técnico de engenheiro elétrico concluindo incêndio causado por variação da tensão elétrica, aliado à prova oral no sentido de, nos dias antecedentes ao infortúnio, era constante a variação de energia elétrica também nas*

residências vizinhas - Ré não comprovou fato extintivo ou modificativo do direito dos requerentes, inclusive desistindo da produção de prova pericial, deferida pelo Juiz para apuração das causas do incêndio e perícia de engenharia civil - Aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil objetiva, de assunção de risco administrativo, dada à qualidade de prestadora de serviço público da ré (art. 37, §6º, CF c.c. art. 14, CDC) - Nexo de causalidade entre falha da prestação de serviço da ré e danos suportados pelos autores - Danos materiais comprovados - Repercussão relevante sobre a integridade psíquica dos autores, pela destruição do imóvel - Dano moral configurado - Quantum *indenizatório fixado de acordo com princípio da razoabilidade e ponderação - Sentença mantida - Recurso negado." (TJSP, Apelação Cível nº 1002788-19.2015.8.26.0624, Relator Desembargador Francisco Giaquinto, Julgamento em 03/02/2017).*

Vale ainda salientar que a empresa não trouxe aos autos nenhum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ônus que lhe competia, nos termos do artigo 373, inciso II, do CPC, limitando-se a reiterar os termos das diligências policiais.

Também não impugnou especificamente os valores requeridos pela demandante, nem apresentou montante que entende consentâneo com o caso assente, colocando-se genericamente contrário aos documentos e quantias apresentados pela requerente.

Nada obstante, compulsadas as declarações de rendimentos do empresário e considerados o capital social da empresa e sua natureza jurídica, de microempresa, a indenização pelo dano material apresenta-se elevada, não sendo, porém, conveniente, oportuno ou até mesmo possível, além de pouco célere e improducente, determinar liquidação de sentença, estando perdidos muitos dos indícios e documentos que a subsidiariam.

Dessa forma, respaldado no juízo equitativo e na máxima de experiência, deve a reparação ser reduzida para R$ 250.000,00, dos quais R$ 200.000,00 destinar-se-ão à reposição do estoque perdido e o remanescente, à reestruturação da loja, mantido o termo inicial da correção e dos juros de mora determinados pelo juízo *a quo*.

Acesso ao Sumário

Cumpre ressaltar que o princípio da máxima de experiência serve como parâmetro de uma verdadeira presunção judicial, consolidada por intermédio do raciocínio estruturado em fatos indiciários para consubstanciar aquilo que se denomina reparação integral.

Por fim, correta a improcedência da denunciação à lide, porquanto evidente a exclusão contratual da seguradora em reclamações decorrentes de interrupção de funcionamento defeituoso de energia elétrica, inclusive variação de voltagem (*failure to supply*), nos termos da cláusula 2.2 das Condições Especiais de Empresas de Serviços de Produção e Distribuição de Energia

Elétrica, que compõem as Condições Gerais de Responsabilidade Civil Geral da Apólice contratada pela concessionária.

Registro, na oportunidade, não haver espaço para prequestionamento, visto que a matéria fora amplamente analisada à luz dos dispositivos legais vigentes e jurisprudência.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROCEDÊNCIA** ao recurso, reduzindo o *quantum* indenizatório para R$ 250.000,00, e responsabilizando a concessionária por 4/5 das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% da condenação, e a autora por 1/5, ficando mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1030532-98.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado DENIVALDO TEIXEIRA CUNHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23456)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), WALTER FONSECA e GIL COELHO.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

MARINO NETO, Relator

Ementa: REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARCEIRA DE LOJA DE VESTUÁRIO QUE RECUSA A CONCESSÃO DE CRÉDITO AO AUTOR PARA EFETUAR A COMPRA DE UMA CAMISA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA -APELAÇÃO DO RÉU - Réu que negou a aprovação de crédito solicitado pelo autor, agindo no exercício regular de direito, tendo em vista que o negócio jurídico está pautado na liberdade de contratar - Mero dissabor - Autor que poderia ter procurado outras instituições financeiras e/ou lojas para obter a concessão de crédito - Ausência do dever de indenizar - Sentença reformada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 93/97, que julgou procedente a ação de indenização por danos morais[1] ajuizada por **Denilson Teixeira Cunha** em face de **Banco Bradesco S/A**, condenando o réu a arcar com o pagamento de danos morais no importe de quinze mil reais (R$ 15.000,00) mais juros de mora legais desde a citação e correção monetária a partir da sentença.

Em razão da sucumbência o réu foi condenado ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Consta da inicial que o autor é correntista do banco réu, mas não utiliza nenhum serviço além da conta corrente. Apesar de não possuir qualquer restrição de crédito, alega o autor que ao tentar adquirir uma camisa na loja TNG por meio de concessão de cartão da loja, com bandeira do banco do réu, o crédito lhe foi negado. Diz ter solicitado mais informações ao gerente comercial da loja, mas soube apenas se tratar de uma restrição interna da instituição financeira. Afirma ter passado por situação vexatória a ensejar reparação moral.

Da sentença que julga a ação procedente apela o réu alegando em síntese (i) liberdade para contratar das instituições financeiras e (ii) inexistência de dano moral.

Recurso bem preparado e respondido.

É o relatório.

O inconformismo do banco prospera.

A situação descrita pelo autor não lhe dá o direito ao recebimento de indenização por danos morais.

Isso porque, o consumidor não tem o direito absoluto de obter cartão de crédito de qualquer estabelecimento comercial. Não há lei que obrigue uma empresa a conceder crédito a quem quer que seja. E, se o consumidor percebe que não está sendo bem atendido, deve procurar outro lugar, especialmente se, como o autor, não apresentava nenhum óbice para obter crédito. Não faltam opções no mercado.

Ressalte-se que a análise de risco feito pela apelante ou qualquer instituição bancária antes da liberação do crédito configura mera expectativa e não gera qualquer direito ao proponente.

De fato, o banco não está obrigado a lhe conceder empréstimo ou crédito, tendo agido no regular exercício de seu direito ao negá-lo. É da própria natureza dos negócios jurídicos a liberdade tanto de uma quanto de outra parte para

Acesso ao Sumário

1 Valor R$ 72.400,00 em outubro de 2014. Sentença disponibilizada em 05/02/2016.

contratar, competindo ao estabelecimento comercial requerido analisar os riscos que entender pertinentes e o perfil do consumidor que deseja contrair mútuo.

Bem por isso que o caso em tela revela mero dissabor porquanto bastava ao apelado procurar uma dentre as inúmeras instituições financeiras que tivesse interesse em conceder o almejado crédito.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - Recusa de fornecimento de empréstimo que seria utilizado para compra de material de construção para reforma de imóvel. Pretensão à indenização por danos morais. INADMISSIBILIDADE: Assiste à instituição financeira o direito de recusar a negociação, especialmente em razão dos princípios da liberdade de contratar e da autonomia da vontade. Natureza jurídica da relação contratual que impõe a válida manifestação da vontade. A negativa de contratação do empréstimo constitui exercício regular de direito da instituição bancária e esta conduta, por si só, não enseja indenização por danos morais. Inexistência de provas concretas da alegada situação vexatória e humilhante. Dano moral não configurado. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação nº 0010323-60.2012.8.26.0223, 37ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Israel Góes dos Anjos, julgado em 19/08/2014). Grifo nosso.

Ação indenizatória por danos morais - Alegação de recusa de liberação de crédito bancário ao autor, sem qualquer justificativa da instituição financeira, a ensejar indenização por danos morais - O Banco não está obrigado a conceder crédito ao autor, agindo em exercício regular de direito ao não aprovar o mútuo - O solicitante de crédito não pode pretender imputar à casa bancária a eventual desilusão pela sua não concessão, afinal, a mera expectativa não gera direito adquirido, tampouco repercutindo sobre a reputação e honra do interessado no mútuo, de sorte a inexistir ato ilícito ensejador de dano moral - Sentença mantida - Recurso negado. Adoção dos fundamentos da sentença pelo Tribunal Incidência do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso negado. (Apelação nº 0007475-08.2011.8.26.0168, 13ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Francisco Giaquinto, julgado em 30/05/2014). Grifo nosso.

Nesses termos, a improcedência da demanda é de rigor.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar a ação totalmente improcedente.

Diante do que aqui restou decidido, condeno o autor ao pagamento de

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios, ora fixados em R$ 3.000,00, nos termos do que dispõe o artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, respeitada a gratuidade de justiça concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1080345-68.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S.A., é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19770)**

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

São Paulo, 27 de junho de 2017.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA QUE REEMBOLSA SEGURADO PELOS DANOS ELÉTRICOS CAUSADOS EM RAZÃO DE OSCILAÇÕES NA REDE ELÉTRICA. QUEIMA DE EQUIPAMENTOS DA SEGURADA DA AUTORA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. EMPRESA RÉ CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA QUE RESPONDE OBJETIVAMENTE PELOS DANOS CAUSADOS NAS UNIDADES CONSUMIDORAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR AS ALEGAÇÕES INICIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS (ART. 37, § 6º DA CF). RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 191/193, que nos autos da ação Regressiva de Ressarcimento de Danos tendo como requerente Itaú Seguros de Auto e Residência S/A em face da Companhia Paulista de Força e Luz, julgou improcedente o pedido.

O Magistrado condenou a autora no pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa.

Da sentença houve interposição de apelação pela autora.

Afirma que o referido sinistro ocorreu por conta da falha de prestação de serviços da apelada, tendo em vista a ocorrência comprovada de subtensão elétrica, a qual ocasionou danos materiais nos equipamento do Segurado.

Pleiteia a reforma na sentença, para que seja julgada procedente a ação, condenando a companhia de energia elétrica a ressarcir a apelante nos exatos termos requeridos na petição inicial.

Recurso processado, com resposta (fls. 235/244).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, a apelante ajuizou ação de regresso, alegando, em síntese, que celebrou contrato de seguro na modalidade compreensivo residencial com Melissa Forti Maluf, consumidora de energia elétrica fornecida pela ré; que, em 10.05.2015, o imóvel dela foi afetado por um distúrbio elétrico, proveniente da rede de distribuição administrada pela ré, causando danos em diversos equipamentos eletroeletrônicos de sua propriedade; que o sinistro havido decorreu de falhas nos serviços prestados pela ré; ocorrendo queima de inúmeros bens da segurada da autora, tornando impróprios para o uso e necessários reparos e substituições. Pediu a procedência da ação, com a condenação da ré no pagamento do valor de R$ 10.665,24.

Infere-se dos autos, que entre a apelada e Melissa Forti Maluf foi firmada a apólice de seguro encartada às fls. 33/36.

O pagamento à segurada está demonstrado à fls. 56/57.

A apelante pleiteia o ressarcimento dos danos cobertos à segurada, em decorrência da oscilação da rede elétrica lá mencionada, que provocou a perda de diversos equipamentos.

Em que pese o entendimento do Magistrado, os documentos acostados a fls. 38/55 demonstram o sinistro ocorrido em decorrência da referida oscilação da rede elétrica, bem como o valor pago à segurada.

Em especial, o laudo preliminar de vistoria (fls. 48) demonstra o nexo

Acesso ao Sumário

de causalidade entre a queima dos maquinários e a oscilação da rede elétrica mantida pela ré.

Assim, tratando-se de dano evidente e consumado não se exige nenhuma comunicação ou requerimento prévio. Destarte, ficou devidamente caracteriza a responsabilidade da concessionária de energia elétrica pela oscilação na rede de distribuição e configurado o nexo de causalidade entre tal ocorrência e os danos nos aparelhos que foram ressarcidos pelo apelado.

A apelante é prestadora de serviço público, e assim, responde objetivamente pelos danos causados, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, independentemente de prova da culpa, valendo destacar que chuvas e tempestades são comuns, não podendo ser considerados caso fortuito ou força maior.

Em caso análogo vale citar a jurisprudência:

"*Apelação. Ação regressiva. Fornecimento de energia elétrica. Seguradora que pede reembolso da indenização paga a segurada pelos prejuízos em equipamento danificado por oscilação de descarga elétrica. Responsabilidade objetiva da empresa-ré. Aplicação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Verossimilhança das alegações da autora. Inversão do ônus da prova. Prestadora de serviços que não comprovou a inexistência dos danos ou do nexo causal. Recurso improvido.*" (Apelação 0026622-85.2011.8.26.0114 - Rel.Walter Cesar Exner - 36ª Câmara de Direito Privado - 10.03.2016).

Vale salientar, por oportuno que não há nenhum questionamento acerca dos valores das indenizações.

Cediço que as pessoas jurídicas de direito público, prestadoras de serviços, respondem de forma objetiva pelos riscos causados aos consumidores, fundada no risco administrativo (art. 37, § 6º da Constituição Federal), e é dever da ré zelar pela prestação de serviços de forma eficiente, contínua e segura.

A requerida não trouxe aos autos qualquer prova de que os danos suportados tenham decorrido de qualquer excludente de responsabilidade, nos termos do artigo 14, § 3º do CDC.

Acesso ao Sumário

À luz de tais fatos, resta evidenciado o defeito no serviço ofertado ao público, por violar os deveres de eficiência, continuidade e segurança, adotando postura negligente e permitindo a oscilação frequente nas redes de energia elétrica, de modo que inafastável o dever da requerida de responder pelos danos cobertos pela autora.

Ademais, não há que ser falar em caso fortuito ou força maior. Isso porque a descarga elétrica ocorre em decorrência de oscilação da rede elétrica administrada pela ré, que por sua vez, não investe em equipamentos adequados e que seja suficiente a prestar serviços com a segurança adequada e esperada.

Dessa forma, de rigor a reforma da sentença para julgar procedente a

ação, condenada a ré a pagar à autora o importe de R$10.665,24, devidamente corrigido a partir do desembolso e acrescido de juros de mora desde a citação. Fica invertida a sucumbência.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Observo 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, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008886-25.2015.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante PRISCILA SANTOS DE OLIVEIRA, é apelado MOISÉS CORREIA DE MELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17703)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR e LUIZ ARCURI.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PROVA ORAL QUE ATESTA A OCUPAÇÃO CLANDESTINA DO IMÓVEL, CASA 1 - SENTENÇA PROCEDENTE - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

A ré insurge-se contra sentença a fls. 133, cujo relatório adoto, que julgou procedente pedido de reintegração de posse.

Alega que o apelado possui outros imóveis, de modo que o pedido de reintegração de posse da casa 1, para fins de moradia, não se justifica.

Entende que não houve esbulho, pois reside no imóvel com o consenso do apelado.

Acesso ao Sumário

Em contrarrazões a parte apelada sustenta a lisura da sentença.

É o relatório.

Ao que restou apurado, o imóvel descrito na matrícula nº 143580 do Cartório de Registro de Imóveis de São Vicente, fls. 10, de propriedade do apelado, é composto por duas unidades residenciais distintas. Uma delas especificada como casa 2, que era ocupada pela apelante, a título de comodato, e a casa 1, objeto da presente reintegração de posse.

A prova oral, em especial o depoimento de Vanessa, antiga locatária da casa 1, comprova a posse anterior pelo apelado, bem como o esbulho praticado pela apelante, que invadiu aludido imóvel tão logo foi desocupado pela locatária.

Corroborando o quanto acima exposto, a testemunha Roberto, atesta que a apelante residia na casa 2; contudo, após a saída da locatária da casa 1, a apelante se apropriou do aludido imóvel e passou a residir lá, sem o consentimento do apelado.

Inexistente prova da ocupação regular da casa 1 por parte da apelante, a evidenciar o exercício de justa posse, resta caracterizado o esbulho.

Portanto, era mesmo o caso de procedência da ação de reintegração de posse.

Pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Em razão da interposição de recurso, majoro os honorários advocatícios de 10% para 12% do valor atribuído à causa, R$ 95.933,32 - fls. 5.

A execução da sucumbência fica condicionada à alteração da situação de pobreza.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021677-75.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TATIANA DA FONSECA NAVARRETE (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados TRANSCOOPER - COOPERATIVA DE TRANSPORTE DE PESSOAS E CARGAS DA REGIÃO SUDESTE e ASSOCIAÇÃO PAULISTANA DOS CONDUTORES DE TRANSPORTE COMPLEMENTAR DA ZONA LESTE G3.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.591)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MATHEUS

FONTES (Presidente sem voto), ALBERTO GOSSON e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Indenizatória. Danos morais e materiais. Transporte coletivo. Queda. Improcedência. Prestígio. Apesar das comprovadas lesões não há demonstração de que o infortúnio ocorrido tenha sido ocasionado pelas empresas-rés. Inexistência de nexo de causalidade entre a ação e o dano experimentado. Ausência de provas a emoldurar o fato constitutivo do direito da autora. Descumprimento do artigo 373, inciso I, do CPC. Dever de indenizar não configurado. Epílogo abonado nos termos do artigo 252 do RITJSP. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais - julgada improcedente pela r. sentença de fls. 223/232 - ajuizada por Tatiana da Fonseca Nacarrete em face da TRANSCOOPER - Cooperativa de Transporte de Pessoas e Cargas da Região Sudeste e outro.

Reivindica-se - em síntese - reforma da r. sentença para julgamento da procedência da ação, com repercussão nos consectários de estilo.

Como tempestivo, o recurso é recebido, mas despido do preparo mercê do favor da gratuidade.

Contrarrazões apresentadas, no prazo assinalado no artigo 1.010, § 1º, do CPC (fls. 245/249).

É o relatório.

Cuida-se de pleito de ressarcimento moral e material haurido dos males padecidos pela autora decorrentes de queda após desembarque de transporte coletivo.

Declara a autora culpa do motorista que avançou inadvertidamente o veículo, enquanto descia, o que lhe ocasionou queda.

Com o baque, fraturou o tornozelo e necessitou de intervenção cirúrgica para reconstrução do ligamento deltoide.

Pois bem.

Os elementos constantes do feito não permitem formar a convicção de que o evento se deu nos moldes professados de início.

Mesmo em atmosfera de consumo, cuja órbita é da responsabilidade

Acesso ao Sumário

objetiva, não se permite - pura e simplesmente - enaltecer a procedência compulsória da pretensão da passageira.

O cenário reclama prova e a versão da autora é econômica em verossimilhança, circunstância que elide o prognóstico de responsabilidade de quem quer que seja.

No caso **sub judice**, embora presente dano, carece a hipótese de demonstração de nexo.

A testemunha arrolada pela autora não presenciou os fatos.

Os relatos da autora perante a autoridade judiciária são discrepantes, pois no boletim de ocorrência lavrado no dia posterior aos fatos (04/06/13) alegou que: "***na manhã de ontem estava descendo do coletivo de prefixo 3033/41 o qual faz o trajeto Pq Boa Esperança ao Terminal São Mateus, e devido ao ondulamento da via, a vítima veio a torcer o pé. Esclarece a declarante que quando caiu o coletivo estava parado um pouco para frente do ponto***" (cfr. fls. 19). Em, 23/07/13, retornou à delegacia de polícia e retificou suas declarações para constar que: "***na verdade a queda deu-se ainda no interior do coletivo, vez que aquele estava em movimento e a vítima não havia desembarcado. Tal fato deu-se porque o motorista não percebeu que a vítima ainda desembarcaria***" (fls. 20).

Portanto, sem a evidente relação de causalidade entre as lesões sofridas e o comportamento do agente causador, inexiste o dever de indenizar.

Anota-se que consoante lição do mestre Carlos Roberto Gonçalves: "**relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo 'causar', utilizado no art. 186 do CC. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve dano mas sua causa não esta relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar**" (**in**, *Responsabilidade Civil*, Editora Saraiva, 13ª ed., 2011, p. 66).

A espécie se ressente da desoneração do encargo de provar o fato constitutivo do direito, nos moldes da advertência do artigo 373, inciso I, do CPC, o que impossibilita o ressarcimento.

Neste sentido:

"Indenização. Acidente de trânsito. Alegada queda de passageiro no desembarque de coletivo. Improcedência decretada em 1º grau. Insuficiência de provas que demonstrem o fato constitutivo do alegado direito do autor. Recurso desprovido" (Relator: Campos Mello; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/02/2017; Data de registro: 27/02/2017).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE COLETIVO - PASSAGEIRO - ALEGAÇÃO DE QUEDA NO INTERIOR DO ÔNIBUS

Acesso ao Sumário

POR FREADA BRUSCA - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NÃO PROVADO - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – AÇÃO IMPROCEDENTE - APELAÇÃO IMPROVIDA" (Relator: Matheus Fontes; Comarca: Mogi das Cruzes; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/08/2016; Data de registro: 05/08/2016).

Sucumbência delineada a contento.

Sua Excelência, o nobre julgador, com pertinência, apreciou a possível verossimilhança da alegação em relação ao conjunto fático-probatório, para concluir - sem titubeios - pelo império do **non liquet**.

Abona-se a irrepreensível sentença, considerada sua motivação suficiente, consoante dicção do artigo 252 do Regimento Interno da Corte.

Por fim, em sufrágio ao trabalho adicional realizado pela empresa-ré, que apresentou contrarrazões ao apelo interposto, majora-se a verba honorária para 15% sobre o valor da condenação (artigo 85, parágrafo 11, do CPC), respeitada a gratuidade conferida.

Por tais razões, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025507-50.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante DELSO GENTIL JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada REALIZA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "HAVENDO DIVERGÊNCIA, NOS TERMOS DO ARTIGO 942 DO CPC/2015, PASSARAM A COMPOR A TURMA JULGADORA OS EXMOS. DES. MATHEUS FONTES E ROBERTO MAC CRACKEN, E NO PROSSEGUIMENTO, POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS EM PARTE O RELATOR SORTEADO, O 2º, O 3º E O 4º DESEMBARGADORES. ACÓRDÃO COM 3º DESEMBARGADOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39866)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS MELLO, vencedor, ALBERTO GOSSON, vencido, MATHEUS FONTES (Presidente), HÉLIO NOGUEIRA e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 20 de abril de 2017.

CAMPOS MELLO, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: 1. Consórcio. Pedido de devolução atualizada de prestações pagas por desistente. Sentença de improcedência. Decisão parcialmente alterada. 2. Cerceamento de defesa não configurado. 3. A devolução deve se dar tal como disposto no art. 22 da Lei 11.975/2008. 4. Taxa de administração que deve ser deduzida do valor da condenação. Verba que não se confunde com as prestações pagas. Necessária adequação do percentual a ser deduzido, vencidos, nesse ponto. 5. Cláusula Penal. Retenção. Inadmissibilidade na ausência de prova do prejuízo 6. Dano moral não configurado. Hipótese em que ele não pode ser presumido. 7 Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de recurso de apelação interposto da r. sentença de fls. 183/188, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação ajuizada por DELSO GENTIL JUNIOR, em face de REALIZA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

Inconformado, apela o autor (fls. 192/203) alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Quanto ao mérito, alega que faz jus à devolução imediata dos valores pagos, da taxa de administração, da cláusula penal, bem como de compensação pelos danos morais suportados.

Recurso tempestivo, isento de preparo (fls. 87) e respondido (fls. 206/223).

É o relatório.

Inicialmente, não está configurado o alegado cerceamento de defesa em decorrência do julgamento antecipado da lide, visto que a prova documental é suficiente ao deslinde da controvérsia.

Acesso ao Sumário

Ao ser julgada a Reclamação nº 16.112/BA, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça proclamou que deve ser conferida interpretação restritiva à tese enunciada no Rec. Esp. 1.119.300/RS, julgado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, e que fixou o entendimento de que a restituição das parcelas pagas pelo consorciado desistente deve ocorrer até trinta dias do término do prazo previsto para o encerramento do grupo. Na ocasião, foi afirmado que esse entendimento teve por objeto o regime legal anterior à Lei 11.795/2008 (Recl 16.112/BA, 2ª Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 8.4.2014) e que, em relação aos contratos celebrados na vigência do novo regime legal caberá definir, oportunamente, se o entendimento em questão subsiste hígido ou se haverá margem para revisão.

Pois bem; malgrado os ponderáveis fundamentos dos votos proferidos pelos eminentes Relator sorteado e 2º Desembargador, conducentes às teses de que a devolução deverá ocorrer após o encerramento do grupo e imediatamente, respectivamente, entendo que, ao contrário, agora a restituição deve estar sujeita ao novo regime legal, não havendo lacuna normativa. Com efeito, o que deve incidir agora são as disposições contidas no art. 22 da Lei 11.795/2008. O desistente poderá ser **contemplado**, por sorteio e terá direito à restituição daquilo que pagou, assim como da importância paga ao fundo comum do grupo, acrescida dos respectivos rendimentos financeiros (art. 30). É essa a sistemática legal. O desistente pode ser contemplado, durante todo o período de duração do grupo. Pode ser que isso ocorra na primeira reunião, mas pode ser que não.

Então, havendo previsão legal que define como deverá ser feita a restituição, é esse o critério que deve prevalecer, não havendo motivo razoável para o autor passe na frente dos outros desistentes, que estarão sujeitos a sorteio. De resto, admitir a devolução imediata significará, em última análise, tornar letra morta o art. 22 da 11.795/2008, será desconsiderar o que está contido na lei. A lei não contém palavras inúteis, essa é a premissa que deve ser adotada pelo intérprete e aplicador. Na espécie, a devolução só poderia ser imediata se a lei não a houvesse disciplinado de modo diverso. Havendo, como há, regramento legal, é ele que deve ser aplicado. Cabe lembrar que tal solução já foi adotada nesta Corte em casos análogos: Ap. 0159716-40.2012.8.26.0100, 11ª Câmara da Seção de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. em 2.5.2013, Ap. 0152785-21.2012.8.26.0100, 22ª Câmara de Direito Privado, de minha relatoria, j. em 6.6.2013.

No caso em tela, como se trata de avença celebrada em 2010 (fls. 16), o critério acima enunciado é que deverá ser adotado.

A atualização monetária do valor a ser restituído deve observar o disposto no art. 30 da Lei 11.795/08. E os juros de mora só devem incidir a partir do dia seguinte à data da devolução, fixada em conformidade com a Lei 11.795/08, como acima exposto.

Além disso, no tocante aos valores a serem devolvidos, entendo que é cabível a retenção da taxa de administração, mas não no percentual contratado. Embora já tenha decidido o Superior Tribunal de Justiça que não é ilegal nem abusiva taxa de administração superior a 10% (Rec. Esp. 1.114.606/PR, 2ª Seção, v. u., Rel. Min. Villas Boas Cueva, Dje 20.6.2012), isso não significa que possa ser fixada qualquer taxa. Aqui, a que foi estabelecida é inequivocamente abusiva (22%) e ofende o disposto no art. 51, IV, da Lei 8.078/90. Com efeito, examinado o documento a fls. 16, o que se constata é que a taxa em questão ascende a 22% do valor da obrigação assumida pelo aderente. Isso é evidente demasia. Então, levada em conta a orientação proveniente do Superior Tribunal de Justiça, reduzo a taxa de administração para **13%**, percentual que remunera

Acesso ao Sumário

condignamente a atividade empresarial da ré.

No tocante à cláusula penal, deixo aqui ressalvado meu entendimento pessoal quanto à possibilidade de cobrança desse encargo, limitado ao percentual de 10%. Anote-se que a própria Lei 8.078/90 admite expressamente que o desistente deverá indenizar os prejuízos que causar ao grupo (art. 53, §2º). Pois bem; nada impediria que isso fosse previamente estabelecido por meio de cláusula penal. Nesse caso, o credor não precisaria nem alegar nem provar a ocorrência de prejuízo. Ela tem por finalidade justamente dispensar tal prova, que pode ser problemática ou onerosa em demasia. Como afirma a boa doutrina, a função da cláusula penal é pré-liquidar danos (cf. Orlando Gomes, "Obrigações", Ed. Forense, 4ª ed., 1976, p. 192). A lição de Inocêncio Galvão Teles bem define a questão: "*Não há que averiguar sofreu ou não, efectivamente, prejuízos em conseqüência da inexecução da obrigação e, em caso positivo, qual o seu valor. A cláusula penal visa justamente evitar indagações dessa natureza; é aplicável desde que se dê violação do contrato, imputável ao obrigado*" ("Direito das Obrigações", Ed. Coimbra, 4ª ed., 1982, p. 352). Ela representa meio de avaliação do prejuízo, ou expressa o valor prévio das perdas e danos. A prova do prejuízo, o credor só a deverá fazer se quiser postular indenização excedente de seu valor, tal como expressamente prevê o art. 416 do Código Civil.

O que deve incidir na espécie são os limites determinados pelo Decreto 22.626/33. Embora parte da doutrina entenda que esse diploma legal tem por objeto apenas os contratos de mútuo (cf., a propósito, Caio Mário da Silva Pereira, "Instituições de Direito Civil", Vol. II, Ed. Forense, 15ª ed., 1997, p. 109; Washington de Barros Monteiro, "Curso de Direito Civil", Vol. 4 - Direito das Obrigações, 1ª parte, Ed. Saraiva, 24ª ed., 1990, p. 202), essa não é a melhor exegese. Com efeito, o diploma legal em questão é de ordem pública e tem por escopo reprimir remuneração exagerada do capital. O art. 9º do Decreto 22.626/33 fulmina de nulidade absoluta a cláusula penal superior a 10% da importância total da dívida, certo que o art. 1º refere-se expressamente a quaisquer contratos, o que desvenda o caráter geral desse diploma (cf., a propósito, M. M. de Serpa Lopes, "Curso de Direito Civil", Vol. II, Ed. Freitas Bastos, 4ª ed., 1966, p., 178). Só é admissível a existência de multa em percentual superior se houver lei expressa que a contemple (cf., por exemplo, o art. 12, §3º, da Lei 4.591/64). No caso em tela, a cláusula penal prevista na **cláusula 39.2 do contrato** (fls. 62) não supera o percentual de 10% e, assim, pode ser cobrada.

Acesso ao Sumário

Porém, nesse ponto, deve prevalecer o entendimento majoritário, vencido o subscritor do presente, na esteira do voto do ilustre Des. Matheus Fontes, segundo o qual é inaplicável a referida cláusula, quando o prejuízo não é demonstrado, verbis:

"*A possibilidade de se descontar dos valores devidos percentual a título*

de reparação pelos prejuízos causados ao grupo (art. 53, §2º, C.D.C) depende da efetiva prova do prejuízo sofrido, ônus que incumbe à administradora do consórcio (Resp 478.775-GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 25.08.03; Ag. 355.903-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 10.04.01, Resp. 871.421-SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 01.04.08), do qual não se desincumbiu".

Tampouco tem razão o autor no concernente ao pedido de indenização por danos morais, visto que não se configurou hipótese capaz de render ensejo ao dever de indenizar. Não está caracterizado nenhum dano moral. O autor aderiu a determinado empreendimento. Depois, externou intenção de se retirar. Isso significa que, em rigor, não sofreu prejuízo material nenhum. E não há nenhum adminículo probatório a sustentar a alegação de que tenha passado por sofrimento intenso. O que houve aqui, objetivamente, foi voluntária desistência do autor. E isso não tem o condão de causar dano extrapatrimonial.

Alterada a sentença, verifico que ficou configurada hipótese de recíproca sucumbência. Cada litigante suportará a metade das custas e despesas processuais e pagará os honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% do valor atualizado da causa, com fundamento no art. 85, §2º, do novo C.P.C., observado em relação ao autor o disposto no art. 98, §3º, do mencionado diploma legal (cf. fls. 87).

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019031-64.2014.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante BUFFET MARIO'S LTDA. ME, é apelada MARIA DE LOURDES VASQUES DE MOURA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.219)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente), SOUZA LOPES e IRINEU FAVA.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO – VERBA TRABALHISTA - Impenhorabilidade

- Reconhecimento - Verba de natureza alimentar e indenizatória - Art. 649, IV, CPC/1973 - Caso concreto em que o valor obtido a título de indenização trabalhista não se mostra além do suficiente para a própria manutenção. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 187/193) interposta contra a sentença de fls. 148/150 que julgou procedente os embargos e tornou insubsistente a penhora realizada no rosto dos autos da ação trabalhista nº 01538002220055020445 (1.538/2005), 5ª Vara do Trabalho de Santos. Em decorrência da sucumbência, condenou o embargado no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 500,00.

Insurge-se o embargado, pugnando pela reforma do r. *decisum*. Em suas razões recursais, argumenta, especialmente, ser possível a penhora de verbas trabalhistas quando o valor recebido é mais que suficiente para a subsistência do indivíduo, pelo que, a verba perde o caráter alimentar, tornando-se penhorável.

Preparo realizado a fls. 194.

Contrarrazões estão a fls. 199/208.

É O RELATÓRIO.

Sem razão a recorrente.

A verba trabalhista da qual é credora a apelada tem natureza híbrida alimentar e indenizatória.

Analisada assim a questão, vê-se que impenhorável é comentada verba nos termos do art. 649, IV, do Código de Processo Civil de 1973, incidente na hipótese.

Por amor ao argumento, talvez fosse viável pensar-se penhorável aquela mesma verba quando, permitida a sua constrição, não resultasse isso no comprometimento substancial de referida verba, ou seja, até poder-se-ia aceitar que a impenhorabilidade disposta na lei não tem caráter absoluto, entretanto, para que houvesse penhora como desejado no apelo, necessário que ficasse evidenciado que, mesmo efetuada a constrição em questão, ficaria reservado à recorrida montante suficiente para utilizar na própria manutenção.

Ocorre que, no caso em análise, acaso permitida a penhora, a providência ensejaria o total comprometimento do valor da verba trabalhista existente nos autos indicados nas razões recursais, e esta situação não é aceitável diante do quanto prevê expressamente a lei.

Aliás, pelo quanto consta dos autos, o montante do crédito que a apelada possui na ação trabalhista alcança algo em torno de R$ 30.000,00, e sendo este o

Acesso ao Sumário

valor deste crédito, não há como considerar que não será utilizado exclusivamente para suprir as necessidades básicas daquela primeira, não havendo nem mesmo como autorizar-se a penhora parcial de tratada importância.

Nesses termos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1029661-03.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante PLURAL COMMUNICATION LTDA. ME, é apelado DOMÍNIO CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.052)**

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

São Paulo, 3 de julho de 2017.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais. Contratação de empresa para prestação de serviço especializado. Falha na prestação de serviço, consistente no erro de cadastro de funcionários da contratante no PIS. Dano demonstrado. Responsabilidade da ré. Defesa que se mostra insuficiente para desconstituir o direito da autora. Dano material comprovado. Inaplicabilidade do CDC. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Imposição dos ônus de sucumbência à ré. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 158/163, que julgou improcedente a ação e condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor

atualizado da causa.

Recorre a autora (fls.177/186).

Preliminarmente, requer seja reconhecido cerceamento de defesa e a existência de relação de consumo, com consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta que houve falha na prestação de serviços, já que cabia à empresa ré o cadastro de seus empregados no PIS; que não poderia ter fornecido dados errôneos à ré, vez que se tratava de casos de primeiro emprego, cabendo àquela o referido cadastro. Menciona que requereu por duas vezes a oitiva de testemunhas e, que tanto os documentos juntados, quanto os pedidos de prova realizados, foram desconsiderados pela sentença. Insiste que não teria como fornecer número de PIS errado à ré, por se tratar de cadastro, até então, inexistente. Requer, por fim, a integral reforma da sentença, com o julgamento de total procedência da ação.

Em juízo de admissibilidade verifica-se que o recurso é tempestivo e foi regularmente processado e preparado, com resposta (fls.194/203).

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, motivada pela falha na prestação de serviço.

Alega a autora que no ano de 2008 contratou a empresa ré para prestação de serviços de administração contábil, fiscal e de recursos humanos, tendo o contrato se encerrado em março de 2014. Que, no ano de 2015, foi intimada, processada e condenada em decorrência de erro na prestação de serviços pela ré que cadastrou uma de suas empregadas com número de PIS de terceiro desconhecido, causando a este prejuízos decorrentes do não recebimento de seguro desemprego, o que lhe acarretou em condenação no importe de R$2.006,26 a título de danos materiais e R$4.000,00 a título de danos morais.

Menciona ainda que, a partir de abril de 2014, com a contratação de nova empresa para prestação de serviço contábil, fiscal de RH foram constatados quatro casos (ocorridos durante o período de prestação de serviço pela ré à autora) em que seus funcionários foram cadastrados no PIS com número de pessoas desconhecidas ou tinham número de PIS inexistente.

Sustentou a ré que os assentamentos se deram única e exclusivamente com base nos dados fornecidos pela apelante; que tais dados constavam da ficha cadastral dos empregados e que referido documento não se confunde com o registro de empregados apresentados pela autora. Por fim, requereu aplicação de multa por litigância de má-fé.

O juízo de origem entendeu ser o caso de julgamento antecipado da lide, não havendo a necessidade de produção de outras provas, nos termos do artigo 355, I do NCPC.

Inicialmente cabe afastar a alegação da apelante de cerceamento de defesa,

Acesso ao Sumário

vez que, no momento oportuno para especificação de provas, manifestou-se no sentido de não ter mais provas a produzir (fl.133), requerendo, inclusive, o pronto julgamento do feito; agindo, assim, a autora em afronta ao princípio *venire contra factum proprium*, cuja vedação, oriunda de cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422,CC), impede a parte de causar prejuízo à outra por meio de comportamento incompatível com outro anteriormente adotado.

Da mesma forma, não cabe falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, vez que ausente relação de consumo; pois o serviço prestado pela ré (administração contábil, fiscal e de recursos humanos) servia como meio para a realização da atividade fim da empresa, qual seja, o ensino de idiomas (fl.15), ou seja, o produto (contratação de funcionários) era aplicado em sua atividade empresarial, vale dizer, era utilizado com o desiderato de gerar lucro, em última análise, transforma-se em insumo.

Assim, ausente a figura do consumidor, inviável a aplicação das regras consumeristas.

Afastadas as preliminares, no mérito o recurso comporta provimento.

A relação jurídica havida entre as partes é incontroversa, assim como o fato de ter havido erro de cadastro no PIS de quatro funcionários da apelante.

Entretanto, discute-se de quem seria a responsabilidade. A autora imputa a culpa à ré, por ser a empresa responsável pela admissão de seus funcionários, processo no qual estaria incluso o cadastro no PIS; e a ré, por outro lado, imputa a culpa à autora, por ser esta responsável pela transmissão de dados dos funcionários, dados estes que teriam sido repassados contendo erros.

Ambas as partes atribuem-se atitude negligente, entretanto, verifica-se que a responsabilidade pelos fatos é atribuível à apelada. Cabia à apelada, com a *expertise* que lhe era exigível, conferir os dados que lhe eram repassados, bem como efetuar a conferência de seu próprio trabalho, o que notoriamente não ocorreu.

Nenhum elemento nos autos leva a crer que tenha a apelante transmitido dados errôneos à apelada. Ao contrário do que consta da sentença, a apelante fez prova do cadastro de suas funcionárias (fls.142/144), cadastro esse que não teve nenhum erro apontado pela apelada.

Alega a apelada a necessidade da exibição de fichas de cadastros feitos pela apelante, o que foi feito durante o andamento processual. No entanto, ao se manifestar sobre os documentos juntados (fichas cadastrais), a apelada afirmou que os documentos apontados não se tratam das fichas cadastrais as quais se referia; o que não basta para afastar a qualidade probatória dos documentos. Ao impugnar os documentos, cabia à apelada especificar qual o documento que exatamente pretendia e justificar porque os documentos apresentados não correspondem aos quais pretende.

Acesso ao Sumário

Nota-se que, com meras alegações a apelada não apresentou nenhuma prova capaz de desconstituir o direito da apelante, este sim provado, já que demonstrou a relação contratual entre as partes e a condenação em decorrência de cadastro errôneo de funcionária no PIS, responsabilidade, como já dito, da apelada.

É certo que, se houvesse a apelada atuado com o mínimo de diligência que se espera de uma empresa especializada, com simples consulta à Caixa Econômica Federal, através do Relatório de Inconsistências Cadastrais (fls.27/28), teria verificado o engano, com a possibilidade de correção, por meio de simples RDT – Retificação de Dados do Trabalhador (fls. 29/32), sem ocasionar danos à sua contratante. Entretanto, manteve-se inerte.

A apelada não negou a existência do contrato de prestação de serviços (ainda que não escrito), bem como não negou ter realizado o cadastro no PIS, limitando-se a transferir a responsabilidade à apelante, alegando ter esta lhe transmitido dados que continham erros, o que não restou revelado nos autos.

Esta alegação, no entanto, é superada quando a apelante comprova que os erros ocorreram durante a vigência do contrato de prestação de serviços e que por mera consulta cadastral (fls. 27/28), tais erros poderiam ter sido evitados.

Não tendo contestado o fato de que o processo de admissão dos funcionários da apelante era de sua responsabilidade, patente o reconhecimento de sua responsabilidade pelos danos materiais e morais sofridos pela apelante, em decorrência de sua negligência.

Por fim, cabe esclarecer o fato de que a mera alegação de ter a apelada devolvido os documentos que lhe bastariam como prova à apelante quando do encerramento do contrato é incapaz de afastar sua responsabilidade e somente contribui para provar o fato de que a empresa foi negligente, pois ainda que obrigada a devolver documentos originais à sua contratante, também deveria ser diligente ao ponto de manter registros de seus atos, resguardando-se, assim, em suas condutas.

Configurada a falha na prestação do serviço e demonstrada a atuação da apelada, evidente o nexo causal a ensejar a responsabilização da apelante.

Como já dito, em razão de conduta negligente da apelada, a apelante foi acionada judicialmente por terceiro (fls. 33/55) que, por ter seu nome indevidamente cadastrado no CNIS/PIS como funcionário da apelante, não obteve êxito no recebimento integral do seguro desemprego.

Portanto, os danos materiais, decorrentes de condenação judicial, foram devidamente comprovados (fls. 48/59) e, portanto, são devidos pela apelada no importe em que requer a apelante, ou seja, no valor de R$6.818,48.

Pretende a apelante indenização por danos morais em decorrência de ter sido submetida a “flagrante descaso, tensão, constrangimento, passando por

Acesso ao Sumário

empresa leviana, tendo sua paz abalada" (fl.08).

Quanto a estes, comprovado restou que não houve mero aborrecimento, mas dano indenizável. Isto porque, o fato é capaz de comprometer a imagem da empresa enquanto estrutura organizada e macular sua fama.

O dano moral não se confunde com o dano material. Nesta linha: "*(...) para viabilizar a indenização pelo dano material, afigura-se indispensável a prova do efetivo prejuízo. Ainda que se comprove a violação de um dever jurídico, nenhuma indenização será devida desde que não tenha decorrido prejuízo (...).* ***A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o dano moral prescinde da prova do prejuízo, enquanto que a indenização pelo dano material depende da prova de sua existência.*** *(AI nº 147.177-RJ, Rel. min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 20.8.97, p. 38.329)*" (Renato Sartorelli, Dano Moral e Dano material, Jubileu de Prata, Ed. Oliveira Mendes, p. 127).

O montante do dano moral, não pode ser inexpressivo ou caracterizado como donativo, nem ser motivo de enriquecimento abrupto e exagerado, como premiação em sorteio, por um lado, deve possuir poder repressivo, inibidor e, por outro, formador de cultura ética mais elevada.

Com isto, tendo em vista as circunstâncias do fato, a condição financeira das partes, a gravidade objetiva do dano e a extensão do seu efeito lesivo, aliados à necessidade de se fixar uma indenização que não constitua enriquecimento sem causa da autora, mas que corresponda ao desestímulo de novos atos lesivos desta natureza, considerando-se, ainda, os critérios de prudência e razoabilidade e o poder repressivo e formador, tem-se que o valor da indenização deve ser fixado em R$5.000,00 (cinco mil reais).

A correção monetária deve ser realizada segundo os índices da tabela prática desta Corte a contar do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*"; no presente caso, a contar da publicação deste acórdão.

E os juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil: "*Contam-se os juros de mora desde a citação inicial*".

Por derradeiro, ressalte-se o teor da Súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça: "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*".

Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido formulado na exordial, a fim de condenar a ré ao pagamento de indenização por dano material no importe de R$6.818,48 (seis mil oitocentos e dezoito reais e quarenta e oito centavos) e danos morais no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos da fundamentação; bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o

Acesso ao Sumário

valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007739-47.2016.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado BRUNO HENRIQUE GOMES DANTAS.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24052)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2017.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL - Pretensão de reforma da r. sentença que julgou procedente demanda com pedidos de declaração de inexistência de débito e de indenização por dano moral - Descabimento - Hipótese em que a inscrição em cadastros de inadimplentes revelou-se indevida, em razão da inexistência de contratação do débito pelo autor - Inscrição indevida que configura dano moral "in re ipsa", passível de indenização - Valor fixado pela r. sentença (R$6.000,00), a título de indenização por dano moral, que não se mostra exorbitante para compensar o sofrimento experimentado pela vítima; estando, inclusive, aquém do patamar adotado em vários outros casos análogos, já julgados por esta 13ª Câmara de Direito Privado - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Contra a respeitável sentença proferida às fls. 112-114, que julgou procedentes os pedidos de declaração de inexistência de débito e de indenização por dano moral, apela o banco réu.

Sustenta, em apertada síntese, que não praticou ato ilícito ao cobrar o

valor supostamente devido pelo autor da demanda, devendo ser afastada a sua condenação ao pagamento de indenização pelo dano moral reconhecido ou o seu valor ser reduzido.

Recurso bem processado, com resposta.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, os contratos apresentados pelo banco recorrente possuem numeração, valores e vencimentos completamente diferentes daquele impugnado e inscrito nos cadastros de inadimplentes.

Portanto, não existindo prova da contratação, ficou constatada a irregularidade da inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes, configurando-se o dano moral "*in re ipsa*".

De fato, é entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal Justiça que, "*nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, **o dano moral configura-se 'in re ipsa'**, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica*" (AgRg no REsp 860.704/DF, **Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 19/04/2011, destaques nossos).

Em casos como o ora em exame, entende-se que o dano moral independe de "*prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelos autores, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento*" (REsp. 110.091/MG, **Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR**, DJ 28.08.00; REsp. 196.824, **Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA**, DJ 02.08.99; REsp. 323.356/SC, **Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**, DJ 11.06.2002).

Configurado o dano moral, nada há para ser alterado no que tange ao valor fixado a título de indenização pelo d. juiz de primeiro grau.

Muito embora a lei não traga parâmetros que possam ser utilizados no arbitramento do valor da indenização por dano moral, esta deve ser fixada em termos razoáveis, para que não se constitua em enriquecimento indevido da parte indenizada nem avilte o sofrimento por ela suportado.

De fato, "*o dimensionamento do dano moral e da consequente indenização deve ser feito caso a caso, à luz das respectivas circunstâncias. Tais circunstâncias devem ser confrontadas com parâmetros sedimentados pela jurisprudência em torno da matéria, para que desse confronto resulte um número que reflita a exata quantidade de dinheiro necessária a indenizar o prejuízo em questão. Os parâmetros de que se fala são os seguintes: '(a) a situação pessoal do ofendido; (b) o porte econômico do ofensor; (c) o grau da culpa; (d) a gravidade e a repercussão da lesão'*" (cf. **Luís Guilherme Aidar Bondioli**, "A jurisprudência em torno do dano moral na relação de consumo", *in* "Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor", RT, 2008, vol.

Acesso ao Sumário

1, p. 190).

No caso em exame, o valor fixado (R$6.000,00), dadas as circunstâncias concretas do caso e as partes nele envolvidas, mostra-se razoável para compensar o sofrimento experimentado pela vítima; estando, inclusive, aquém do patamar adotado por esta Colenda 13ª Câmara de Direito Privado em vários outros casos análogos já julgados, não comportando redução alguma.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao recurso, majorando-se, ainda, os honorários advocatícios para 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil de 2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003137-44.2013.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante COMPANHIA AGRÍCOLA USINA JACAREZINHO, são apelados BSB SERVICE LTDA. ME, BSB INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. EPP e JORGE LUIZ BERALDO.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12226)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente) e JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DE REGRESSO - EXECUÇÃO TRABALHISTA - Autora e réus condenados solidariamente ao pagamento de indenização por danos materiais e morais à vítima de acidente de trabalho - Cópias da sentença e do acórdão da Justiça Trabalhista comprovam os fatos alegados pela autora - Execução trabalhista - Bloqueio "on line" que recaiu somente sobre a conta corrente da autora - Direito de regresso verificado - Ação regressiva que deve ser julgada parcialmente procedente, para condenar os réus a restituir à autora as quotas partes que lhes incumbiam, diante da responsabilidade solidária a que foram condenados na Justiça Trabalhista -

Acesso ao Sumário

Incidência do artigo 283 do Código Civil - Recurso parcialmente provido para julgar procedente em parte a ação - Sentença parcialmente reformada.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - Rateio, entre as partes, das custas processuais em proporções iguais, arcando ambos os litigantes com honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de "ação ordinária de regresso por perdas e danos", ajuizada por Companhia Agrícola Usina Jacarezinho contra BSB Indústria e Comércio Ltda., BSB Service Ltda. e Jorge Luiz Beraldo, julgada improcedente pela respeitável sentença proferida a fls. 247/249, que condenou a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Opostos embargos de declaração pela autora (fls. 260/261v.), foram eles rejeitados pela decisão de fls. 263.

Inconformada, a autora apelou (fls. 267/275), arguindo preliminar de negativa de prestação jurisdicional, pois o Meritíssimo Juiz sentenciante, mesmo após a oposição de embargos de declaração, não se pronunciou, especificamente, quanto ao contrato assinado entre as partes, incorrendo em omissão, passível de nulidade da sentença.

Quanto ao mérito, sustentou, em suma, que, na reclamação trabalhista nº 01504-2007-012-15-00-0, ficou comprovado que desembolsou o valor de R$ 795.000,00 (setecentos e noventa e cinco mil reais) e que os apelados não arcaram com qualquer valor financeiro, sendo este documento apto para o ajuizamento da ação e a procedência do pedido inicial.

Afirmou que os apelados não apresentaram quaisquer documentos que pudesse eximir as suas responsabilidades pelo ressarcimento dos valores desembolsados pela apelante.

Ademais, os apelados, por ocasião da audiência de instrução e julgamento realizada na Justiça trabalhista, formularam proposta de pagamento da quantia de R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e se limitaram a afirmar que a culpa do acidente foi exclusiva da recorrente. Concluiu, portanto, que essa oferta de acordo, pelos apelados, demonstrava culpa destes no acidente de trabalho ocorrido com seu funcionário.

Asseverou que competia aos apelados a comprovação dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito da empresa autora, o que não se vislumbrou no presente caso.

Acesso ao Sumário

Ressaltou que a sentença não discorreu acerca das obrigações assumidas pela empresa BSB Indústria e Comércio Ltda. no contrato de prestação de serviços firmado com a autora, notadamente, as obrigações relacionadas às condições de trabalho dos empregados da então prestadora de serviços, elencadas na cláusula 3ª do contrato.

Disse, ainda, que também assumiu obrigações, as quais se referiam a meras condições técnicas do serviço em si, não relacionadas a contratos de emprego e a questões legais a eles conexas.

Requereu, afinal, o provimento deste recurso para que fosse declarada nula a sentença, devolvendo os autos ao Juízo de origem para regular prosseguimento do feito.

Recurso tempestivo e acompanhado dos comprovantes de preparo (fls. 276/280).

Contrarrazões a fls. 286/297.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do douto Magistrado sentenciante, o recurso comporta parcial provimento.

Isto porque, os documentos juntados pela autora corroboram a sua versão e amparam a sua pretensão (fls. 103/116, 118/124, 144, 149v., 152 e 153).

Depreende-se dos aludidos documentos que a empresa autora, ora apelante, e os réus, ora apelados, foram condenados, solidariamente, a pagar indenização por danos materiais e morais à vítima de acidente de trabalho, Sr. José Antônio Severino. Confira-se:

Sentença trabalhista (fls. 112):

"*Assim, o panorama dos autos configura culpa de ambas as Reclamadas no acidente ocorrido, impondo a todas elas, de forma solidária, o dever de indenizar o Reclamante por danos materiais e morais na forma do artigo 186 do Código Civil.*"

Acórdão do TRT da 15ª Região (fls. 121 e 124124v.):

"*Ambas as reclamadas pedem, respectivamente em seus recursos, a exclusão da condenação a título de danos morais ou, sucessivamente, a redução dos valores.*

O Juízo de origem condenou a primeira reclamada (B.S.B. SERVICE LTDA. EPP) em solidariedade com a segunda (B.S.B. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.) no valor de R$ 250.000,00 a título de danos morais. Condenou, igualmente, a terceira reclamada (COMPANHIA AGRÍCOLA USINA JACAREZINHO) em outros R$ 250.000,00, também a título de danos morais.

Todavia, merece reparo a decisão de origem.

Diz o artigo 942, do Código Civil (Lei nº 10406/2002):

Acesso ao Sumário

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

A origem declarou a solidariedade da terceira reclamada e condenou-a em apartado, o que, em princípio, destoa da literalidade do dispositivo acima transcrito.

O evento danoso foi único e, portanto, também único o dano moral experimentado pelo autor, não havendo que se falar em proporcionalidade de culpa, neste caso.

(...)

Diante do exposto, decido AFASTAR A PRELIMINAR DE DESERÇÃO ADUZIDA EM CONTRARRAZÕES, CONHECER O RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA B.S.B SERVICE LTDA. EPP E O PROVER EM PARTE para reduzir a indenização a título de danos morais para R$ 360.000,00 e excluir da condenação as diferenças de adicional de insalubridade; AFASTAR A PRELIMINAR DE DESERÇÃO ADUZIDA EM CONTRARRAZÕES, CONHECER O RECURSO DA TERCEIRA RECLAMADA COMPANHIA AGRÍCOLA USINA JACAREZINHO E O PROVER EM PARTE para afastar a condenação individual em danos morais, mantendo a responsabilidade solidária pelos créditos reconhecidos ao autos E CONHECER O RECURSO DO RECLAMANTE JOSÉ ANTÔNIO SEVERINO E NÃO O PROVER, na forma da fundamentação."

Nota-se, portanto, que está cabalmente comprovado que a autora e os réus foram condenados, solidariamente, a pagar indenização por danos materiais e morais ao Sr. José Antônio Severino, vítima de acidente de trabalho.

Por conseguinte, esta questão está superada, não se podendo aqui discutir esta responsabilidade. A controvérsia aqui se limita, apenas, em verificar se a empresa apelante tem ou não o direito de reaver parte do que pagou na execução trabalhista.

Neste aspecto, assiste razão à apelante, pois o documento de fls. 149 verso comprova que houve um bloqueio "on line" na sua conta corrente, no valor de R$ 795.000,00 (setecentos e noventa e cinco mil reais), por meio do sistema Bacen-Jud, por determinação do Magistrado Trabalhista, Dr. Luís Rodrigo Fernandes Braga, para satisfazer o débito exequendo de R$ 794.777,08 (setecentos e noventa e quatro mil, setecentos e setenta e sete reais e oito centavos), conforme cálculo homologado pela decisão de fls. 144 e atualização (fls. 148 verso).

Comprovado, assim, que a apelante pagou integralmente o valor executado, a ela está reservado o direito regressivo contra os demais réus, diante

Acesso ao Sumário

da responsabilidade solidária a que estão sujeitos, conforme foi deliberado pelo Juízo Trabalhista.

Todavia, não cabe à empresa autora a restituição integral da quantia que pagou, no valor de R$ 795.000,00 (setecentos e noventa e cinco mil reais), conforme pleiteou na petição inicial (fls. 15 verso - item a), pois deve ser descontada, deste montante, sua quota parte, pois também é responsável solidária por esta dívida.

Aplica-se, na espécie, o artigo 283 do Código Civil, que dispõe:

"O devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores."

Neste sentido, são os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE FUNCIONÁRIOS DA ÁREA DA SAÚDE (MÉDICOS, ENFERMEIROS, TÉCNICOS, ETC) - CONTRATO REPUTADO FRAUDULENTO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO - CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DE AMBAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO A INDENIZAR TRABALHADOR - ACORDO LABORAL NO QUAL APENAS UMA DELAS PAGOU A TOTALIDADE DA VERBA DEVIDA, MEDIANTE PROMESSA FUTURA DE RESSARCIMENTO PELA OUTRA - RESSARCIMENTO DEVIDO EM VALOR EQUIVALENTE Á METADE DO VALOR PAGO - INTELIGÊNCIA DO ART. 283 DO CC - CONDENAÇÃO DA RÉ POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - DESCABIMENTO - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DE LEALDADE PROCESSUAL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE." (Apelação 0005391-29.2009.8.26.0451 - Relator: Desembargador Andrade Neto - Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 20/08/2014).

"MONITÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. SOLIDARIEDADE. RECONHECIMENTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. PAGAMENTO POR UMA DAS DEVEDORAS. Sentença de improcedência. Reforma. Solidariedade por responsabilidade civil extracontratual. Condenação solidária a indenizar trabalhador por acidente em obra. Solidariedade decorrente do artigo 942, parte final, do Código Civil. Não aplicação do artigo 285 do mesmo diploma legal. Dever do devedor, que não pagou, ressarcir a sua quota parte ao devedor que pagou a dívida toda. Condenação da apelada a ressarcir o montante de R$ 68.811,71 (sessenta e oito mil, oitocentos e onze reais e setenta e um centavos), com correção monetária desde o desembolso e juros de mora desde a citação, bem como a arcar com

Acesso ao Sumário

as prestações vitalícias vencidas desde o ajuizamento da ação monitória e as vincendas. Direito de regresso em face da empresa contratada, que subcontratou a apelante, a ser discutido em ação própria. Rejeição dos embargos, constituindo título executivo judicial em favor da autora. Ônus sucumbenciais invertidos, arbitrados os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação (art. 20, §3º, CPC). Recurso provido." (Apelação 0033721-06.2011.8.26.0309 - Relator: Desembargador Carlos Alberto de Salles - Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 05/08/2014).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento parcial ao recurso, para julgar procedente em parte a ação de regresso e condenar cada um dos réus a pagar, à autora, a sua quota parte da quantia de R$ 795.000,00 (setecentos e noventa e cinco mil reais), acrescida de correção monetária a contar do desembolso e de juros moratórios legais contados desde a citação. Em razão da sucumbência recíproca, devem ser rateadas, entre as partes, as custas processuais em proporções iguais, bem como imputar a autora e aos réus o pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Ficam prequestionadas as matérias alegadas pelas partes, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019096-33.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARIA DE FÁTIMA DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44128b)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente), THIAGO DE SIQUEIRA e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: BANCO DE DADOS. CESSÃO DE CRÉDITO. PROVA. DANO MORAL. SÚMULA N. 385, DO C. STJ.

1. Restou incontroverso nos autos que a negativação

Acesso ao Sumário

realizada pela ré foi indevida.

2. Sem provas da regularidade da inscrição desabonadora não há que se falar em exigibilidade da dívida.

3. Nos moldes da Súmula STJ nº 385: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito de cancelamento".

Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls.179/184, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Maria de Fátima do Nascimento em ação declaratória c/c pedido por danos morais ajuizada contra Telefônica Brasil S/A, para declarar a inexigibilidade dos débitos apontados indevidamente no nome da autora. Os ônus da sucumbência foram repartidos ao meio, devendo cada parte arcar com o valor de R$ 800,00 a título de honorários.

Inconformada, apela a autora, aduzindo necessidade de condenação da ré pela conduta ilícita e por restar inaplicável a súmula n. 385, do C. STJ. Pugna pelo decreto de procedência do feito, com a condenação do banco ao pagamento de indenização por danos morais.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

A autora narrou desconhecer a origem de débito decorrente da celebração linha telefônica, cujo o inadimplemento levou a negativação do seu nome nos órgão de proteção ao crédito.

Afirmou, ao desconhecer a origem do débito, que a inscrição de seu nome no rol de maus pagadores lhe teria gerado abalo moral, o qual deveria ser reparado.

Restou incontroversa a negativação indevida do nome da autora, diante da confissão da ré quanto a inexistência de valores em aberto (fls. 11).

Portanto, a declaração de inexigibilidade da dívida é medida de rigor.

Entretanto, como se vê às fls. 140 e seguintes, havia na época diversas inscrições desabonadoras.

Não tendo comprovado a irregularidade dos apontamentos preexistentes a aplicação da Súmula n. 385, do C. STJ é medida de rigor.

Em suma as razões recursais, não abalaram os sólidos fundamentos da r. sentença guerreada.

Acesso ao Sumário

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016513-64.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado SISCART SISTEMAS DE SOFTWARE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª 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 18003)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE - alteração de plano telefônico para redução dos gastos firmada entre as partes - assinatura mensal fixada no valor de R$ 1.607,40 - fatura do mês de dezembro de 2015 no valor de R$ 5.273,83 - reconhecimento pela preposta da apelante de que a cobrança era indevida e que a fatura seria cancelada - desligamento da linha telefônica - falha na prestação do serviço da apelante - tratativas administrativas para resolução do problema - serviço indispensável à implementação da atividade da apelada - demora imotivada no restabelecimento do serviço telefônico - declaração de inexigibilidade do débito que se impunha - responsabilidade não afastada - sentença mantida.

DANO MORAL - apelada que teve sua imagem arranhada perante seus clientes - dano moral ocorrido - fixação em R$ 8.000,00 (oito mil reais) - valor adequado às circunstâncias do fato, proporcional ao dano e com observância ao caráter educativo-

Acesso ao Sumário

punitivo que compõe a indenização na hipótese e que, evidentemente, não comporta redução - sentença mantida.

SUCUMBÊNCIA RECURSAL - apelo interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil - majoração dos honorários advocatícios para 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11 do CPC de 2015.

Resultado: recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de fatura c.c. indenização por dano moral, ofertada pela autora Siscart Sistemas de Software Ltda. contra a ré Telefônica Brasil S/A. Alegou a autora que atua na elaboração de programas de computador para cartórios, serventias extrajudiciais e entidades de classe. Necessita de pronto atendimento das chamadas telefônicas. Em outubro de 2015, firmou com a ré "termo de distrato ao contrato sob nº 15745569" e "termo de aditamento" com o objetivo de redução dos gastos com ligações telefônicas. Essa situação se daria por meio de descontos e isenções previstas no serviço DDR, em razão do tempo de permanência e volume de uso desse serviço. Nos termos do acordo, passaria a pagar tão somente o valor mensal de R$ 1.607,40 a título de gastos com telefonia. A fatura do mês de dezembro de 2015 apresentou o valor de R$ 5.273,83. Não houve aplicação do desconto devido em razão da migração do plano. Questionou o preposto da empresa ré sobre a situação, diversas vezes. Foi orientado a aguardar o cancelamento da conta e o envio de nova fatura com o valor correto. Não obstante, a ré jamais enviou nova fatura. Em 01/03/2016, a sua linha foi cortada por suposta falta de pagamento. Entrou em contato novamente com o parceiro da ré, Sr. José Carlos Boaventura para elucidar a questão. Obteve a informação de que a cobrança no valor de R$ 5.273,83 era indevida, mas deveria pagar a referida fatura para o restabelecimento dos serviços. O valor pago constaria como crédito nas novas faturas. Foi notificada por meio de cartório de registro de títulos e documentos para efetuar o pagamento da dívida, em três dias, sob pena de sofrer ação judicial. Sem êxito na resolução do problema, teve que se socorrer do Judiciário. Pediu a declaração de inexigibilidade da fatura telefônica referente ao mês de dezembro de 2015 e a condenação da ré no pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 10.547,66.

Em emenda à inicial, requereu a declaração de inexigibilidade das faturas telefônicas referentes aos meses de fevereiro e março de 2016 e a condenação

Acesso ao Sumário

da ré no pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 17.232,44.

A ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 105/107), para o fim de ser declarada a inexigibilidade das faturas apontadas na inicial e na emenda. A ré foi condenada no pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 8.000,00. A sucumbência foi recíproca. A autora foi condenada no pagamento de 50% das despesas processuais e da verba honorária fixada em 10% do proveito econômico não obtido, perfazendo a quantia de R$ 923,24. A ré foi condenada no pagamento de 50% das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a ré apelou (fls. 109/122). Sustentou que não houve ato ilícito de sua parte. Os serviços foram prestados e as cobranças foram realizadas de acordo com o contrato. A apelada não comprovou a falha na prestação dos serviços contratados. A cobrança efetuada constitui exercício regular do direito. Não se aplica ao caso o CDC, impossibilitada a inversão do ônus da prova. Inexistem elementos que comprovem o dano moral. A suposta cobrança indevida não configura dano moral. Não houve demonstração de ofensa ao bom nome, à reputação e à imagem da apelada, razão pela qual não merece prosperar o pedido de indenização por dano moral, sob pena de enriquecimento ilícito. O valor fixado a título de indenização por dano moral deve ser reduzido, para o fim de se atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Pugnou pelo provimento do apelo para o fim de ser julgada improcedente a ação. Alternativamente, pediu a redução do *quantum* indenizatório.

A apelada não apresentou resposta (fls. 127).

Recurso processado regularmente.

É a síntese necessária.

O recurso não comporta provimento.

Depreende-se dos autos que a apelada efetuou mudança de plano (fls. 12/18) e se deparou com cobrança indevida de assinatura mensal (fls. 29). Em contato com a apelante, foi informada de que havia erro na cobrança e a fatura seria cancelada (fls. 22). Posteriormente, deparou-se com o desligamento da linha telefônica por falta de pagamento (fls. 24/27 e fls. 51/54).

Consigne-se, antes de tudo, que a relação entre as partes é de consumo.

A pessoa jurídica não é considerada consumidora quando o produto adquirido for destinado a insumo de produção, ou como elemento necessariamente ligado à atividade exercida, em sentido estrito.

Não é o caso da apelada que se utilizaria do serviço de telefonia prestado pela apelante, da mesma forma que adquire material de escritório ou café para os seus funcionários.

Em realidade, a prevalecer a tese da apelante, não poderia ser considerada

Acesso ao Sumário

consumidora nenhuma pessoa jurídica que contratasse os serviços de telefonia que ela presta. Isso porque, de alguma forma, toda pessoa jurídica se utiliza de serviço de telefonia celular para incremento de sua atividade fim. Como faz uso do café ou de material de higiene.

A caracterização ou não da pessoa jurídica como consumidora, quando da aquisição de um serviço ou produto, foi bem explicitada no seguinte acórdão do S.T.J.:

> "*Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Se a pessoa jurídica contrata o seguro, visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido*" (STJ - Resp nº 735.560/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.04.2006).

Como os serviços de telefonia contratados pela apelada junto à apelante não serviriam como insumo da atividade empresarial, mas para uso pelo corpo dos funcionários da empresa, a relação entre as partes tem mesmo natureza consumerista.

Pois bem, por ser de consumo a relação entre as partes e absolutamente verossímil a versão inicial, a hipótese seria de inversão do ônus da prova. Diz-se "seria" porque mesmo sem a inversão, a conclusão inevitável que se chega com o exame dos autos é que houve o descumprimento do contrato por parte da apelante, com a cobrança de valores indevidos e posterior desligamento da linha telefônica.

Ademais, a cobrança indevida restou reconhecida pela apelante conforme comprova o e-mail juntado com a inicial (fls. 22). A quantidade de e-mails enviados ao parceiro da apelante demonstram o problema enfrentado pela apelada para religação da linha telefônica. Da mesma forma, os e-mails enviados pelos clientes da apelada informando que não obtiveram sucesso nos contatos telefônicos (fls. 51/54) demonstram que o problema persistiu até março de 2016.

Assim, a declaração de inexigibilidade das faturas era medida que se impunha.

Os danos morais se patentearam.

Como bem analisou o i. magistrado sentenciante, "é intuitivo que a má prestação dos serviços de telefonia, tidos como essenciais ao bom exercício de qualquer empresa, causa à pessoa jurídica abalo, passível de indenização" (fls.

Acesso ao Sumário

106).

É fato que a apelada, mesmo em se tratando de pessoa jurídica, pode sofrer abalo moral. O entendimento é pacífico e está consubstanciado na Súmula nº 227 do S.T.J., de seguinte redação: "*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*".

A explicação é simples. Se a pessoa jurídica não possui honra subjetiva, ela possui honra objetiva. Isto é, a pessoa jurídica tem uma séria de atributos, nos moldes do artigo 52 do Código Civil, que são aferíveis objetivamente, como seu bom nome e sua respeitabilidade no mercado.

Nesse sentido, a pessoa jurídica pode sofrer dano moral se um destes seus atributos for arranhado ou maculado perante terceiros.

Esse é exatamente o caso dos autos.

A interrupção do serviço de telefonia acabou por vulnerar o bom nome da empresa apelada no mercado perante seus clientes que sequer podiam contatá-la. A apelada alegou que a apelante ao "*não conceder os descontos pactuados e recusar-se a analisar as reclamações feitas pela empresa requerente trouxe afronta à sua dignidade e imagem, criando uma situação vexatória com a suspensão dos serviços, além de prejuízos que sequer podemos aferir nesse momento*" (fls. 07). De resto, tão só a interrupção indevida dos serviços de telefonia já tem potencial para fazer surgir dano moral.

Evidente a repercussão negativa gerada ao bom nome da empresa apelada em razão da interrupção na prestação dos serviços de telefonia. Cediço que ao não conseguirem estabelecer contato com a empresa pelo número disponibilizado, os clientes perdem a confiança nas informações e nos serviços oferecidos. Dessa forma, cai por terra toda a credibilidade construída perante o mercado de consumo, fato que acaba por abalar a imagem da apelada.

Desta forma, não há como se afastar a responsabilidade da apelante no caso vertente, sendo impositivo o reconhecimento do dano moral que sofreu a apelada.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> "*APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Prestação de Serviços de Telefonia e Speedy - Defeito na prestação dos serviços - Cobrança indevida - Interrupção dos serviços (...) DANOS MORAIS DE PESSOA JURÍDICA - CARACTERIZAÇÃO - Gravame que ultrapassa os limites dos danos materiais, com abalo à honra objetiva da empresa consumidora, notadamente à credibilidade e imagem perante seus clientes - Gravidade da conduta da empresa ré que atinge o patamar de gravame moral indenizável - Indenização devida (...).*" (Apelação nº 0008986-26.2006.8.26.0650, 32ª Câmara de Direito Privado, TJ/SP, Des. Rel. Luís

Acesso ao Sumário

Fernando Nishi, j. 27/03/2014, v.u.);

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA FIXA - INCONGRUÊNCIA ENTRE OS LIMITES DA DEMANDA E A EXTENSÃO DA SENTENÇA - PESSOA JURÍDICA DESTINATÁRIA FINAL FÁTICA - VULNERABILIDADE VISLUMBRADA - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DANO MORAL CONFIGURADO - INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DOS SERVIÇOS - CONCESSIONÁRIA QUE NÃO COMPROVOU TER AGIDO COM PRESTEZA E EFICIÊNCIA, DE MODO A MINIMIZAR OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA PARALISAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO PARA R$ 5.000,00, VALOR MAIS CONSENTÂNEO COM OS CRITÉRIOS E PARÂMETROS UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS QUE PODERÁ SER PERSEGUIDA EM PROCESSO AUTÔNOMO, DADA A OMISSÃO DA SENTENÇA EM JULGAR TAL PEDIDO - SENTENÇA ANULADA NA PARTE EM QUE SE REVELA ULTRA PETITA, E, NO MAIS, PARCIALMENTE REFORMADA. - Recurso provido em parte.*" (Apelação nº 0140263-59.2012.8.26.0100, 25ª Câmara de Direito Privado, TJ/SP, Des. Rel. Edgard Rosa, j. 31/10/2013, v.u.);

"*(...) RESPONSABILIDADE CIVIL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA - Elementos dos autos que, aliados à conduta da ré, apontam para a efetiva ocorrência da indevida privação da autora de linha telefônica por meio da qual procede, prioritariamente, ao exercício da própria atividade empresarial - Abalos à sua imagem incontestáveis e que merecem, portanto, o respectivo ressarcimento - 'Quantum' indenizatório que, contudo, dadas as particularidades da hipótese, não se pode fixar em quantia de monta expressiva - Ação de indenização procedente.*" (Apelação nº 0350896-28.2010.8.26.0100, 12ª Câmara de Direito Privado, TJ/SP, Des. Rel. Jacob Valente, j. 28/09/2011, v.u.).

Presentes a responsabilidade da apelante e o dano, passa-se à análise do *quantum* estipulado para a indenização.

Não se olvida que, além do caráter dúplice que se consubstancia em sua clara finalidade preventiva e compensatória[1], a indenização proveniente de dano moral deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no momento da fixação do *quantum debeatur*. A indenização deve ser prudentemente arbitrada, conforme as circunstâncias em concreto, de forma que seja nem exorbitante, dando margem ao injustificado locupletamento da vítima, nem demasiadamente irrisória e insignificante diante da capacidade econômica da demandada, de maneira a não lhe impingir a devida desmotivação em voltar

Acesso ao Sumário

1 Tratado de Responsabilidade Civil. Rui Stoco. 7ª Edição. 2007. RT. p. 1708.

a praticar atos semelhantes.

No caso presente, não parece ter o juiz sentenciante se afastado de tais noções. Pelo contrário, apresenta-se como adequado o valor estipulado (R$ 8.000,00 - oito mil reais), uma vez que perfeitamente estribado nos elementos fáticos trazidos ao processo, como a condição econômica das partes, o conjunto probatório, o grau de reprovabilidade da conduta, entre outros. Justifica-se a adoção de tal valor por conta das informações desencontradas prestadas pelos prepostos da apelante e pela demora imotivada no restabelecimento do serviço telefônico.

A quantia eleita em 1º grau não implica enriquecimento sem causa, bem como traz inserido o já acima mencionado caráter educativo-punitivo que deve permear a indenização na espécie, ao compelir a apelante a tomar mais cautela no desenvolvimento de suas atividades. Tal caráter ainda é combatido por alguns, mas atualmente prevalece na jurisprudência como um dos parâmetros considerados na estipulação do valor da indenização.

Desta feita, o montante arbitrado na sentença não comporta redução.

Corolário é a manutenção integral da sentença.

Por fim, de se conferir o enunciado administrativo nº 7 aprovado pelo pleno do STJ quando da promoção de adequações de seu regimento interno ao CPC de 2015: "*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*".

Como relatado, a apelante foi condenada no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Dessa forma, tendo em vista que o recurso foi interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil, impõe-se a majoração dos honorários de sucumbência para 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11[2], do CPC de 2015.

Nestes moldes, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1034146-22.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ

2 2 De seguinte teor: "*Artigo 85. (...). §11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*".

MÁRCIO SIMÕES, é apelado WILLIAN DA SILVA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Braz Martins Neto - OAB/SP 32583 e Nelson Nery Júnior - OAB/SP 51737.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 07.194 - digital)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), CLAUDIO GODOY e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: SOCIEDADE EMPRESÁRIA - Ação proposta por adquirente de quotas sociais, para reaver parte do valor aportado quando do seu ingresso na empresa, fundamentado na ausência de retirada de valores aos quais faria jus, a título de pro labore - Demanda acolhida - Razões recursais que invocam preliminares para reconhecimento de cerceamento de defesa e de ilegitimidade de parte do autor - Afastamento: questão debatida que não demandava abertura de instrução para produção de provas - Não obstante o autor tivesse cedido as suas quotas sociais, na mesma ocasião da contratação, há elementos nos autos a indicar que permaneceu na empresa como sócio oculto - Desacolhimento da pretensão no mérito: ausência de regulamentação contratual para a instituição de pro labore - Inteligência do art. 1071, IV, do Código Civil - Estipulação, por outro lado, de que lucros líquidos cabentes aos sócios poderiam ser revertidos para a própria empresa, mediante remuneração fixada - Ausência de prova do fato constitutivo do direito do autor - Ação desacolhida - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação condenatória proposta pelo autor foi acolhida pela r. sentença de f. 163/9, impondo ao réu pagamento de R$ 791.637,51 e acréscimos legais, fixados os honorários de advogado em R$ 10.000,00.

No recurso de apelação que apresentou, o réu pretende que o resultado

seja invertido. Diz ter ocorrido, com o julgamento antecipado, cerceamento de defesa, na medida em que o autor não estava legitimado à postulação, pois não integrava a sociedade empresária, por força de cessão de quotas que fez a terceira pessoa. Assim, a prova oral desvendaria o seu papel no "negócio societário" e a prova pericial identificaria "o efetivo proveito no negócio no qual diz ter participado, além do real ingresso de recursos identificados" em documentação acostada aos autos.

E prosseguia a apelação mencionando que a empresa tomava recursos do autor em operações de *factoring* e daí o interesse inicial de trocar o pagamento de juros por lucros inerentes ao negócio, mas, por motivos jamais explicados, imediatamente ele cedeu suas quotas para Marcelo Costa dos Santos, com clara intenção de se ocultar. Daí não ter interesse no pedido formulado, acrescentando não ter havido pagamento do preço pactuado para aquisição de quotas sociais, visto que os valores foram entregues a título de "parcela de aporte", figurando como favorecida a Copasa e não o apelante. Houve ingresso de recursos na própria sociedade e ele autor chegou a acenar com o ajuizamento de ação para dissolução social e apuração de haveres, sem cogitar de devolução de valores, mas desistiu desta pretensão, à vista da situação deficitária da empresa.

Com essas considerações sintetizou o réu a sua pretensão recursal, reclamando anulação da sentença ou, enfrentado o mérito, a decretação da sua improcedência, com inversão dos ônus da sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado e contrariado.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Na petição inicial que apresentou, o autor informava ter adquirido do réu 50% das quotas sociais da Copasa Veículos Ltda., pelo valor de R$ 3.500.000,00, amortizado em doze prestações mensais, isto em 13.11.2013. Afirmava ter pago ao réu R$ 2.616.815,65, restando um saldo de R$ 791.637,51, mas o contrato rezava que havendo rescisão unilateral e sem justa causa daquele ajuste, o vendedor devolveria ao comprador a totalidade do valor por ele recebido.

E prosseguia aquela peça mencionando que durante a permanência do autor na sociedade, ele deixara de embolsar importâncias a título de pro labore, discriminadas a f. 3, somando R$ 791.637,51, sendo este o valor também a ser devolvido pelo réu por força da rescisão. E dizia: o restante do valor para integralizar a devolução por ele pretendida estava sendo cobrado em ação de execução em tramitação na 30ª. Vara Cível da Capital.

Pois bem. Contestando a ação, o réu arguia que o autor, no mesmo mês em que adquiriu as quotas sociais da empresa (f. 10/2), as transferiu para terceira pessoa, Marcelo Costa dos Santos, segundo documento de cessão acostado a f. 131/2.

Análise do instrumento particular de alteração contratual da sociedade,

Acesso ao Sumário

anexado a f. 133/9, com registro na JUCESP em 13.5.2014, indica que a sociedade passou a contar, desde então, como representantes legais e quotistas, com o ora apelante e Marcelo Costa dos Santos.

Para efeitos legais, desde então, repita-se, no mesmo mês de aquisição das quotas sociais pelo autor, passaram elas a ter o domínio de Marcelo Costa dos Santos.

Há realmente algo de surreal em toda esta situação e é bem provável que, de fato, autor permanecesse como sócio oculto da empresa, o que se pode depreender da leitura da ata de reunião de f. 52, em que ele se intitula sócio da Copasa Veículos Ltda. Por isso é que se afasta a prejudicial. Em tese ele ostenta legitimidade para o pedido.

Como a pretensão do autor se refere especificamente ao fato de que deixou, entre março e setembro de 2014, de receber alentados valores a título de pro labore, é preciso verificar o que rezava sobre "retiradas dos sócios" o contrato que ele firmou com o réu. E na cláusula 11ª consta simplesmente que lucros líquidos auferidos pela sociedade serão divididos meio a meio, facultando-se aos sócios aportar no negócio - mediante remuneração de juros - os valores auferidos a título de divisão de lucros ou retirada de pro labore.

Nada nos autos comprova que o autor fizesse jus a pro labore, em função de exercício de efetiva atividade de administração ou gerência, não existindo cláusula contratual que defina o seu valor, sabido que isto depende de deliberação dos sócios, como estabelece o art. 1.071, IV, do Código Civil.

Por isso mesmo, nada autoriza a dizer que as importâncias discriminadas a f. 3 da petição inicial se refiram a pro labore, havendo ali valores extravagantes a esse tipo de encargo social. Em determinados meses os valores superam R$ 200.000,00 mensais e se há apenas impropriedade terminológica na colocação que se faz, querendo-se, em verdade, dizer no lugar de pro labore a ideia de lucros líquidos, é preciso lembrar o que mencionava a cláusula 11ª sobre a possibilidade dos sócios aportarem no negócio a totalidade dos lucros nele obtidos, mediante remuneração.

Não se vê motivo algum para anulação da sentença que, em determinado momento, parecia se inclinar pela rejeição da ação, trazendo matéria doutrinária sobre a obrigação do autor de demonstrar o fato constitutivo do seu direito, mas que no fim acabara concluindo pelo acolhimento da pretensão.

Com efeito, não haveria porque abrir a instrução para se desvendar o papel do autor na empresa, que parece ser o de sócio oculto, já que, para efeitos legais, o sócio do réu é Marcelo Costa dos Santos. Por outro lado, afirmando o autor que os valores reclamados se referem a pro labore, também não haveria razão para verificação do real ingresso de recursos na sociedade.

Enfim, a pretensão inicial carece gravemente de alicerce fático e legal

Acesso ao Sumário

quando se fundamenta numa pretensa existência de valores a título de pro labore, não retirados no momento oportuno, e que comporiam o montante a ser devolvido por força da rescisão contratual.

Sintetizando, o fato constitutivo do direito do autor não está demonstrado, quer porque não há estipulação contratual que defina valores a título de pro labore, quer porque, a se considerar que eles se referissem a lucros líquidos, nada impediria que se estivesse fazendo aportes que ensejariam pagamento de juros à taxa estipulada na cláusula 11ª do contrato. Aliás é esta uma das teses defensivas: os aportes passaram a integrar o caixa da empresa.

Invertido o resultado de primeiro grau de jurisdição, julga-se a ação improcedente, com inversão dos ônus da sucumbência.

Estas as razões pelas quais meu voto dá provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4004044-83.2013.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado AC KRESNER & CIA. LTDA. EPP.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.105)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e JAIRO OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: CONTRATO - Sentença que declarou a "nulidade dos contratos mencionados pela autora" - Pretensão de correção de erro material, pois a apelada discute a validade de apenas um contrato - De rigor a correção, mesmo porque, é fato incontroverso que as partes mantêm relação comercial há longa data e a palavra "contratos" pode ensejar uma interpretação equivocada sobre qual foi declarado nulo - Sentença de parcial procedência reformada em parte - Recurso provido para que conste a nulidade tão somente do contrato denominado LIS - Limite Itaú para Saque

Acesso ao Sumário

PJ - Pré, no valor de R$ 30.000,00 de 25/04/2011, indicado na inicial.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 246/255 cumpre acrescentar que o pedido da ação declaratória de inexigibilidade de débito foi julgado parcialmente procedente, declarada a nulidade dos contratos indicados na inicial, bem como a inexigibilidade dos débitos deles decorrentes. Foi reconhecida a sucumbência recíproca, porém, não houve condenação a arcar com as verbas sucumbenciais.

Interpostos embargos de declaração pelo réu, estes foram rejeitados (fls. 261/264 e 269).

Apelou o demandado (fls. 281/285) alegando que a sentença deveria ter individualizado o contrato declarado nulo na sentença. A forma como foi redigido o dispositivo daria margem a interpretação de que todos os contratos firmados entre as partes seriam nulos. Todavia, apenas o contrato denominado LIS - Limite Itaú para Saque, firmado em 25/04/2011 no valor de 30.000,00 estaria sendo impugnado pela autora. Assim, pugnou pela declaração de nulidade apenas deste contrato.

Em contrarrazões (291/296) alegou a apelada que a pretensão recursal do recorrente seria inócua, pois a inicial teria individualizado o contrato com clareza suficiente a não ensejar interpretações equivocadas sobre a avença objeto dos autos. Ao declarar a nulidade do contrato indicado na inicial, evidente que a sentença a ele se referiu.

Reconhecida a incompetência pela prevenção pela 22ª Câmara de Direito Privado (fls. 308/311) os autos foram redistribuídos para esta 15ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

Compulsando os autos, observa-se que o único contrato indicado na inicial e do qual a autora pediu a declaração de nulidade foi o de LIS - Limite Itaú para Saque PJ - Pré, no valor de R$ 30.000,00 de 25/04/2011.

Todavia, a sentença embora tenha tratado apenas deste contrato, se referiu a "contratos". Por fim, declarou a "nulidade dos contratos mencionados pela autora".

Evidente que houve erro material que deve ser corrigido. Mesmo porque, é fato incontroverso que as partes mantêm relação comercial há longa data e a palavra "contratos" pode ensejar uma interpretação equivocada sobre qual foi declarado nulo.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para que conste a nulidade tão somente do contrato denominado LIS - Limite Itaú para Saque PJ - Pré, no

Acesso ao Sumário

valor de R$ 30.000,00 de 25/04/2011, indicado na inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002735-41.2015.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante MILTON OLIVEIRA SILVA, é apelado BANCO BRADESCO 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 26974)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2017.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Repetição de indébito e dano moral - Natureza do vínculo e dever de observância pelas partes, na conclusão e execução do contrato, dos princípios de probidade e boa-fé - Artigo 113 do Código Civil - Extinção da obrigação - Efeitos limitados e decorrentes do reconhecimento judicial - Exercício regular de direito de exigir o crédito - Conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício - Artigos 186 a 188 do Código Civil - Limitação de responsabilidade das partes aos limites do ajuste, inclusive quando às perdas e danos igual ao efetivo prejuízo (Código Civil artigo 402) - Adequação reconhecida do vínculo - Principio da boa-fé objetiva - Art. 422 do Código Civil - Limitação de responsabilidade aos atos de comércio e de serviços prestados - Artigos 3º e 18 do CDC - Dever de indenizar - Nexo causal - Prova da culpa e responsabilidade - Não reconhecimento - Repetição e compensação indevidas. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 86/7, julgou improcedente a ação com fundamento no artigo 487, I do CPC e pela sucumbência condenou o autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apela o autor buscando a reversão do julgado com o acolhimento de sua pretensão como formulada na petição inicial, reconhecida a má-fé do réu em perseguir o crédito quando já entabulado acordo a permitir a repetição dobrada da exigência e a imposição de sanção moral, uma vez comprovado o nexo causal (fls. 89/92).

Processado e respondido o recurso (fls. 114/124), vieram os autos a esta Instância.

É o relatório.

Sem razão o apelo.

É dos autos que o vínculo contratual entre as partes (cédula de crédito bancário - capital de giro nº 004.760.448) e a exigência desse negócio pelo réu a partir de ação de execução, onde foi apresentada proposta de conciliação, sem homologação judicial que permitiu o seguimento da execução, até quando da ultimação da transação com a extinção desse processo.

Por isso, observados os fatos da causa e referida peculiaridade processual, como legal e regular o crédito perseguido pelo réu na referida ação de execução enquanto não extinta, ausente conduta ilícita do réu, e por decorrência, ausente também o dever de indenizar, ainda mais se observada a natureza do vínculo - contrato de crédito - capital de giro - que explicita fomento à atividade comercial e não relação de consumo, bem como por explicitar os fatos mero aborrecimento a partir do negócio jurídico referido.

Como se sabe, as responsabilidades das partes contratantes pelo vínculo ao qual se sujeitam, indicam que as obrigações recíprocas dos contratantes são fixadas sob determinada realidade fática, de modo que, visando a assegurar a equivalência e a finalidade do contrato, devem as partes atuar com adequação observada a regra de boa-fé, por ser da essência dos contratos o princípio da exigibilidade ou obrigatoriedade das convenções, ou seja, lei entre as partes, à parte lesada deve ser garantida a reparação das consequências advindas do descumprimento da obrigação, consequência essa que deriva da necessidade de segurança dos negócios jurídicos, não sendo por outra razão a regra basilar civil relativa à justiça contratual, em especial, o da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil, a regular todo o direito obrigacional.

Por isso e quanto à repetição e compensação moral, mesmo que se reconheça inerente ao vínculo contratual a partir do qual litigam as partes, o

Acesso ao Sumário

dever de observância pelas partes contratantes dos princípios de probidade e boa-fé a que refere o artigo 113 do Código Civil, não se justifica impor referidas sanções em desfavor do réu, pois considerando os fatos da causa e observado o conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício (artigos 186 a 188 do Código Civil), delimitada é a responsabilidade do réu, por se vincular aos atos de comércio e de serviço que presta e nos limites dos artigos 3º e 18 do CDC, o que significa que eventual descumprimento contratual, por si, não expressa a prática de ato violador de direito ou ato ilícito ensejador de repetição e sanção moral, até porque, quanto ao dano moral, como se sabe, "*O simples descumprimento do dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atinja a dignidade da parte*" (vide Enunciado n. 25 do Colégio Recursal da Capital/SP).

No caso, e como decidido pelo Juízo de Primeiro Grau conforme consta da r. sentença, tem-se que: "*Conforme dispõe o artigo 842 do CC, 'A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.' (grifo nosso). Neste contexto, considerando que, no caso dos autos, já havia processo existente, a eficácia da transação pressupunha a homologação do juízo ou escritura pública. Pelo documento de fls. 28/29, nota-se que a transação não foi realizada por escritura pública, mas por termo nos autos. Como o acordo não foi homologado, o que é incontroverso, constitui exercício regular do direito do réu de continuar a execução, de sorte que não se há de falar em dever de indenizar. No mais, compulsando os autos da execução, vê-se que o acordo foi homologado em 16 de março de 2016, operando-se o trânsito em julgado em 25 de março de 2016, isto é, somente após a propositura da presente ação em 13 de novembro de 2015, o que corrobora a conclusão supra*".

Por isso, limitada a responsabilização das partes aos limites do ajuste, inclusive quando às perdas e danos igual ao efetivo prejuízo (Código Civil artigo 402), de forma que, quanto à repetição e a compensação moral, derivado esse reclamo da afirmada ofensa a direito, necessária a demonstração do nexo causal relativo a dono de dano por ilícito extracontratual, ainda mais porque necessária prova do nexo causal, vale dizer, culpa e responsabilidade do réu.

Aliás, como leciona Sérgio Cavalieri Filho (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed. Malheiros 1999): "*só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do individuo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da*

Acesso ao Sumário

órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do individuo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos".

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001782-08.2013.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante BANCO VOLKSWAGEN S.A., é apelado DAYSE DOS SANTOS COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13399)**

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

São Paulo, 27 de julho de 2017.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: SENTENÇA *EXTRA PETITA* - Contrato bancário - Comissão de permanência - Pedido não formulado pela autora - Revisão de ofício - Impossibilidade - Decisão *extra petita* - Descumprimento do art. 460, CPC/1973 - Súmula 381 do STJ:

- Sendo silente a autora sobre eventual cobrança indevida, é vedado ao Magistrado reconhecer de ofício eventual abusividade de cláusulas de contrato bancário, ocorrendo descumprimento do artigo 460, do CPC/1973 e conforme Súmula nº 381, do STJ, sendo necessária a correção da sentença.

RECURSO DO BANCO PROVIDO. PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelações interpostas da respeitável sentença a fls. 90/96, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação revisional de contrato bancários, para reconhecer a nulidade da cobrança cumulada da comissão de permanência com outros encargos de mora.

Diante da sucumbência, condenou o banco apelante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00.

Apela a instituição financeira a fls. 100/103, alegando que a sentença foi *ultra petita*, tendo em vista que o autor nada falou a respeito da cobrança de comissão de permanência cumulada com outros encargos para o período de inadimplência.

Pugna pela declaração de nulidade da sentença no ponto que ultrapassou os limites do pedido, e, ao final, requer a inversão do ônus de sucumbência diante da improcedência do pedido inicial.

O recurso é tempestivo, bem preparado (fls.104/107), sendo recebido em ambos os efeitos (fls.110). Sentença proferida sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (10.08.2015). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

I. Inicialmente, cabe razão ao banco apelante.

De fato, na petição inicial a autora sustentou a possibilidade de revisão do contrato, mediante incidência do Código de Defesa do Consumidor. Ressaltou a abusividade da tarifa de cadastro; requereu a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano; discorreu sobre o princípio da lesão enorme; requereu a repetição de indébito dos valores pagos indevidamente, e, ao final, pleiteou a condenação da instituição financeira ao pagamento de danos morais.

Com efeito, em nenhum momento a autora insurge-se contra a cobrança de comissão de permanência cumulada com outros encargos para o período de inadimplência, sendo vedado ao Magistrado reconhecer de ofício eventual abusividade de cláusulas de contrato bancário, conforme Súmula nº 381[1] do **Superior Tribunal de Justiça**.

Desse modo, cabe razão à instituição financeira. A comissão de permanência deve ser mantida nos exatos termos pactuados. No caso descumprido foi o que dispõe o artigo 460, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da prolação de sentença. Não tendo a autora questionado a incidência da comissão de permanência contratada, não poderia a sentença ter decidido tal questão, ocorrendo decisão *extra petita*.

Acesso ao Sumário

1 *"Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."*

Bem orienta a questão Nelson Nery Junior e Rosa Nery: "**1. Correlação entre pedido, causa de pedir e sentença**. O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença *citra* ou *infra petita* pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença *ultra* ou *extra petita* não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido".[2]

De modo que, reconhecendo-se a ocorrência quanto ao fato da sentença ter decidido questão não suscitada pela autora na petição inicial, deu-se ser ela *extra petita*, sendo necessária a correção. Assim, fica afastada da sentença o quanto decidido a respeito da comissão de permanência contratual. E como no tocante aos demais pedidos da autora não foram admitidos, a ação deve ser julgada improcedente.

Por consequência, diante do não acolhimento dos pedidos formulados na inicial, invertem-se os ônus de sucumbência, condenando-se a apelada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que se fixa em R$ 1.000,00.

III. Ante o exposto, por meu voto, **dá-se provimento** ao recurso do banco, para manter a cobrança da comissão de permanência, julgando improcedentes os pedidos iniciais, devendo, via de consequência, a autora arcar com os ônus de sucumbência em sua integralidade, além de honorários advocatícios no importe de R$ 1.000,00, ressalvado, se o caso, o benefício da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001182-66.2015.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante ELAINE DOURADO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25503)**

2 *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2010, p. 697.*

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 13 de junho de 2017.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE. PRECLUSÃO DA PROVA PERICIAL, EM RAZÃO DO NÃO COMPARECIMENTO DA AUTORA NA DATA DESIGNADA. Impossibilidade. Intimação apenas do advogado da parte. Ato a ser praticado pela própria parte que exige a sua intimação pessoal. Precedentes. Sentença anulada. Pedido de realização da prova pericial na Comarca de residência da Autora. Inovação em sede recursal. Impossibilidade de conhecimento desta pretensão. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

VOTO

Trata-se de "ação de cobrança", fundada em seguro obrigatório DPVAT, ajuizada por ELAINE DOURADO DA SILVA contra SEGURADORA LIDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT, julgada improcedente pela r. sentença (*e*-fls. 99/102), cujo relatório adoto, condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios do patrono da parte contrária fixados em 15% sobre o valor da causa, com observação do art. 98, parágrafo 3º do CPC.

Inconformada, a Autora interpôs o presente recurso de apelação (*e*-fls. 104/111), sustentando, em síntese, ser imprescindível a sua intimação pessoal para comparecimento à perícia médica oficial, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo insuficiente a mera intimação do patrono. Requereu, ainda, que a perícia seja realizada na Comarca de sua residência, diante da distância.

O recurso foi regularmente processado e a Ré interpôs contrarrazões (e-fls. 115/119), requerendo, em síntese, o improvimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou improcedente a pretensão de indenização pelo seguro obrigatório DPVAT em virtude da ausência da Autora à perícia do IMESC e, consequentemente, ausência de comprovação do fato constitutivo de seu direito.

Acesso ao Sumário

Na hipótese dos autos, constata-se que o Juízo "a quo" indeferiu o pedido de intimação pessoal da parte para comparecimento à perícia médica, sob o entendimento de inexistência de previsão legal para tanto.

Respeitado o entendimento do magistrado "a quo", não é suficiente a mera intimação do advogado acerca da data, do local e do horário da designação da perícia, sendo imprescindível a intimação pessoal da parte para o comparecimento ao referido ato, diante da natureza personalíssima do mesmo.

Nesse sentido, ademais, observem-se precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, assim como deste E. Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO - JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA EM SEGUNDO GRAU, PARA QUE O AUTOR FOSSE SUBMETIDO A NOVA PERÍCIA - NÃO COMPARECIMENTO -* ***CONVOCAÇÃO FEITA PELA IMPRENSA E NÃO PESSOALMENTE*** - ACÓRDÃO QUE DÁ PELA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, POR ESSA AUSÊ*NCIA - CONTRARIEDADE AO ART. 267, III, DO CPC - FUNDAMENTAÇÃO. I - É PERFEITAMENTE POSSÍVEL, NO SEGUNDO GRAU, TRANSFORMAR O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, PARA QUE NOVA PERÍCIA SEJA REALIZADA, NÃO ESTANDO O COLEGIADO AINDA CONVENCIDO POR AQUELA REALIZADA NO JUIZO DE ORIGEM. II -* ***A INTIMAÇÃO DA PARTE, PARA QUE SE SUBMETA A NOVO EXAME PERICIAL, H****Á* ***DE SER FEITA PESSOALMENTE E NÃO POR PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA.*** *(...) IV - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 37.525/RJ, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/1997, DJ 16/02/1998, p. 133)*."

"Seguro obrigatório - Veículo automotor - DPVAT - Invalidez permanente - Ação de cobrança - Decisão que considerou preclusa a produção da prova pericial e declarou encerrada a instrução processual - Reforma - Necessidade - Ausência de intimação pessoal do autor quanto à designação de perícia médica. Em se tratando de ato processual a ser realizado diretamente pela parte, mister se faz que se proceda à sua intimação pessoal - Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido. (AI nº 2094860-37.2015.8.26.0000 - Relator(a): Marcos Ramos; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/07/2015; Data de registro: 04/07/2015)."

"Agravo de instrumento. Cobrança de diferença de seguro DPVAT. Agendamento de perícia para atestar o grau de invalidez do agravante. Intimação pessoal da parte para comparecimento que restou negativa. Intimação do patrono pela imprensa oficial. Insuficiência. Ato que compete à própria parte. Intimação pessoal. Necessidade. Decisão reformada. Recurso provido. (AI nº 2135378-06.2014.8.26.0000 - Relator(a): Walter Cesar Exner;

Acesso ao Sumário

Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/11/2014; Data de registro: 06/11/2014).”

“Agravo de instrumento. Seguro obrigatório de veículo (DPVAT). Invalidez permanente. Prova pericial. Autor que não comparece à perícia agendada. Intimação do patrono via diário oficial. Prova declarada preclusa pelo juízo. Inadmissibilidade. Necessidade de intimação pessoal da própria parte acerca da perícia designada. Ato pessoal e intransferível. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. Preclusão afastada. Recurso provido. (AI nº 2156863-62.2014.8.26.0000 - Relator(a): Ruy Coppola; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/10/2014; Data de registro: 10/10/2014).”

“A intimação para perícia médica, ato pessoal, faz- se ao litigante, não a seu advogado nem pela imprensa oficial. (AI nº 2019216-59.2013.8.26.0000 - Relator(a): Celso Pimentel; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2013; Data de registro: 09/12/2013).”

Portanto, de rigor a anulação da r. sentença proferida, para que seja determinada nova designação de perícia, com intimação pessoal do Autor, a ser cumprida no Juízo de Origem, afastando-se, assim, a preclusão da prova e prosseguindo o feito em seus ulteriores termos.

O pedido de realização da prova pericial na Comarca de residência da Autora não foi sequer formulado perante o Juízo “a quo”, revelando verdadeira inovação em grau recursal.

Tal expediente é vedado pelo ordenamento jurídico, por representar violação ao contraditório, à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, pois impede o amplo debate entre as partes antes da fase decisória.

Nesse tópico, portanto, o recurso não merece ser conhecido.

Ante o exposto, **CONHEÇO EM PARTE** e, parte conhecida, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Autora, para **ANULAR** a r. sentença prolatada e **DETERMINAR** nova designação de prova pericial médica, com intimação pessoal da Autora quanto à data, ao local e ao horário de sua realização, prosseguindo o feito em seus ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014403-23.2015.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO QUALITY HOUSE LAPA, são apelados EDUARDO FIGUEIREDO BATISTA

Acesso ao Sumário

e ANA PAULA FRANCO RICARDO BOCATO.

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, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16363)**

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

São Paulo, 20 de junho de 2017.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO - COBRANÇA - Ausente a comprovação do pagamento - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, para condenar ao pagamento do valor de R$ 3.494,00 e das parcelas vincendas inadimplidas até a data da sentença - RECURSO DO AUTOR PROVIDO, PARA INCLUIR A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS PARCELAS VINCENDAS INADIMPLIDAS ATÉ O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, E DECLARADO (DE OFÍCIO) QUE CONDENADOS OS REQUERIDOS AO PAGAMENTO DOS VALORES DESCRITOS A FLS.04 ("VALOR ORIGINAL")-ALÉMDASPARCELASVINCENDAS INADIMPLIDAS ATÉ O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO -, COM CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS, AMBOS CONTADOS DESDE OS VENCIMENTOS, E MULTA DE 2% DO VALOR DO DÉBITO, ALÉM DAS VERBAS DA SUCUMBÊNCIA (NOS TERMOS DA SENTENÇA).

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Autor contra a sentença de fls.61/62, prolatada pelo I. Magistrado Luiz Fernando Silva Oliveira (em 28 de julho de 2016), que julgou procedente a "ação sumária", para condenar os Requeridos ao pagamento do valor de R$ 3.494,00 (com correção monetária desde a distribuição da ação e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação - 07 de março de 2016), além das parcelas vincendas inadimplidas até a data da sentença (com correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês a partir dos respectivos vencimentos), arcando os Requeridos com as custas e despesas processuais e os

honorários advocatícios (fixados em 10% do valor "das condenações").

Alega que devem ser incluídas na condenação as parcelas vincendas inadimplidas até o término da obrigação; que não aplicada a Súmula 13 deste Tribunal de Justiça e que não observado o entendimento jurisprudencial. Pede o provimento do recurso, para a procedência da ação (fls.65/71).

Intimados para a resposta, os Requeridos permaneceram inertes (certidão de fls.75), notando-se que são revéis.

É a síntese.

O artigo 323 do Código de Processo Civil dispõe que, quando a ação tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, ainda que sem declaração expressa do autor, devendo a sentença incluí-las na condenação enquanto durar a obrigação.

Assim, a cobrança das obrigações vincendas deve incluir as parcelas inadimplidas até o cumprimento da obrigação.

Dessa forma, de rigor o provimento do recurso.

Sem prejuízo, anoto que o cálculo apresentado pelo Autor (fls.04) já incluiu correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês, ambos contados desde os vencimentos, e multa de 2% do valor do débito, o que impossibilita a incidência de juros moratórios desde a citação (para que se evite a capitalização de juros).

Assim, declaro (de ofício) que condenados os Requeridos ao pagamento dos valores descritos a fls.04 ("valor original") - além das parcelas vincendas inadimplidas até o cumprimento da obrigação -, com correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês, ambos contados desde os vencimentos, e multa de 2% do valor do débito.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para incluir a condenação ao pagamento das parcelas vincendas inadimplidas até o cumprimento da obrigação, e declaro (de ofício) que condenados os Requeridos ao pagamento dos valores descritos a fls.04 ("valor original") - além das parcelas vincendas inadimplidas até o cumprimento da obrigação -, com correção monetária e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, ambos contados desde os vencimentos, e multa de 2% (dois por cento) do valor do débito, além das verbas da sucumbência (nos termos da sentença).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005022-60.2016.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante CVC

Acesso ao Sumário

BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A., são apelados/apelantes DANIEL RASEIRA SPERANDIO e ALESSANDRA DA SILVA MENDES e Apelado PULLMANTUR CRUZEIROS DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso dos autores e negaram ao da corré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.423)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Ação de reparação de danos. Pacote turístico. Greve de pescadores com bloqueio marítimo. Alteração de itinerário de viagem. Responsabilidade da agência de viagens pelo defeito na prestação do serviço. Dever de indenizar corretamente reconhecido. Danos materiais bem fixados.

Dano moral configurado. Intuitivos constrangimento e frustração experimentados pelos consumidores, sentimentos que denotam verdadeiro padecimento moral indenizável. Recurso dos autores parcialmente provido e o da corré não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 431/434, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais movida por adquirentes de pacote turístico.

A corré *CVC* recorre. Sustenta, em síntese, que a alteração do itinerário ocorreu por motivo de força maior e que mesmo assim os autores usufruíram integralmente do passeio marítimo contratado. Aduz que não praticou nenhum ato ilícito e não deve responder pelos danos experimentados pelos recorridos. Alega que no contrato de prestação de serviços havia informação sobre a possibilidade de alteração dos horários de embarque e desembarque.

Os autores recorrem adesivamente. Sustentam, em síntese, que o reconhecido fato de que não foi dada a escolha de saírem da embarcação e não cursarem a viagem planejada acarreta o dever de reparação pelo valor total da

Acesso ao Sumário

viagem. Insistem que experimentaram danos imateriais. Pugnam pela reforma do julgado.

Recursos regularmente processados, com respostas.

É o relatório.

Cuida-se de ação de reparação por danos materiais e morais decorrentes de prestação de serviços de turismo defeituosa.

Os elementos dos autos demonstram que uma greve de pescadores causou um bloqueio marítimo no porto de Itajaí por 30 horas e que houve mudança do itinerário do cruzeiro que refez a rota entre as cidades de Búzios, Ilha Grande, Ilhabela e Santos, sendo que Buenos Aires e Montevideo foram excluídas da rota.

No caso vertente, é inegável que a prestação do serviço foi defeituosa, eis que o movimento grevista de pescadores no porto de Itajaí teve prévio e amplo noticiário na imprensa (fls. 97/102).

Nessas circunstâncias a ré não evitou o primeiro destino o que importa em evidente e culposa falha na prestação de serviço, ainda que na relação de consumo a culpa se dispense, obrigando-a a responder pelas consequências.

Os danos materiais foram bem dosados pelo juiz *a quo*, ante a condenação de restituição da diferença a ser apurada em liquidação entre o valor do cruzeiro internacional e o do cruzeiro nacional.

Por fim, a frustração da viagem internacional gerou abalo psicológico e, portanto, dano moral, o que conduz à indenização.

Os danos morais restaram bem evidenciados, porquanto intuitivos o constrangimento e a frustração experimentados pelos demandantes, sentimentos que não ficaram circunscritos a meros dissabores, representando verdadeiro padecimento moral indenizável, ante a frustração da viagem internacional.

É consabida a dificuldade de que se reveste a quantificação da indenização por danos morais, que deve levar em conta a gravidade do dano, a sua extensão, a posição social e econômica das partes, o grau de culpabilidade do agente e as finalidades reparatória e punitiva da reparação, devendo ser ela suficiente para coibir novos abusos do ofensor, sem que, todavia, permita o enriquecimento sem causa do ofendido.

Considerando a extensão do dano, a posição social das partes e as finalidades reparatória e punitiva da reparação, fixo a indenização em R$ 2.000,00, acrescidos de correção monetária a partir da data deste acórdão e juros de mora.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso dos autores e nega-se provimento ao da corré.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001672-61.2013.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelado NUTRISAVOUR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., é apelado/apelante ALESSANDRO BARBOSA GOMES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos agravos retidos, à apelação e ao recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.381)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: BEM MÓVEL - AQUISIÇÃO DE LANCHE CONTENDO CORPO ESTRANHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 12, CAPUT E PARÁGRAFO 3º, DO CDC - PRODUTO INGERIDO - RISCO À SAÚDE DO CONSUMIDOR - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - INDENIZAÇÃO MANTIDA - AGRAVOS RETIDOS, RECURSO ADESIVO E APELAÇÃO IMPROVIDOS.

A ingestão de alimento contaminado, ainda que de forma parcial, é suficiente para gerar o dever de indenizar em razão do potencial lesivo à saúde do consumidor, assim como em decorrência da repugnância que causa.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação de reparação de danos, fundada em compra e venda, julgada procedente pela r. sentença de fls. 284/289, cujo relatório adoto.

Inconformadas, apelam as partes.

A ré, de um lado, reitera, preliminarmente, o exame de agravos retidos interpostos durante a audiência de instrução, em face do desacolhimento de

contraditas às duas testemunhas arroladas pelo autor. No mérito, sustenta, em apertada síntese, que o apelado foi agraciado com um ***MacChicken***, contaminado com inseto no seu interior, adquirindo, depois, sobremesa no próprio estabelecimento, conduta que retrata evidente conflito com os danos morais alegados, comprometendo a verossimilhança dos fatos articulados na inicial. Aduz, também, que a linha de produção dos alimentos, nas lojas do ***McDonald's***, segue rigoroso padrão de qualidade, não havendo prova da aquisição de lanche ou da existência de corpo estranho no momento da compra e tampouco intervenção da vigilância sanitária, o que afasta o dever de indenizar. Argumenta, ainda, que o sentimento de repulsa, descrito na exordial, traduz mero dissabor, insuficiente para legitimar o pleito de reparação moral. Busca, por isso, a inversão do resultado do julgamento ou, alternativamente, a redução do ***quantum*** indenizatório.

O autor, adesivamente, visa elevar a indenização por danos morais ao patamar apontado na petição inicial (*300 salários mínimos*).

Houve resposta. Recurso da ré preparado, isento o do autor em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) Ressalto, de início, que a r. sentença foi disponibilizada no DJe em 29/10/2015 (*cf. fl. 294*), antes, portanto, da entrada em vigor da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, de tal sorte que se faz necessária observância ao princípio ***tempus regit actum***, aplicando-se, ao caso, as disposições do Código de Processo Civil de 1973.

Destaco, a propósito, o enunciado administrativo nº 2 do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

> "***Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça***".

No mesmo sentido, ***verbis***:

> "***A jurisprudência pacífica desta Corte, ao interpretar o art. 1.211 do CPC/1973, reconhece o sistema do isolamento dos atos processuais, pelo qual a lei nova deve respeitar a eficácia dos atos processuais já realizados. (...) Tratando- se de recursos, a regra geral é de que estes são regidos pela lei vigente à época da decisão recorrida. Na lição de Galerno Lacerda, 'proferida a decisão, a partir desse momento nasce o direito subjetivo à impugnação, ou seja, o direito ao recurso autorizado pela lei vigente nesse momento. Estamos, assim, em presença de verdadeiro direito adquirido processual, que não pode ser ferido por lei***

Acesso ao Sumário

nova, sob pena de ofensa à proteção que a Constituição assegura a todo e qualquer direito adquirido' (O Novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48)". (*AgRg. no AREsp. n.º 819.215/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira*).

2) Conheço dos agravos retidos, porque reiterados nas razões recursais (*art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil/73*), para negar-lhes provimento.

Para a caracterização da suspeição, "*não basta qualquer relação de amizade, sendo necessário um vínculo próximo, no sentido da afinidade, que faça crer seriamente na perda da isenção da testemunha e no risco de que venha a favorecer ou prejudicar um dos envolvidos no litígio (Código de Processo Civil Interpretado, Coordenador Antonio Carlos Marcato, Ed. Atlas S.A, 2004, art. 405, pág. 1245)" (Apelação nº 0013964-20.2011.8.26.0020, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Bonilha Filho)*.

Conquanto as testemunhas fossem contratadas pela mesma empresa em que trabalhava o autor, isso não basta para tipificar a hipótese de amizade íntima, o que, aliás, foi expressamente negado em Juízo (*fls. 263 e 265*).

Portanto, à míngua de prova de que os depoentes tinham interesse no desfecho do litígio, é de rigor a mantença da rejeição das contraditas.

3) No mérito, os apelos não comportam provimento.

O contingente probatório evidencia que o autor, em decorrência de promoção vigente, à época, no estabelecimento da ré (***McDonald's***), foi aquinhoado com um ***McChicken Junior*** *(cf. fl. 02)*. Quando deu conta da presença do inseto no interior do sanduíche, percebeu que já havia ingerido parte dele.

A testemunha Jefferson Rodrigo Costa ressaltou, a esse respeito, que "*o autor ganhou um brinde, consistente em um lanche pequeno. O autor foi retirar o lanche, retornou e começou a degustá-lo. Em dado momento notei que o autor cuspiu o que estava comendo, tendo mostrado o lanche para Robson. Robson levantou-se e foi até o banheiro. O autor, por sua vez, foi conversar com algum funcionário do restaurante. Foi aí então que notei que dentro daquele lanche havia um inseto. Nesse momento fotografei o lanche (...)*" (*cf. fl. 265*).

Com efeito, as fotografias exibidas com a exordial acusam a presença do indigitado inseto no lanche consumido, em parte, pelo autor (*cf. fls. 13/14*), o que significa que a ré vendeu alimento lesivo à saúde do consumidor.

A aquisição posterior de sobremesa no mesmo estabelecimento e a omissão do autor em acionar a vigilância sanitária, por si só, não têm o condão de afastar a responsabilidade da ré, que é objetiva, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, ***verbis***:

"***Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa,***

Acesso ao Sumário

pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes (***...)***".

É imperioso observar a incidência do artigo 12 do CDC, no caso, porquanto a hipótese refere-se à responsabilidade por ***fato do produto***, que envolve risco à saúde ou segurança do consumidor, não se confundindo com ***vício do produto*** que se restringe às características *"de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhe diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária (...) (Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Editora Saraiva,* 6ª ed., p. 248-250)" (Apelação n. 0000803-83.2015.8.26.0219, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Tercio Pires).

A ré, de seu lado, deixou de produzir prova segura visando infirmar os argumentos alinhados na petição inicial, não sendo ocioso acrescer que a empresa somente não seria responsabilizada caso demonstrasse uma das excludentes previstas no Código de Defesa do Consumidor, o que inocorreu.

Em outras palavras, não aproveita à ré a assertiva de que adota rigoroso procedimento de qualidade dos seus produtos já que não conseguiu demonstrar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em suma, a ingestão de alimento contaminado, ainda que de forma parcial, é suficiente para gerar o dever da ré de indenizar em razão do potencial lesivo à saúde do consumidor, assim como em decorrência da repugnância que causa.

Destaco, a propósito, hipótese análoga já submetida ao crivo do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"(...) A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor ao risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão completa de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Hipótese em

Acesso ao Sumário

que se caracteriza defeito do produto (art. 12,CDC), o qual expõe o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC, ensejando a reparação por danos patrimoniais e morais (art. 6º do CDC). 5. Recurso especial provido". (*REsp. n.º 1.328.916/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi*).

No mesmo sentido, ***verbis***:

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Presença de larva em barra de cereal. Autor que ao morder o produto constatou a presença de larva. Fato do produto. Responsabilidade objetiva da ré. Prova documental que empresta verossimilhança à versão do autor. Ausência de demonstração de qualquer excludente de responsabilidade. Danos morais configurados diante da potencialidade nociva à saúde e da repugnância que o consumo de alimento com larvas causa (...)" *(Apelação nº 0017090-24.2010.8.26.0405, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Milton Carvalho)*.

De resto, melhor sorte não se acha reservada às partes no concernente ao ***quantum*** indenizatório, que deve ser fixado de acordo com o prudente discernimento do julgador, sem perder de vista a capacidade econômico-financeira do ofensor, evitando o excesso e o incompossível material.

Na esteira da jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça "*não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano" (REsp.* n° 700.899- RN, Rel. Min. Humberto Martins).

Na mesma diretriz, ***verbis***:

"1. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em valor razoável, de modo a preservar a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o ato ilícito cometido e a de reparar o sofrimento experimentado pela vítima, consideradas as peculiaridades subjetivas do feito" *(AgRg. no AgRg. no AREsp. nº 416.491/RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira)*.

Sopesadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, quais sejam, a natureza do fato, o grau de culpabilidade da ré e a capacidade econômica das partes, tenho para mim que a quantificação reparatória, estipulada em R$ 12.000,00 (*doze mil reais*), com correção monetária nos termos da Súmula nº 362 do STJ, mostrou-se adequada para atender ao princípio da razoabilidade, evitando a insignificância da indenização, assim como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Acesso ao Sumário

A reparação do dano moral guarda natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem a importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes. A teoria do valor de desestímulo na reparação dos danos morais insere-se na missão preventiva da sanção civil, que defende não só o interesse privado da vítima, mas também visa a devolução do equilíbrio às relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade civil.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos retidos, ao recurso adesivo e à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013242-36.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante CÉLIA COUTINHO RAMOS SASSI, é apelada SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a matéria preliminar, deram parcial provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.612)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), EDGARD ROSA E AZUMA NISHI.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: SEGURO FACULTATIVO – COBRANÇA - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO - Veículo automotor segurado que se envolveu em acidente de trânsito - Embriaguez ao volante que não pode ser imputado como risco de agravamento provocado pela segurada, visto que o veículo era conduzido por seu filho, terceiro da relação contratual - Dever de indenização, deduzida a franquia - Direito da autora ao reembolso dos valores dispendidos a título de IPVA e outros encargos - Danos Morais - Não configurados - Recusa de pagamento baseado na interpretação da cláusula contratual - Descumprimento que, em regra, não causa ofensa moral - Preliminar de não conhecimento

Acesso ao Sumário

afastada - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança relativa a seguro que CÉLIA COUTINHO RAMOS SASSI move em face de SUL AMÉRICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS, julgada improcedente, condenada a autora a suportar as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

Apela a autora, aduzindo, em síntese, que não se pode atribuir a conduta de seu filho a ela, que não agiu com culpa, não entregou o carro à pessoa alcoolizada, sem habilitação ou irresponsável; enfim, não inadimpliu o contrato, de modo que não lhe pode ser negada a indenização. Cita precedente do STJ no sentido de que a presunção de que o segurado tem por obrigação não permitir que o veículo seja conduzido por pessoa em estado de embriaguez é válida até a efetiva entrega do veículo a terceiro.

Nos termos do artigo 768 do Código Civil, alega que o segurado somente perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato. Se o sinistro ocorreu sob a condução de seu filho, que ao receber o veículo estava sóbrio, ou seja, a apelante não agravou o risco, há de se observar o preceito legal invocado.

Além disso, alega que, inobstante o exame toxicológico realizado, não há prova de que tal circunstância tenha dado causa ao acidente.

Requer a procedência da ação.

Vieram contrarrazões (fls. 185/191).

É o relatório.

A priori, afasta-se a preliminar de não conhecimento do recurso, fundada na ausência de combatividade aos fundamentos da sentença, haja vista que a autora apresenta fundamentos no apelo, pretendendo a modificação do resultado que lhe foi prejudicial.

Narra a inicial que a autora mantém com a requerida seguro de danos a veículo automotor de sua propriedade (um Land Rover, Discovery 3, ano 2009, placa ELN 3205); que em 31/01/2014 seu filho, conduzindo o veículo, perdeu o controle do automóvel, sendo vítima de acidente fatal. Os danos ao veículo foram severos, mas a requerida se negou ao pagamento da indenização. Pede que a requerida, em sede liminar, seja obrigada a manter sob sua guarda o salvado, e condenada, por fim, ao pagamento da indenização conforme apólice, ao pagamento do IPVA e demais encargos incidente sobre o bem após o acidente, bem como indenização pelos danos morais suportados.

O pedido liminar foi indeferido.

Citada, a ré contestou a ação, aduzindo, em síntese, a causa de exclusão

Acesso ao Sumário

de cobertura securitária, pelo estado de embriaguez do condutor do veículo. Sustenta a inexistência de abusividade na limitação contratual. Impugna o pleito de pagamento do IPVA, porque o tributo é de responsabilidade da proprietária do veículo, bem como da indenização por danos morais.

Réplica às fls. 153/158.

Sobreveio sentença de improcedência.

Demais, a relação jurídica é de consumo e deve ser analisada a luz das disposições da Lei 8078/90, que protege a parte hipossuficiente.

É fato incontroverso que a autora contratou o seguro do veículo indicado na inicial. Também é fato incontroverso que o referido veículo se envolveu em acidente de trânsito, que levou a sua perda total, vitimando o filho da autora, condutor na ocasião do sinistro.

A improcedência da ação está lastreada em cláusula de exclusão de cobertura e nas circunstâncias em que o acidente ocorreu.

Com efeito, há disposição na apólice de seguro assim discriminada (item j, de fls. 120/1).

"Prejuízos Gerais Não-Indenizáveis (...)

"j) perdas ou danos ocorridos quando for verificado que o veículo segurado foi conduzido por pessoa sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, desde que demonstrado pela Seguradora que o sinistro ocorreu devido ao consumo de álcool em desacordo com o previsto pelo Código Nacional de Trânsito e ou o uso de drogas pelo condutor, cuja infração poderá ser caracterizada por qualquer meio de prova admitido em direito".

O exame toxicológico ao qual foi submetido o corpo do filho da autora indicou a presença de excessiva quantidade de álcool por litro de sangue, a saber 1,9g/l, conforme documento de fls 150.

Do boletim de ocorrência, vislumbra-se que o motorista perdeu o controle do veículo, quando passava sobre uma ponte, vindo a cair no interior do rio, sendo o automóvel encontrado com as quatro rodas para cima, parcialmente submerso.

Em que pese o relato de tais fatos, a sentença merece reforma.

Do questionário da contratação, a autora sinalizou a extensão da cobertura para condutores na faixa etária dos 18 aos 25 anos (fls. 12). Não cometeu ilícito contratual, portanto, ao emprestar o veículo ao seu filho de 23 anos.

Ainda que se conclua pelo estado de embriaguez do condutor do veículo, não se pode afirmar que o agravamento do risco tenha sido causado por conduta da autora, que deixou de ter domínio do modo de utilização da coisa quando o repassou a terceiro.

Acesso ao Sumário

Ora, se a influência do álcool foi determinante para a ocorrência do acidente, tal fato não enseja a exclusão do dever de indenização securitária, na medida em que o veículo era dirigido por terceiro e não pela segurada. Assim, não foi ela própria que infringiu a cláusula contratual, não se enquadrando a circunstância ao disposto no artigo 768 do Código Civil.

Esse é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. EMBRIAGUEZ DE TERCEIRO CONDUTOR. FATO NÃO IMPUTÁVEL À CONDUTA DO SEGURADO. EXCLUSÃO DA COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A pacífica jurisprudência do STJ é no sentido de que a embriaguez do terceiro condutor não exonera a seguradora do dever de indenizar, porque não configura agravamento do risco imputável ao próprio segurado. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1238615/SC, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 03.08.2015).

Igual entendimento tem adotado este E. Tribunal de Justiça:

SEGURO FACULTATIVO DE AUTO - COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE COM PERDA TOTAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - INSURGÊNCIA DA RÉ, QUE INTERPÔS AGRAVO RETIDO, CUJO CONHECIMENTO NÃO FOI OBJETO DE REITERAÇÃO - RECURSO NÃO CONHECIDO - NEGATIVA DA SEGURADORA ANTE O ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR, FILHO DA SEGURADA - FATO DE TERCEIRO NÃO IMPUTÁVEL À CONDUTA DA SEGURADA - DIREITO À PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA. - Agravo retido não conhecido. - Apelação provida. (Relator(a): Edgard Rosa; Comarca: Ituverava; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/12/2016; Data de registro: 01/12/2016).

APELAÇÃO - AÇÃO REGRESSIVA DE REPARAÇÃO DE DANOS - LIDE SECUNDÁRIA - Negativa da seguradora ao pagamento da indenização fundada no fato de que o condutor dirigia o veículo segurado sob efeito de álcool - Embriaguez do motorista afastada na esfera criminal - Ademais, a conduta de terceiros não pode ser excludente de cobertura oponível à segurada - Ausência de demonstração de que esta tenha contribuído para o agravamento do risco - Não comprovação, ainda, de que o motorista do veículo no momento do acidente era o condutor principal, informação que não teria sido prestada no momento da contratação - Ausente agravamento do risco - Indenização devida - Valor da condenação que corresponde ao efetivamente repassado ao segurado e em cuja cobrança a autora se sub-rogou - Os ônus de sucumbência

Acesso ao Sumário

da lide principal estão incluídos na indenização devida pela litisdenunciada, pois integram o prejuízo da denunciante - Aplicação de multa em razão da oposição de embargos manifestamente protelatórios - Descabimento - Exercício do direito de recorrer que não se mostra abusivo no caso em tela - Penalidade afastada - Recurso parcialmente provido. (Relator(a): Hugo Crepaldi; Comarca: Araras; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/02/2017; Data de registro: 09/02/2017).

AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VEÍCULO. COLISÃO. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR. TERCEIRO NÃO SEGURADO. Perda do direito à indenização por agravamento do risco deve decorrer de ato doloso do segurado, e não de terceiro. Empréstimo do veículo a terceiro que se embriaga não corresponde a agravamento intencional do risco praticado pelo próprio segurado, e por conseguinte não afasta o direito ao recebimento da indenização securitária. Inteligência do art. 768 do Código Civil. Jurisprudência consolidada do C. STJ. Reforma da *r. sentença. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.* (Relator(a): Berenice Marcondes Cesar; Comarca: Leme; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/02/2017; Data de registro: 17/02/2017).

Os encargos que recaíram sobre o veículo, suportados pela autora, também devem ser repassados à seguradora, pois somente foram quitados em decorrência de sua resistência.

Deve, portanto, a seguradora pagar o seguro contratado, no valor previsto na apólice, atualizado desde sinistro e acrescido de juros de mora desde a citação, deduzida a franquia, bem como pagar a quantia desembolsada pela autora a título de IPVA do exercício de 2015 (fls. 42) e demais encargos que tenha suportado em relação ao veículo, a ser aferido em fase de liquidação.

No tocante aos danos morais, salvo situações excepcionais, o mero descumprimento de contrato não autoriza reparação a esse título.

Neste sentido, o eminente Des. JOSÉ OSÓRIO, ao relatar a Ap. 83.060.4/5-00, j. 12/8/99, a propósito desse tema, assim decidiu: "*Nos casos de ilícito contratual, exige-se maior severidade para o reconhecimento do dano moral. Só mesmo em caso de dolo civil ou de culpa grosseira por parte do causador do dano. Nos demais casos, entende-se que os aborrecimentos sofridos são consequência natural da vida dos negócios. É o que aconteceu no presente caso, em que a ré teve algum motivo para explicar seu comportamento...*".

No mesmo sentido:

"*O mero descumprimento contratual, em princípio, não enseja responsabilização ao pagamento de indenização por danos morais, visto não passar de incômodo da vida em sociedade. Para se presumir o dano moral, o ato praticado deve ser objetivamente capaz de acarretar abalo à imagem*

Acesso ao Sumário

da empresa" (STJ, Recurso Especial n° 744.741, Ministro SIDNEI BENETI, j. 1º/12/2011).

A resistência da seguradora, ao regular o processo de sinistro, está fundada na interpretação das cláusulas e condições do contrato de seguro, de modo que, assim agindo, ainda que sem razão, não praticou qualquer conduta que pudesse ocasionar ofensa moral. Suficiente, pois, no caso, o pagamento da indenização do seguro.

Afasta-se, portanto, a indenização na esfera extrapatrimonial.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso para condenar a seguradora a pagar a indenização prevista na apólice, corrigida desde a data do sinistro, com acréscimo de juros a partir da citação, além dos encargos desembolsados pela autora em relação ao veículo, deduzida a franquia, afastados os danos morais. Com a nova disciplina dos encargos de sucumbência, arcará a ré com 80% das custas e dos honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação, ficando o saldo por conta da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011329-44.2014.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO PANAMERICANO S/A, é apelado/apelante ALEX CHAVES FERNANDES.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao recurso adesivo do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 26792)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA (Presidente), EROS PICELI E SÁ DUARTE.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - Ação proposta indevidamente - Demanda por dívida já paga - Aplicação de multa prevista pelo artigo 940, do Código Civil - Impossibilidade - Ausência de demonstração de má-fé - Litigância de má-fé não configurada. Apelação do autor provida e recurso adesivo do réu não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por BANCO PAN S/A (fls. 83/87) e de recurso adesivo interposto por ALEX CHAVES FERNANDES (fls. 96/99) em face da r. sentença de fls. 79/80, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó da Capital, Dr. Guilherme Silveira Teixeira, que, em virtude da litispendência, extinguiu a ação de busca e apreensão movida pelo Banco Pan S/A em face de Alex Chaves Fernandes, e condenou o autor ao pagamento de indenização no equivalente ao dobro do valor cobrado, bem como ao ônus de sucumbência.

O autor sustenta a impossibilidade de acolhimento do pedido contraposto, pois este só é possível nos casos de procedimento sumário e nas ações do Juizado Especial. Diz ser indevida a sua condenação ao pagamento de indenização, pois não restaram presentes os requisitos do artigo 940, do Código Civil. Subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da indenização. Postula o provimento do recurso.

Recorre adesivamente o réu para requerer a condenação do autor nas penas de litigância de má-fé. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões do réu às fls. 100/104 e do autor às fls. 108/111.

É o relatório.

O recurso do autor merece provimento, enquanto que o recurso do réu não merece provimento.

Trata-se de ação de busca e apreensão movida pelo Banco Pan S/A em 30.09.14, em razão de suposto inadimplemento, pelo réu, das parcelas 06 a 13 de um contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia firmado com o réu, vencidas nos meses de fevereiro a setembro de 2014, conforme demonstrativo de débito de fl. 05.

O réu ingressou espontaneamente nos autos e comprovou que, em 16.05.14, o autor ajuizou ação idêntica, em que, por sentença, se reconheceu a purga da mora, pelo pagamento da integralidade da dívida pendente, tendo os autos sido julgados extintos, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973.

A sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 13.08.14, ou seja, data anterior ao ajuizamento da presente ação, e, diante da desistência do recurso interposto pelo autor, transitou em julgado em 10.10.14.

O MM. Juízo *a quo*, considerando a já purga da mora realizada na precedente ação, condenou o autor ao pagamento de indenização equivalente ao dobro do valor cobrado e já quitado, com fundamento no artigo 940, do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Com todo respeito ao entendimento do ilustre magistrado, entendo não ser o caso de aplicação do artigo 940, do Código Civil ao caso.

No caso dos autos, não obstante a possibilidade do autor verificar já ter sido pago o valor cobrado, evitando demandar o réu a respeito, verifico não ter agido de má-fé.

Para que fosse aplicada a multa de pagamento em dobro ao devedor, era necessário estar evidenciada a má-fé do credor. O que não ocorreu.

A Súmula 159 do STF dispõe que: "*Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do CC [1916] 1531 [atual 940]*."

Tal dispositivo visa evitar o enriquecimento sem causa em virtude de possíveis equívocos que possam vir a ocorrer, mas que nunca de má-fé.

É o caso dos autos e o entendimento deste E. Tribunal. Veja-se precedente desta Câmara:

> "*A r. sentença deve ser reformada. O artigo 940 do Código Civil de 2002 e que corresponde ao artigo 1.531 do Código anterior exige má-fé do credor que demanda por dívida já paga. Como a má-fé não é presumida, mas deve ser provada, não existe motivo, no caso concreto, para a condenação do condomínio*". (Apelação com Revisão nº 881.162-0/0; Relator Des. Eros Piceli).

Logo, afasto a condenação do autor à restituição em dobro dos valores cobrados e já pagos, nos termos do artigo 940 do Código Civil.

Tampouco é o caso de aplicação das penas de litigância de má-fé ao autor, pois, a despeito de ter permanecido inerte quanto à determinação de manifestação nos autos, não insistiu no prosseguimento da ação, demonstrando à toda evidência o reconhecimento de equívoco na propositura da presente ação.

Assim, entendo que a conduta do autor não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil de 2015.

Ainda, necessário se faz que haja a demonstração do dolo em obstar o trâmite regular do processo, o que, na hipótese dos autos, não se vislumbra.

Com efeito, para a hipótese dos autos, não vislumbro qualquer conduta ilícita por parte do autor. Se a pretensão era indevida, foi correta a solução quanto à extinção da demanda, com a condenação do autor ao pagamento do ônus de sucumbência.

Assim, não há que se falar em litigância de má-fé.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do réu e dou provimento ao recurso do autor para o fim de afastar a condenação do autor à restituição em dobro dos valores cobrados e já pagos, nos termos do artigo 940 do Código Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008809-30.2015.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante GUARACIABA DE AGUIAR, é apelado CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO OESTE DE SÃO PAULO VIAOESTE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28023)**

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

São Paulo, 27 de junho de 2017.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DE FILMAGEM - CONCESSIONÁRIA-RÉ QUE EXIBE FOTOS E RELATÓRIOS RELATIVOS AO ACIDENTE - IMPOSSIBILIDADE DE FORNECER OUTROS DOCUMENTOS E A FILMAGEM DO ACIDENTE - RÉ QUE FOI NOTIFICADA PELO AUTOR PARA FORNECER A GRAVAÇÃO DO ACIDENTE CERCA DE SEIS MESES DEPOIS DE SUA OCORRÊNCIA - GRAVAÇÕES RECICLADAS DEPOIS DE DEZ DIAS - RÉ QUE EXIBIU OS DOCUMENTOS REQUERIDOS, NÃO PODENDO RESPONDER PELOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - SENTENÇA MANTIDA. Apelação improvida.

VOTO

Trata-se de ação cautelar de exibição judicial de filmagem, julgada procedente pela sentença de fls. 101/103.

Recorre o autor, alegando que, desejando obter as filmagens de acidente automobilístico que sofreu, ingressou com a presente ação, a qual foi respondida pela concessionária com fotografias do acidente e relatórios de inspetores; que não basta à apelada alegar que não possui mais documentos a exibir, devendo provar que exibiu tudo o que possuía; que os documentos apresentados pela

Acesso ao Sumário

apelada não foram satisfatórios em relação à sua pretensão; que, se foi possível à apelada a obtenção das fotos do local, não há motivo para não poder obter as filmagens do acidente; que é dever da apelada fornecer toda e qualquer informação de que dispuser; que os arts. 20, §§ 3º e 4º, 357, 358, I, e 363 do CPC/73 foram violados.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido (fls. 131/137).

É o relatório.

Constou da sentença: "***Desnecessária a dilação probatória, razão pela qual passo ao julgamento do feito no estado, nos termos do disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil. No mérito, a ação é procedente. No entanto, verifico que a ré atendeu, dentro do possível, o reclamo do autor. Apresentou relatório e fotos de momento posterior ao acidente, afirmando que as fitas ficam guardadas por 10 dias, não mais. Assim, mais do que fora apresentado pela ré, não há como apresentar. Ademais, os documentos juntados pela ré relatórios auxiliarão o autor em sua eventual defesa ou em ação que pretenda ajuizar contra a causadora do dano. E porque a ré atendeu a solicitação, dentro do possível, não há que se falar em sucumbência. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido de exibição de documentos, deixando de condenar o requerido à exibição das imagens por acolher sua justificativa de manutenção das imagens por tempo limitado, dando por suficiente a exibição dos relatórios e fotografias feitos pela ré, satisfazendo-se a pretensão do autor. Porque não houve resistência da ré, deixo de condená-la ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.***"

Não há causa para se alterar a sentença.

Logo de início observa-se que a ausência de filmagem do acidente não impede a propositura da ação principal pelo recorrente.

Ademais, não houve recusa de exibição das filmagens, pela apelada, mas apenas impossibilidade de atendimento do pedido nos moldes em que ele foi formulado.

Anote-se ainda que, embora o acidente tenha ocorrido em 26/11/2014, o autor lavrou o Boletim de Ocorrência em 29/12/2014, mais de um mês depois, e enviou notificação extrajudicial à concessionária, com a finalidade de exibição das gravações, em 21/5/2015, com recebimento pela notificada em 27/5/2015, cerca de seis meses depois do acidente.

Tais datas conferem veracidade ao quanto alegado pela ré, de que não mais dispõe das gravações, as quais são recicladas no prazo de dez dias, a fim de que novos filmes possam ser feitos.

Dessa forma, considerando-se cumprida a exibição dos documentos, não era da ré o ônus de arcar com os ônus sucumbenciais, razão pela qual a sentença fica mantida também nesse ponto.

Acesso ao Sumário

Por tudo isso, não foram violados os dispositivos legais referidos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007180-02.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JEANE LOPES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MARCO ANTONIO DE SOUZA.

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 36.407)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente), MARCONDES D'ANGELO e MELO BUENO.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Bem móvel. Automóvel usado. Bem incendiado e manutenção da sucata na garagem da residência. Aquisição pelo réu. IPVA que ainda continua a ser lançado em nome da autora. Pedidos de obrigação de fazer e inexigibilidade de débito. Sentença de improcedência. Transferência da propriedade que só se permite com anuência da credora fiduciária. Venda das peças não afetadas pelo incêndio a empresa de desmanche. Pedidos que não guardam compatibilidade com situação de fato. Recurso improvido.

Em se cuidando de bem alienado fiduciariamente, a transferência da posição contratual de devedora fiduciante só se faz com anuência do banco credor, com pormenor de que, destruído parcialmente o veículo por força de incêndio, deveria a autora ter providenciado a baixa no Departamento de Trânsito.

A responsabilidade pelo pagamento dos tributos e encargos incidentes sobre o bem é exclusiva da autora. Diante da impossibilidade de utilização regular do

Acesso ao Sumário

veículo em vias e logradouros públicos, a persistência dos lançamentos decorre de omissão da parte, além do que, no ato de venda do que restou do carro, não houve qualquer acerto sobre tal responsabilidade de veículo em tais condições.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 84/88 que julgou improcedente o pedido, arcando a autora com o pagamento das custas e honorários de advogado de R$ 1.000,00, observada a assistência judiciária.

Diz a autora que, por se cuidar de pessoa simples e leiga, deixou de registrar o incêndio do veículo na Polícia, permanecendo o que restou em sua garagem, até que o réu se interessou em adquiri-lo, anotando que ele tinha conhecimento de que pendia financiamento bancário onerando o bem. Como os débitos de IPVA começaram a ser cobrados, procurou o Delegado de Polícia e que lhe exigiu especificação do número do chassi, buscando, então, o réu para que lhe restituísse a peça. Alega que a pretensão não foi compreendida pela Juíza e que, inclusive, se negou a deferir o bloqueio, destacando que as peças foram vendidas em um desmanche. Postula inversão do julgado.

Processado o recurso sem preparo (apelante beneficiária da assistência judiciária) e com contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal.

É o resumo do essencial.

Anote-se de início, que a r. sentença apelada foi disponibilizada no DJE de 26/03/2015 e considerada publicada no primeiro dia útil subsequente a esta data, logo, está sob a égide do Código de Processo de Civil de 1973, razão pela qual o recurso será analisado à luz desse diploma legal, o que está em consonância com o enunciado administrativo número 2, aprovado pelo Pleno do C. STJ.

Nada obstante insista a autora na sua ignorância em pormenores da vida em sociedade, bem se vê que, para aquisição do veículo automotor, não teve dificuldades em buscar financiamento bancário para pagamento do preço, ficando o bem onerado em garantia. Utilizou do veículo para as necessidades da família e, quando vitimada por sinistro que acarretou na destruição parcial do bem por incêndio, limitou-se a mantê-lo nesse estado em sua garagem até que o réu, seu vizinho, se interessou em compra-lo, inicialmente para recuperação, mas, depois, para venda de peças ao desmanche diante do alto custo apurado.

Resta claro que, mantido o veículo em cadastro de veículos em circulação no Estado em órgão de trânsito, os tributos e os encargos restaram lançados regularmente, postulando a autora, então, transferência para o nome do réu e com reconhecimento de inexigibilidade dos débitos lançados.

Acesso ao Sumário

Tais pedidos, como anotado na sentença, não guardam pertinência com o sistema positivo, eis que o domínio resolúvel do veículo pertence ao banco que concedeu o financiamento e não há como proceder à mudança da posição contratual de devedora fiduciante sem a concordância desse mesmo credor.

De toda forma, essa não é a questão fundamental, eis que os tributos são devidos apenas em relação aos veículos automotores em condições de uso e circulação com segurança e em regular estado de conservação, podendo, inclusive, utilizar das vias e logradouros públicos. Não era essa a situação do que sobrou do carro após o incêndio que o destruiu em grande parte e, para a autora, bastaria tão somente registrar a ocorrência e postular a baixa do registro do veículo, providências que a liberariam do IPVA e demais encargos.

A convicção que se extrai é que a autora vendeu sucata do veículo e não impôs qualquer condição ao réu, o qual, ciente em momento posterior da existência do ônus real e do alto custo do conserto, optou por vender as peças para um desmanche.

Não vinga assertiva de que na Delegacia houve negativa do registro. O que salta aos olhos é que ali houve orientação para fornecimento do número do chassi, ou seja, bastaria apenas exibição do documento do veículo onde consignados os dados fundamentais, o que não foi feito.

A r. sentença, diante da situação fática exposta, deu solução adequada ao caso.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000330-06.2015.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que é apelante RODOVIAS DAS COLINAS S.A., é apelado TOKIO MARINE SEGURADORA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.652)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação regressiva. Sub - rogação. Aplicação da lei consumerista. Acidente de trânsito. Indenização. Fumaça que invade a pista. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação do serviço. Ausência de qualquer excludente de responsabilidade. Desnecessidade de prova. Cerceamento de defesa não configurado. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra decisão de fls. 158/162, de relatório adotado, que julgou procedente ação regressiva ajuizada por seguradora em face de concessionária de rodovia, condenando a ré ao pagamento de R$ 54.045,39, corrigidos desde a data do desembolso e com juros de mora a partir da citação, como também em custas e despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da autora fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Recorre a ré alegando, preliminarmente, cerceio de defesa, não tendo a chance de provar a existência de excludentes de responsabilidade, já que a sentença decidiu pela sua responsabilidade objetiva. No mérito, afirma que em caso de omissão se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva, sendo necessário provar dolo ou culpa do agente, inexistindo qualquer ação ou omissão de prepostos e funcionários da apelante. Aduz que não se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor, que cumpriu diligentemente com seu dever de vistoriar a rodovia a cada 120 minutos, nos termos do contrato de concessão, e por fim, que a culpa pode ser imputada ao motorista do veículo que colidiu na traseira no veículo segurado, ou do próprio condutor do veículo segurado, não havendo nexo causal e consequentemente, dever de indenizar.

O recurso foi processado em seu regular efeito e respondido, tendo então sido encaminhado ao Tribunal para julgamento.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de ação regressiva ajuizada por seguradora em face da concessionária de rodovia em que se busca o ressarcimento do que desembolsou para pagamento de indenização securitária a segurado envolvido em engavetamento ocorrido na altura do Km 107,5 da rodovia SP-280 - "Castelo Branco", administrada pela concessionária-ré, em que se atribui responsabilidade objetiva pelo evento, decorrente de invasão de densa e escura fumaça na pista, provocada por queimada às margens da pista.

Consoante acima exposto, a presente ação abarca a inquestionável condição de fornecedor de serviços, que deve responder pelos danos causados ao consumidor por defeito na prestação de serviços, nos termos do artigo 14 do

CDC.

E, paga a indenização, sub-roga-se a seguradora nos direitos do segurado, de forma que também lhe é aplicável a aludida lei, conforme vem decidindo o E. STJ:

"*RECURSO ESPECIAL. CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO DE VEÍCULO. MANOBRISTA DE RESTAURANTE (VALET). RUPTURA DO NEXO CAUSAL. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDORA POR SUB-ROGAÇÃO (SEGURADORA). 1. Ação de regresso movida por seguradora contra restaurante para se ressarcir dos valores pagos a segurado, que teve seu veículo roubado quando estava na guarda de manobrista vinculado ao restaurante (valet). 2. Legitimidade da seguradora prevista pelo artigo 349 do Código Civil/2002, conferindo-lhe ação de regresso em relação a todos os direitos do seu segurado. 3. Código de Defesa do Consumidor, agindo a seguradora como consumidora por sub-rogação, exercendo direitos, privilégios e garantias do seu segurado/consumidor. 4. A responsabilidade civil pelo fato do serviço, embora exercida por uma seguradora, mantem-se objetiva, forte no artigo 14 do CDC. 5. O fato de terceiro, como excludente da responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, § 3º, II, do CDC), deve surgir como causa exclusiva do evento danoso para ensejar o rompimento do nexo causal. 6. No serviço de manobristas de rua (valets), as hipóteses de roubo constituem, em princípio, fato exclusivo de terceiro, não havendo prova da concorrência do fornecedor, mediante defeito na prestação do serviço, para o evento danoso. 7. Reconhecimento pelo acórdão recorrido do rompimento do nexo causal pelo roubo praticado por terceiro, excluindo a responsabilidade civil do restaurante fornecedor do serviço do manobrista (art. 14, § 3º, II, do CDC). 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*" (REsp 1321739/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/09/2013)

Ademais, é indiscutível que a existência da alegada falha na prestação de serviço constitui o próprio mérito da ação, valendo consignar, nesse ponto, que o acidente aconteceu em rodovia administrada pela concessionária ré, que responde objetivamente pelos danos causados, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, revelando as provas coligidas ao feito a suficiência dos elementos de convicção para afastar o reconhecimento da almejada culpa exclusiva da vítima, ou ainda, caso fortuito ou força maior, havendo posicionamento claro deste Tribunal.

Acesso ao Sumário

De outra banda, afigura-se totalmente desnecessária a prova testemunhal pleiteada pela ré, tendo em vista que as questões referentes à fiscalização e as medidas tomadas poderiam ser facilmente provadas mediante relatórios de serviços, documentos que se pressupõem presentes em concessionária de

tamanho porte, ausente qualquer cerceio de defesa ou omissão.

Quanto à responsabilidade da ré, já se decidiu:

"*APELAÇÃO* CÍVEL - Ação de indenização por danos morais julgada procedente - Colisão de veículos em rodovia administrada por concessionária - *Cortina de fumaça existente na via - Inconformismo da concessionária ré - Preliminar de ilegitimidade de parte passiva afastada - Responsabilidade da concessionária pela segurança dos usuários consumidores que trafegam nos trechos da rodovia por ela administrada - Responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, eis que a fiscalização contínua da rodovia é risco de sua atividade - Conduta imprudente ou negligente dos usuários envolvidos no acidente não caracterizada - Incontroversa a formação de densa cortina de fumaça na rodovia - Acidente ocorrido em local próximo à praça de pedágio - Concessionária que não tomou as providências necessárias em tempo hábil a alertar os condutores e bloquear o acesso local - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Feito que apresentava condições para julgamento antecipado - Responsabilidade objetiva da concessionária configurada - Nexo de causalidade bem demonstrado nos autos - Excludente de responsabilidade pelo fornecedor de serviço, prevista no art. 14, § 3º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, afastada - A presença de fumaça na rodovia decorrente de queimada é situação inserida no risco da atividade econômica desenvolvida pela concessionária, sendo que eventual discussão a respeito do início da queimada deverá ser travada em ação regressiva - Dano moral configurado - Ocorrência de lesão leve (corte no supercílio) que não minimiza o sofrimento e a angústia frente a um perigo real - Quantum fixado, no entanto, que comporta redução para R$10.000,00, quantia suficiente para reparar o dano imposto, sem caracterizar enriquecimento sem causa - RECURSO PROVIDO EM PARTE.*" (Relator: Sergio Alfieri; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/09/2016; Data de registro: 20/09/2016) (grifos nossos)

E ainda:

"*ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. Cabe à concessionária de serviço público a responsabilidade pelos prejuízos causados em decorrência de acidente de veículo causado por fumaça proveniente de incêndio às margens da rodovia. Inteligência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. Na fixação da indenização pelo dano moral cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, estabelecendo-a em valor nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. 3. Havendo previsão de cobertura no contrato de seguro firmado forçoso reconhecer o dever da denunciada em arcar com o pagamento da indenização arbitrada a título de danos morais mostrando-se descabida a recusa em adimplir com a obrigação assumida. 4. Uma vez presente a contrariedade da companhia de seguros não há se falar*

Acesso ao Sumário

em impossibilidade de pagamento dos encargos sucumbenciais, pois esta não aderiu a tese de defesa do segurado. Sentença mantida. Recursos desprovidos." (Relator: Felipe Ferreira; Comarca: Bebedouro; Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 09/10/2015, grifos nossos).

A inegável responsabilidade objetiva da concessionária que administrava a rodovia, verificada tanto no âmbito constitucional (art. 37, § 6º, CF), quanto legal (art. 14, CDC), torna inviável a modificação do julgado de primeiro grau, sendo patente a demonstração do nexo causal.

Tampouco cabe cogitar-se em culpa exclusiva da vítima, haja vista que prova alguma foi produzida nesse sentido, ônus do qual não se desincumbiu o vencido, restando inconteste a culpa objetiva e única da ré.

Dessa forma, de rigor a manutenção da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000415-30.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado MARIA DO SOCORRO LIMA DA SILVA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32717)**

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

São Paulo, 27 de junho de 2017.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO - CARTÃO DE CRÉDITO - ROUBO DO CARTÃO, COM COMPRAS E SAQUE DEVALORESPORTERCEIROS-DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, COM PLEITO CUMULADO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS

Acesso ao Sumário

MORAIS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Argumentos banco réu que não convencem - Relação de consumo - Aplicação das normas protetivas do CDC - Conquanto, no limite, se pudesse cogitar de culpa da vítima, que confessa ter dito a senha de do cartão a seu noivo diante das pessoas que roubaram sua bolsa, o fato é que o banco não nega que a contratação, em relação ao cartão, de seguro - Banco que, em seu apelo, sequer reafirma sua tese de que o seguro apenas cobria roubo do cartão, não furto - Tese, de todo modo, inconsistente - Cláusula contratual clara, no sentido de que a cobertura abrange tanto a perda ou furto do cartão quanto o saque realizado pelo próprio segurado, quando vítima de roubo, inclusive por meio de coação - Ademais, cuidando-se de relação de consumo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do que determina o art. 47 do CDC - Banco que em seu apelo, sequer argumenta com inexistência de danos morais ou pleiteia expressamente a redução da indenização - Porém, para se evitar desnecessários incidentes, convém assinalar que os danos morais restaram caracterizados, notadamente em razão da negativa do banco em resolver administrativamente a questão, e que a indenização foi bem fixada, considerando-se as particularidades do caso concreto e fins a que se destina, sem exageros, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de cobrança, com pleito cumulado de condenação ao pagamento de indenização por danos morais, movida por **MARIA DO SOCORRO LIMA DA SILVA** em face de **BANCO ITAUCARD S/A**.

Sustentou a autora na que sua bolsa foi roubada e dentro dela estava seu cartão de crédito, que foi utilizada indevidamente por terceiros, para realização de compras e saques. Acrescentou que o banco não reconheceu administrativamente a falha, conduta que lhe causou os danos alegados, máxime considerando que também pagava prêmio de seguro contra roubos e furtos do cartão.

Após regular processamento em primeiro grau de jurisdição, foi proferida sentença de procedência, fixada a indenização por danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformado, o banco réu apela.

Argumenta o apelante que teria havido culpa exclusiva da vítima, porque aduzido na própria inicial ela teria comentado com seu noivo, diante das pessoas que roubaram sua bolsa, qual a senha do cartão de seu cartão crédito. Informa que não houve falhas no seu agir, pois o cartão, provido de chip, é seguro, de modo que "*não há que se falar em clonagem*". Firme em tal argumentação, requer provimento (fls. 80/86).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 93/102).

É O RELATÓRIO.

Não convence o recurso do banco réu.

É fato que a própria autora confessou que, diante das pessoas que roubou sua bolsa, teria dito a senha de utilização do cartão a seu noivo. Suas palavras: "*No momento em que estava na fila da condução dentro do Terminal Ferrazópolis, aonde também se encontrava as ladras atrás da requerente, a mesma confessou com seu noivo que: 'Iriam comprovar as alianças parceladas, sendo um pouco do valor a vista e o restante no cartão, e que ele não deixasse esquecer a senha que era XXXX'*" (fl. 05).

Portanto, no limite, poder-se-ia cogitar de culpa exclusiva da vítima, a afastar o dever de indenizar (CDC, art. 14, II).

Contudo, o caso concreto, guarda particularidades.

Com efeito, a autora também informou na inicial que contratou seguro para proteção financeira para casos da espécie, abrangendo inclusive o furto.

O banco, em sua defesa, diz que, pela leitura de cláusula contratual, o seguro contratado apenas cobriria o roubo do cartão, não furto.

Contudo, em sua apelação, o banco, em observância ao princípio da eventualidade, deveria novamente ter sustentando que o infortúnio não estaria abrangido pela cobertura securitária, mas de tal ônus ele não se desincumbiu.

Ademais, mesmo que assim não fosse, não se poderia mesmo afastar a indenização securitária porque se cuidou de furto, não de roubo.

Deveras, consoante cláusula contratual transcrita por ambas as partes, o seguro teria como objetivo "*garantir ao segurado, RESPEITADO O LIMITE DO CAPITAL SEGURADO, o ressarcimento de valores de transações irregulares ocorridas em consequência de perda, furto e roubo do cartão de crédito ou cartão múltiplo e saques e compras realizadas no cartão de crédito ou cartão múltiplo, pelo segurado, mediante roubo ou coação*" (fl. 50 e outras).

Ora, tal cláusula é clara: a cobertura abrange duas hipóteses: (a) transações

Acesso ao Sumário

irregulares por furto ou roubo do cartão e (b) saques e compras realizadas no cartão, pelo segurado, mediante roubo ou coação.

Note-se que não faz nenhum sentido a tese do banco de que a cobertura se limitaria a roubos, porque assim fosse não haveria porque expressamente de tal cláusula constar o termo furto.

Mais não fosse, cuida-se de relação de consumo, de modo que as cláusulas contratuais deverão se interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do que determina o art. 47 do CDC.

Por fim, fica o registro de que o banco em seu apelo não se bate pelo afastamento da indenização por danos morais, não sustenta que a situação retratada pela autora não lhe teria causado tais danos.

Porém, para se evitar incidentes desnecessários, não há como não se reconhecer a existência de danos morais.

A conduta do banco, que não reconheceu administrativamente a falha, agravou a angústia, a aflição, o desassossego de espírito da autora. Poderia resolver rapidamente a questão, mas não o fez.

Frise-se que o autor procurou resolver a questão administrativamente, inclusive informando que foi roubada e que havia contrato seguro para cobrir tal infortúnio, e realizou boletim de ocorrência policial, narrando os fatos. Mas manteve-se a casa bancária indiferente às agruras vivenciadas pela apelada e, nem mesmo em juízo, reconheceu sua falha.

Ter, em razão de roubo, indevidamente lançado em fatura de cartão de crédito compras e saques que não realizou, procurar o banco rapidamente para resolver o imbróglio, aguardar por tempo além do razoável a solução e nada ser feito, não pode ser considerado mero dissabor, aborrecimento inerente à hodierna vida em sociedade.

Noutras palavras, a situação retratada, fruto da falha na prestação de serviços por parte do réu, causou danos morais ao autor e, portanto, presente o dever de indenizar.

Sobre o tema, precedentes jurisprudenciais.

APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E TUTELA ANTECIPADA - RESPONSABILIDADE DO BANQUEIRO - MÁ QUALIDADE DO SERVIÇO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - RECURSO - DANO MORAL - NEXO CAUSAL - ***SIGNIFICATIVA DEMORA DO BANCO PARA RECONHECER O ERRO E PROCEDER AO ESTORNO*** *- COMPROMETIMENTO DO SALDO QUE FICOU PROVISIONADO NEGATIVAMENTE - DANO MORAL CARACTERIZADO - SÚMULA 479 DO STJ - ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL - RECURSO PROVIDO.* (Apelação 0000546-49.2010.8.26.0020, Rel. Des. Carlos Abrão, j. em

Acesso ao Sumário

5.03.2013, V.U., g.n.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO FIRMADO MEDIANTE FRAUDE. ***1. Indenização por danos materiais e morais decorrentes de contrato de empréstimo consignado firmando por terceira pessoa, mediante fraude, em nome da autora. 2. O dano moral tem natureza*** **"in re ipsa"** ***e, por isso, prescinde de demonstração. Aplicação na espécie da teoria do risco, acolhida pelo art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que responsabiliza aquele que cria o risco com o desenvolvimento da sua atividade independentemente de culpa.*** *3. A indenização neste caso, seguindo a orientação da jurisprudência desta Câmara, deve representar valor proporcional às circunstâncias apontadas e bem se ajusta ao caso o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos a partir do julgamento deste recurso, nos termos da Súmula n. 362 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com juros do evento. Recurso provido.* (Apelação 0181721-27.2010.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 29/01/2013, g.n.).

A ausência de negativação não afasta, por si só, o dever de indenizar, consoante já decidiu este e. Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Apelação 0012225-69.2013.8.26.0625.

De tal julgado impende transcrever a elucidativa passagem:

O fato de a fraude não ter ocasionado inscrição em órgãos de controle de crédito não afasta o dano moral indenizável. Ou seja, há dano moral não só quando ocorre uma inscrição indevida em cadastro de controle de crédito, mas sempre que o consumidor é tratado imotivadamente como devedor *e, ainda, no caso concreto, teve recusado contrato perante outro banco, devido a existência da pendência restritiva nos sistemas do banco réu.*

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência de dano moral em determinadas condutas independentemente da referida inscrição, como é possível verificar nas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça ns. 388 ("A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral") e 370 ("Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque prédatado"). (9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. em 10/06/2014, g.n.).

Basta, renovada as vênias aos partidários de entendimento diverso, que nos imaginemos passando pela situação vivenciada pela autora para que concluamos que o comportamento do réu causou de fato angústia, aflição, desassossego de espírito.

Acesso ao Sumário

Ademais o "*dano moral simplesmente por ser moral, dispensa a sua demonstração e dispensa prova do dano. De maneira que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (danum in re ipsa)*" (Apelação 9205614-73.2005.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Júlio Vidal, j. em 29/09/2009).

O tempo, além do necessário, acima do razoável, despendido pela autora para buscar solucionar a pendência nunca lhe poderá ser devolvido.

Também descabe redução do *quantum* indenizatório. A uma porque tal pleito sequer formulado no apelo e a duas porque não se pode considerar exagerado, considerando-se os fins a que se destina a indenização da espécie e as características do caso concreto, o importe fixado na sentença a tal título.

Ante o malogro do recurso, resta majorada a honorária de sucumbência para R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) (CPC, art. 85, § 11), por equidade, porque diminuta a condenação.

É o suficiente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000197-73.2015.8.26.0369, da Comarca de Monte Aprazível, em que é apelante WENDEL RENA SOLER OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE APRAZÍVEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.292)**

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

São Paulo, 29 de junho de 2017.

GOMES VARJÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação indenizatória. Acidente de trânsito. O município é objetivamente responsável pela reparação dos danos resultantes de acidente ocorrido em razão da falta de sinalização visível na via pública, segundo o preceito do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Hipótese em que a placa de parada

obrigatória encontrava-se coberta pelas folhagens da árvore plantada próxima dela. Como a situação estabelecida na via constituía exceção à regra geral do art. 29, III, "c" do CTB, que prevê preferência do autor no cruzamento, era necessário que essa especificidade estivesse eficazmente sinalizada. Ademais, não há indícios de que o requerente tenha adentrado o cruzamento em alta velocidade ou que dirigia sem atenção. Evidenciados os pressupostos da responsabilidade civil e não tendo o réu demonstrado a ocorrência de alguma excludente, impõe-se reconhecer o dever de indenizar. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 89/90, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação de reparação de danos materiais decorrentes de acidente de trânsito, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor atualizado da causa, observado o benefício da justiça gratuita.

Apela o requerente (fls. 102/113). Afirma que o acidente relatado na inicial foi motivado pela ausência de sinalização de solo e pela falta de visibilidade da sinalização aérea, encoberta por vegetação, em cruzamento de vias públicas. Aduz que a responsabilidade do réu é objetiva, tendo sido sua conduta omissiva a causa determinante do evento danoso, ao não proceder à sinalização de solo e não realizar a manutenção e poda da árvore existente no local, que cobria a única placa existente no local. Assinala que é obrigação da municipalidade implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e equipamentos de controle viário, conforme dispõe o art. 24, III, do CTB. Sustenta que, como não estava visível a sinalização de parada obrigatória, supôs que tinha preferência no cruzamento, nos termos no art. 29, III, "c", do CTB, pois estava à direita do veículo com o qual veio a colidir. Alega que o entendimento adotado pelo MM. Juiz *a quo*, de que todos os carros devem parar em cruzamentos, havendo ou não placa indicativa, não tem base legal e ocasionaria caos no trânsito. Ressalta que as testemunhas ouvidas confirmaram a ausência de sinalização adequada no local. Por isso, requer a reforma da r. sentença.

Recurso contrariado (fls. 117/124).

É o relatório.

Na inicial, o autor afirma que no dia 06.06.2015 trafegava pela Rua José Vanucci com o veículo GM Montana, placas EKO 7472, quando, no cruzamento com a Rua Piratininga, ao convergir à direita, veio a colidir com o automóvel

Acesso ao Sumário

VW Saveiro, placas BHD 1938, conduzido por Valdecir Aparecido Carlos de Araujo. Atribui o acidente à omissão e negligência da municipalidade, que deixou instalar no solo a sinalização de parada obrigatória, em ambas as vias, bem assim permitiu que a vegetação existente no local impedisse a visualização da sinalização aérea. Defendendo a existência de responsabilidade civil objetiva do ente público, pugna pela sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 6.060,00, correspondente aos reparos que custeou em ambos os veículos.

Na contestação de fls. 35/51, o requerido argumenta que o acidente foi motivado exclusivamente pela imprudência e inobservância das normas de trânsito pelo autor, que teria realizado a manobra de forma desatenta. Afirma que o local está devidamente sinalizado, embora a legislação de trânsito nem sequer obrigue a sinalização de todos os cruzamentos. Aduz que, a despeito das árvores, a placa de parada obrigatória é perfeitamente percebida em ambas as direções. Pondera que o autor possivelmente empregava velocidade excessiva no momento da colisão, o que impediu que adotasse as cautelas adequadas. Observa que o fato de o requerente ter arcado com o conserto de ambos os veículos exime a responsabilidade do outro condutor, que foi surpreendido.

Após a réplica (fls. 59/61) e produção de prova oral em audiência (fls. 87/88), sobreveio a r. sentença, que julgou improcedente a pretensão do autor, em suma, por entender que era sua obrigação parar no cruzamento, com ou sem placa indicativa.

Preservada a convicção do MM. Juiz *a quo*, cuido que a lide comporta solução diversa.

A localização dos danos em cada veículo - lateral direita da Saveiro e esquerda da Montana, conforme depoimentos constantes do boletim de ocorrência (fls. 11/12) e orçamentos de fls. 21/26 - confirmam que, quando da colisão, o automóvel do autor estava à direita do carro de Valdemir no cruzamento das Ruas José Vanucci e Piratininga. A afirmação dos condutores de que o requerente seguia no sentido da Av. Antonio Canheo e Valdecir no sentido da Av. Santos Dumont corroboram essa narrativa.

Nesse cenário, em princípio, a preferência realmente era do autor, a teor do que dispõe o art. 29, III, "c", do Código de Trânsito Brasileiro: "*Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...) III - quando veículos, transitando por fluxos que se cruzem, se aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem: (...) c) nos demais casos, o que vier pela direita do condutor*".

Conquanto o planejamento viário urbano elaborado pelo Poder Público possa alterar essa situação, impondo a obrigação de parada obrigatória ao condutor que intercepta o cruzamento pela direita, por constituir exceção à

regra geral, é necessário que essa especificidade esteja eficazmente sinalizada. Caso contrário, os condutores deverão observar a norma prevista no CTB para a hipótese de ausência de sinalização, descrita acima.

No caso em apreço, as fotografias de fls. 27/28, não impugnadas pelo requerido, revelam que não havia sinalização de solo na Rua José Vanucci, por onde trafegava o autor. A placa de parada obrigatória, que realmente existia no local, por seu turno, estava encoberta por árvore plantada na calçada, com vasta folhagem e bem próxima, obstruindo a visão do condutor.

O contexto fático delineado pelos elementos coligidos, portanto, evidencia a conduta omissiva da municipalidade como causa determinante do acidente, haja vista, como já consignado, que a ausência de sinalização plenamente visível ao motorista certamente o fez supor que deveria observar a regra geral do CTB. Aliás, de relevo considerar que a placa era visível lateralmente pelo condutor do veículo VW Saveiro, razão pela qual certamente acreditou que o requerente pararia antes de realizar a manobra de conversão à direita, o que afasta a hipótese de que tenha contribuído culposamente para a ocorrência do sinistro. Ademais, não há indícios de que o autor tenha adentrado o cruzamento em alta velocidade ou que dirigia sem atenção, descumprindo o preceito do art. 44 do CTB.[1]

Oportuno consignar, ainda, que o art. 24, III, da lei de regência incumbe o executivo municipal de implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário. Em acréscimo, o art. 81 do mesmo diploma, que se amolda perfeitamente à espécie, prevê que "*nas vias públicas e nos imóveis é proibido colocar luzes, publicidade, inscrições, vegetação e mobiliário que possam gerar confusão, interferir na visibilidade da sinalização e comprometer a segurança do trânsito*".

Enfim, diante de tais circunstâncias, é desvalioso o argumento do apelado de que teria havido responsabilidade exclusiva do apelante pelo acidente. Nem sequer de culpa concorrente há cogitar, porquanto a única sinalização de para obrigatória no cruzamento estava encoberta pelas folhagens de uma árvore. As características do local, a propósito, recomendavam a instalação de sinalização no solo e/ou colocação da placa na calçada da esquerda, não podendo prevalecer a alegação do município de que nem sequer tinha obrigação de sinalizar o cruzamento, na medida em que a regra geral de preferência foi alterada naquele local, para privilegiar sempre a passagem dos veículos que transitam pela Rua Piratininga.

De rigor considerar, ainda, que a responsabilidade do réu é objetiva, segundo o preceito do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Por essa razão,

1 "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".

Acesso ao Sumário

é suficiente a prova do dano e do nexo de causalidade para se imputar a ele a responsabilidade civil, sendo irrelevante perquirir acerca da existência ou não de culpa na conduta omissiva verificada. Incumbia ao apelado o ônus de demonstrar a ocorrência de alguma excludente de sua responsabilidade, no que não obteve êxito.

Confira-se precedente desta E. Corte em caso semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. Responsabilidade civil do Município. Acidente de trânsito ocorrido em cruzamento de vias locais em que a sinalização vertical regulamentadora de parada obrigatória estava encoberta por árvore plantada sobre o passeio público. Ausência, na época, de sinalização horizontal. Existência de alternativas viáveis e legalmente previstas para a hipótese de comprometimento da sinalização colocada à direita da via pública. No caso de via de mão única é recomendado pelo Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito a colocação da sinalização vertical do lado esquerdo da via e até mesmo em duplicidade, o que não foi feito pelo réu. Possibilidade de colocação de placa de advertência quanto à parada obrigatória, o que não havia na época. Local caracterizado por grande circulação de veículos, com constantes acidentes. Insuficiência em muitas hipóteses, como a dos autos, da regra de preferência do condutor que vem à direita, pois há situações que podem trazer a dúvida ao condutor, pelas características do tráfego ou da via pública. Responsabilidade do Município caracterizada, diante da falha administrativa, que afixou no local placa regulamentadora sem legibilidade e percepção em tempo mínimo suficiente para evitar acidentes, sendo, portanto, ineficiente ou até mesmo ineficaz. Impossibilidade de condenação do réu ao pagamento de valor futuro, incerto e indeterminado, relativo a eventuais cobranças que pudessem ser realizadas por seguradoras dos demais veículos envolvidos. Julgamento "ultra petita" nessa parte também caracterizado, devendo a r. sentença ser reformada nesse ponto. Danos materiais bem delimitados, sendo indevida a pretensa indenização por danos de ordem moral. Recurso da ré parcialmente provido e recurso adesivo do autor não provido. (TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0021559-86.2008.8.26.0566, Rel. Des. OSWALDO LUIZ PALU, j. 31.07.2013)

Por fim, os danos materiais estão devidamente comprovados pelos documentos de fls. 21/26 e não foram impugnados pelo réu, que não apontou um único item dos orçamentos que aparente não guardar relação com os danos alegados em ambos os veículos, ou que tenha um preço superior à média do mercado. Os documentos de fls. 15/16, que também não foram alvo de impugnação, por seu turno, confirmam que o autor arcou com o pagamento dos reparos em ambos os veículos, do que deve ser ressarcido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ R$ 6.060,00,

Acesso ao Sumário

com correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês a partir do evento danoso (06.06.2015), nos termos das Súmulas 43 e 54 do STJ. Em razão da sucumbência, arcará o requerido com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor atualizado da condenação, já considerada, no arbitramento, a verba honorária relativa à fase recursal, nos termos do art. 85, § 1º, do CPC/2015.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010445-95.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO MOREIRA FEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9575)**

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

São Paulo, 28 de junho de 2017.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA DANOS MATERIAIS E MORAIS - Sentença de improcedência da ação - Recurso do requerente - Insurgência - Possibilidade - Roubo de dinheiro nas dependências do Banco requerido - Conjunto probatório dos autos que leva a conclusão que o requerente foi obrigado a realizar saques em sua conta bancária através de ameaças a mão armada - Fatos que ocorreram dentro de agência bancária do Banco requerido, sem qualquer proteção ou segurança que lhe incumbia - Responsabilidade Civil do Banco - Falta de segurança - Ocorrência - Danos materiais devidamente comprovados através de extrato bancário que comprova que o requerente teve taxas administrativas retiradas de sua conta

Acesso ao Sumário

em decorrência dos saques indevidos - Devolução do valor indevido que deve ser feito de forma simples, ante a ausência de comprovação da má-fé que não pode ser presumida - Danos morais - Possibilidade - Responsabilidade Civil objetiva do Banco requerido configurada - Inteligência do artigo 14 do CDC - Fixação no montante de R$ 10.000,00 corrigidos da data da publicação deste acórdão (Súmula 362 do STJ) e juros a partir da citação (artigo 405 do CC/02) - Observação dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade - Disciplina de sucumbência alterada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Recurso à r. sentença de fls. 123/125 que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, condenando o autor ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, corrigido desde o ajuizamento da ação pela tabela prática do E. TJSP.

Recorre o autor pretendendo a reforma do julgado, trazendo argumentos que entendem socorrer seus posicionamentos.

Recurso regularmente processado (fls. 128/140) e respondido (fls. 144/147).

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais movida pelo apelante em face do apelado.

Alega o autor na inicial em síntese que na noite de 27.10.2015, quando estava no caixa eletrônico, foi surpreendido por dois indivíduos armados, que o obrigaram a sacar o valor de R$ 1.500,00, mais R$ 400,00 que utilizaria para fazer um depósito. Pleiteada a devolução junto ao Réu, este concordou em devolver apenas o valor singelo de seu prejuízo, ou seja, R$ 1.900,00. Disse ter sofrido danos materiais no valor de R$ 233,24 (referentes á taxas cobradas e já calculadas em dobro) e ainda danos morais, estes estimados em R$ 15.000,00.

Benefícios da gratuidade deferidos ao autor (fls. 43).

Emenda à inicial às fls. 45.

Em contestação o Banco requerido alega em síntese que ressarciu a parte autora, devolvendo os valores via crédito em sua conta corrente. Sustenta que não houve comprovação do abalo moral, inexistindo a responsabilidade objetiva do requerido.

Réplica a fls. 113/115.

Acesso ao Sumário

Instadas a especificar provas (fls. 116), as partes pediram o pronto julgamento da lide (fls. 118/119 e 120/121).

A r. sentença julgou improcedente o pedido formulado na inicial, nos termos já expostos.

Recorre o requerente pretendendo a condenação do Banco requerido no pagamento de indenização por danos morais, pugnando pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com a responsabilidade objetiva do Banco, uma vez que entende que a Instituição Financeira tem o dever de garantir a segurança e a integridade de todos aqueles que adentram ao seu estabelecimento. Sustenta pela devolução em dobro dos prejuízos materiais relativos às taxas administrativas.

O recurso comporta parcial provimento.

Observa-se à luz dos autos, que o autor teria se dirigido a um caixa eletrônico dentro de uma agência bancária da requerida para realizar um depósito, quando foi surpreendido por dois indivíduos, sendo que um estava armando, obrigando-o a realizar saques nos valores de R$ 1.000,00 e R$ 500,00, da sua conta corrente nº 01012526-1, agência 0725, além do valor do depósito no valor de R$ 400,00, nos termos do Boletim de Ocorrência juntado às fls. 19/20.

O documento anexado às fls. 21 comprovam os saques na data de 27/10/2015, na quantia total de R$ 1.500,00.

Por outro lado o Banco requerido apresenta extrato bancário às fls. 73, comprovando que houve a devolução da quantia de R$ 1.900,00 ao requerente na data de 06/11.

No entanto, o autor entendendo haver responsabilidade do banco réu em proceder a segurança dos seus clientes, pleiteou a reparação do injusto a que fora submetido, pleiteando indenização por danos materiais relativos às taxas administrativas em decorrência dos saques realizados, bem como pelos danos morais sofridos.

Com efeito, aplica-se no caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, a teor da Súmula 297 do STJ ("*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*").

Nessa esteira, verificada a verossimilhança das alegações do autor, caberia ao Banco requerido o ônus da prova no que se refere a comprovação de que os fatos ocorreram fora do estabelecimento bancário e que houve a prestação de serviços de forma segura, a coibir prática de ações delituosas, o que não ocorreu "*in casu*", ônus que o Banco requerido não se desincumbiu, a teor do artigo 6º, VIII do CDC.

Denota-se ainda que instado o Banco requerido a especificar provas nos autos, pugnou pelo pronto julgamento da lide (fls. 122).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, a narrativa apresentada pelo autor é dotada de presunção de veracidade, em virtude que foi lavrado o Boletim de Ocorrência (cf. fls. 19/20) onde narra a forma como fora abordado pelos meliantes.

E, em contrapartida, não restou comprovado pelo banco que tenha agido de forma a coibir a prática ilícita dos agentes criminosos, incorrendo em flagrante negligência quanto à segurança que é por ele devida.

Todavia, como se trata de relação tipicamente consumerista, resta evidente a responsabilidade da instituição financeira pela reparação de eventuais danos ocorridos independe de comprovação de culpa, exigindo apenas o defeito na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre eles, conforme disposto no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, "*in verbis*":

> "**Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.**"

Assim, patente é a responsabilidade objetiva do banco que não prestou de forma correta os serviços que lhe são devidos, que inclui a garantia da segurança de seus clientes e demais pessoas que se utilizam de seus serviços, o que veio a dar causa ao delito cometido e aqui tratado.

Restou caracterizado, desse modo, o nexo causal entre a falta de segurança do banco, com o evento danoso ocorrido, porque diante dessa negligência permitiu que pessoa estranha permanecesse no interior da agência bancária assistindo aos atos praticados pelos correntistas e interessados que ali compareciam, a ponto de poder escolher, eleger, a vítima que melhor lhe aprouvesse.

Dessa forma, tendo o delito ocorrido nas dependências da agência bancária, haja vista a ausência de prova contrária, decorre a legitimidade passiva da Instituição Financeira, sendo portanto, responsável pelo evento diante da deficiência na prestação dos serviços por falha na segurança que a ela incumbia fornecer, o que torna evidente que o agente delituoso estava dentro da agência, e assim pôde cometer o ilícito, obrigando o requerente a realizar saques de sua conta bancária, através de ameaças a mão armada.

Acesso ao Sumário

Assim, na hipótese dos autos restou clara a comprovação dos danos materiais e morais que sofreu o autor, que esteve em situação de grave risco diante do meliante que obrigou o requerente a realizar saques de sua conta bancária, bem como o trauma da situação que por si só já retrata situação aflitiva.

Em que pese o Banco requerido ter ressarcido a parte autora da quantia sacada indevidamente, de R$ 1.900,00 (fls. 73), ainda restaram comprovados nos autos os danos materiais sofridos pelo requerente, conforme fls. 21 dos autos, em virtude de taxas descontadas da conta bancária do autor em decorrência dos

saques indevidos realizados, como Imposto IOF, Seguro de Cheques, Juros e Encargos, totalizando a quantia de R$ 116,56, devendo tal quantia ser devolvida de forma simples.

Pondera-se que embora a r. sentença singular ter afastado os danos materiais com o fundamento de que não houve prova de que as cobranças dessas taxas teriam liame com os saques efetuados contra a vontade do autor, deve ser levado em consideração, "*data vênia*" que pela aplicação do Código do Consumidor, com a devida inversão do ônus probatório (CDC, art. 6º, VIII), teria o Banco o ônus de realizar a prova de que as aludidas taxas não decorreram efetivamente dos saques impostos ao autor pelos malfeitores, uma vez que os saques realizados em sua conta bancária, abrange o período em que foram cobradas as pretendidas taxas.

No entanto, o Banco requerido, nem ao menos menciona um parágrafo sequer em sua contestação no que se refere aos danos materiais perseguidos pelo autor, não rebatendo a cobrança com relação as referidas taxas que foram devidamente comprovadas às fls. 21 dos autos e impugnadas na inicial, fazendo jus portanto, o autor a ser indenizado dos danos materiais, com relação a cobrança indevida das taxas bancárias em sua conta, porém, de forma simples, não em dobro, uma vez que não há nos autos prova clara da má-fé do réu.

Neste sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

"(...) O Juízo a quo decidiu em conformidade ao entendimento sumulado, pois reconheceu o direito à repetição do indébito, porém fixou o reembolso em sua forma simples. O reclamante busca a repetição em dobro do indébito e para tal são necessários dois requisitos, a saber: pagamento indevido e má-fé do credor (...)." (Reclamação nº 8.980 RJ, Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, j.13.6.2012, Decisão Monocrática).

"(...) Acerca da repetição do indébito, firmou-se que é cabível, de forma simples, não em dobro, quando verificada a cobrança de encargos ilegais, tendo em vista o princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor, independentemente da comprovação do equívoco no pagamento, pois diante da complexidade do contrato em discussão não se pode considerar que o devedor pretendia quitar voluntariamente débito constituído em desacordo com a legislação aplicável à espécie. A questão está pacificada por intermédio do enunciado 322 da Súmula do STJ." (AREsp 175170, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, j.29.5.2012, Decisão Monocrática).

Pondera-se que a má-fé não pode ser presumida, devendo haver plena comprovação nos autos para aplicação da repetição do indébito em dobro, o que não ocorreu "*in casu*".

Sendo assim, afasta-se a devolução em dobro, sendo cabível a restituição do valor descontado de forma simples, com atualização monetária a partir de

Acesso ao Sumário

cada desconto indevido, mais juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

No que tange aos danos morais, havendo o reconhecimento da responsabilidade do banco réu pelo delito sofrido pela vítima, é de rigor a condenação do banco a indenizar o autor na quantia de R$ 10.000,00 pelos danos morais sofridos em virtude de atitude negligente da Instituição Financeira.

Nesse sentido:

"Responsabilidade civil - Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais - Saque de seguro de vida em espécie - Herdeiros que foram vítimas de assalto nas dependências da agência - Responsabilidade objetiva - Dano material que deve ser ressarcido - Dano Moral devido - Sentença reformada - Apelo provido." (TJSP - Apelação: 0100779-76.2008.8.26.0003 - 7ª Câmara de Direito Privado - Julgamento: 05/02/2014 - Relator: Ramon Mateo Júnior).

"Apelação. Responsabilidade Civil. Roubo em caixa eletrônico. Fato exclusivo de terceiro ou fortuito externo. Inocorrência. Revelia do réu. Danos materiais e morais configurados. Indenização por danos morais majorada para R$ 10.000,00. Sentença parcialmente reformada. Recurso do autor parcialmente provido, desprovido o do réu." (TJSP - Apelação: 1003259-52.2014.8.26.0565 - 37ª Câmara de Direito Privado - Julgamento: 21/ 07/2015 Relator: Pedro Kodama).

"ATO ILÍCITO - As instituições financeiras respondem objetivamente por danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações, decorrentes do defeito de serviço, resultantes do descumprimento do dever de segurança pessoal e patrimonial dos consumidores, nos locais utilizados na prestação dos serviços bancários, o que compreende não só as agências e estacionamentos a ela vinculados, mas também caixas eletrônicos em terminais de autoatendimento ainda que localizados fora das agências, visto que também vinculados à prestação de serviços bancários - Reconhecimento da existência de falha na prestação do serviço pelo banco, consistente no descumprimento do dever de resguardar a segurança da parte autora, vítima de roubo em estacionamento da agência, mediante uso de arma de fogo. RESPONSABILIDADE CIVIL - Caracterizado o defeito de serviço, consistente em não resguardar a segurança de seu cliente em estacionamento disponibilizado pela agência bancária, no qual foi vítima de roubo mediante uso de arma de fogo, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do réu na obrigação de indenizar a parte autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão. DANO MORAL - O defeito de serviço e o ato ilícito, consistentes em não resguardar a segurança de cliente dentro de estacionamento da agência bancária, na qual o correntista foi vítima de roubo, mediante uso de arma de fogo, configuram, por si só, fato gerador de dano moral, e apresentam

Acesso ao Sumário

gravidade suficiente para causar desequilíbrio do bem-estar e sofrimento psicológico relevante, porquanto capaz de ofender a dignidade e a honra subjetiva dela - Indenização por danos morais mantida na quantia de R$10.000,00, com incidência de correção monetária desde o arbitramento. [...]" (TJSP - Apelação: 0139987-28.2012.8.26.0100 - 20ª Câmara de Direito Privado - Julgamento: 22/08/2016 - Relator: Rebello Pinho).

Dessa forma, no que se refere ao dano moral, o moderno entendimento conduz a que basta a afirmação à lesão a um dos direitos da personalidade, bem como que seja comprovado o nexo causal.

E tais elementos estão devidamente descritos e comprovados, já que é indubitável que o apelante foi vítima de roubo nas dependências da agência bancária, de modo que o dano moral aqui, se presume plenamente.

Assim, no que se refere ao quantum fixado a título de danos morais, é forçoso reconhecer a indenização deve observar os limites da razoabilidade. A ação indenizatória não pode servir para o enriquecimento do ofendido, e tampouco, deve ser fixada em valor ínfimo, devendo servir como forma de repreensão ao ofensor, de modo que não mais repita tal prática e prejudique outrem, devendo ser fixada a indenização com ponderação e equilíbrio adequados.

No entanto, observados os princípios do lenitivo à vitima e desestímulo à reincidências, deve ser fixado o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) que se mostra adequado à necessária compensação dos prejuízos experimentados, sendo capaz de reparar a vítima do evento danoso, desestimulando condutas semelhantes do réu, sem ter o condão de acarretar o enriquecimento ilícito de quem quer que seja, sendo observada a capacidade econômica do ofensor, à luz da teoria do desestímulo.

Por conseguinte, o recurso interposto comporta parcial provimento, devendo ser fixada quantia pelos danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos da publicação deste acórdão (Súmula 362 do STJ), com juros de 1% ao mês a partir da citação (CC, artigo 405), pois, tal valor encontra-se adequado para indenizar os danos morais sofridos em decorrência da falha da prestação de serviço da ré, observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Bem como deve o Banco requerido arcar como pagamento da quantia de R$ 116,56 referente aos danos materiais de forma simples, com atualização monetária a partir de cada desconto indevido, mais juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Deve ainda o Banco requerido arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 15% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §2º do NCPC.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0134016-33.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EMÍLIA SILVA PAGETTI, MARIA FONGARO MONOLI (ESPÓLIO), MADALENA TEREZA DE FRANCO FACCIO, EMÍLIA DE FRANCO, LUIZ DE FRANCO NETO, JAIR VICTOR FONGARO, DEA DE RANIERI, PEDRO FONGARO CALDEIRA e VERA APARECIDA FONGARO, são apelados JOSÉ EURIPEDES SANTANA, MARIA LAESSE MACEDO e RODRIGO DA COSTA MACEDO SANTANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado 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 11.819)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente sem voto), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 4 de julho de 2017.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Processual. Competência recursal. Apelação. Ação pauliana. Matéria, por conta da alusão expressa a demandas de tal natureza no art. 5º, I.26, da Resolução nº 623/13 do TJSP, afeta à 1ª Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras) do E. Tribunal de Justiça de São Paulo. Crédito dos autores derivado de locação imobiliário. Irrelevância de tal aspecto, em se tratando de ação pauliana, para fins de atribuição de competência recursal. Precedente do C. Grupo Especial de Direito Privado. Apelação não conhecida, com determinação de redistribuição.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 238/242 julgou improcedente ação pauliana, ajuizada

por credores quirografários relativamente a contrato de doação celebrado pelo réu José, devedor, no tocante a imóvel de sua propriedade, condenando os autores ao pagamentos das custas e despesas processuais, com honorários advocatícios arbitrados em 10 % (dez por cento) do valor atualizado da causa para o "*patrono de cada réu*".

Apelam os autores (fls. 245/251), insistindo, em síntese, na caracterização de fraude contra credores na espécie e postulando nesse sentido a invalidação do negócio jurídico questionado. Batem-se, em conclusão, pela reforma da r. sentença, com o julgamento de procedência da demanda ou, quando não, com a redução da verba honorária advocatícia.

Tendo em vista a matéria, determinei a imediata remessa do feito ao julgamento virtual.

É o relatório.

Falece atribuição funcional a esta 29ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça para apreciação do recurso.

Com efeito, tomado o critério material de distribuição do trabalho entre as diversas Seções e Subseções deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, nota-se que para a natureza da demanda ora considerada, vale dizer, *ação pauliana*, há regra específica, consistente no art. 5º, I. 26, da Resolução nº 623/2013 do TJSP, que vincula os recursos em litígios dessa ordem às Câmaras dentre a 1ª e 10ª da Seção de Direito Privado, integrantes da Primeira Subseção.

Note-se que a previsão assim lançada toma em conta, pura e simplesmente, o tipo de provimento substancial e seu fundamento central, vale dizer, pretensão desconstitutiva de negócio jurídico fundada na alegação de fraude contra credores, abstraindo por completo qualquer consideração no tocante à origem da dívida cuja futura execução se pretenda indiretamente resguardar (não fosse assim, ficaria esvaziada a associação genérica da ação pauliana à Primeira Subseção de Direito Privado, pois em qualquer caso, para a determinação da competência recursal, seria preciso indagar primeiro a que título é credor o autor da demanda).

É indiferente, pois, a circunstância de no caso dos autos o crédito dos autores-apelantes derivar de contrato locação imobiliária, mesmo porque, ocioso dizer, não é esse contrato o que se discute, não girando o litígio sobre relativa a "*locação de bem móvel ou imóvel*" (como reza, em relação à competência das Câmaras integrantes da 3ª Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal, o art. 5º, III.6, da referida Resolução nº 623/2013).

Nessa linha, recente precedente do C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal:

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação pauliana - Competência preferencial da Primeira Subseção de Direito Privado - Art. 5º, I, item*

I.26, Resolução 623/2013 TJ/SP - Conflito de competência procedente para fixar a competência da 7ª Câmara de Direito Privado.

(...)

No caso em tela a autora pretende anular a compra e venda de um imóvel sob o fundamento de que teria havido fraude contra credores.

E, nos termos do art. 5º, I, item 'I.26' da Resolução nº 623/2 013, compete à Primeira Subseção de Direito Privado conhecer e julgar 'ações paulianas'.

Em que pese as partes terem firmado contrato de parceria comercial com cláusula de alienação fiduciária do imóvel alienado, certo é que referida questão é somente acessória ao deslinde da causa, devendo ser reconhecida a competência da Câmara Suscitada." (Conflito de Competência nº 0082802-36.2015.8.26.0000, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, j. 10/3/2016)

É certo que já houve anterior aceitação da competência por esta C. 29ª Câmara de Direito Privado, em relação ao anterior recurso de apelação interposto pelos autores contra a r. sentença de fls. 121/126, sendo o recurso em questão, que resultou na anulação da decisão em tais termos apelada, julgado em 24/9/14, com relatoria do eminente Juiz Hamid Bdine (cf. v. acórdão de fls. 168/173).

Mas, à luz da já citada regra do 5º, I.26, da Resolução nº 623/13 do TJSP, além dos demais argumentos expostos, diverge-se do entendimento tácito ali manifestado, valendo ressaltar que, conforme jurisprudência pacífica do C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado (v., por todos, CC nº 0058258-47.2016.8.26.0000, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 6/12/16), a aceitação equivocada de competência, por critérios materiais, não previne a competência do órgão para futuros recursos advindos da mesma demanda ou de outras a ela conexas.

Ante o exposto, **não se conhece** da apelação, determinando-se a remessa dos autos por redistribuição a uma das C. Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004953-56.2016.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante JACONIAS DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

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 23452)**

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

São Paulo, 6 de julho de 2017.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TV A CABO - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - Inadimplemento contratual que, por si só, não enseja a reparação por danos morais - Danos morais não caracterizados, constituindo os fatos mero dissabor e aborrecimento que não atingem patamar indenizável. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **JACONIAS DE JESUS** contra a respeitável sentença de fl. 73 que, nos autos da ação de indenização por danos morais que move contra **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.**, julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$1.000,00, ressalvada a gratuidade da justiça deferida.

Irresignado, **apela o autor** (fls. 76/79), alegando, em síntese, que adquiriu pacote de TV da ré, porém, o serviço nunca foi adequadamente disponibilizado. Mesmo após inúmeras reclamações, a apelada ainda continuou enviando cobranças referentes ao serviço não prestado adequadamente, inclusive debitando o valor de R$115,85 em sua conta corrente.

Pugna pelo provimento recursal, para que a ré seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Houve contrariedade ao apelo (fls. 83/90), em defesa do desate da controvérsia traduzida na sentença recorrida.

É o relatório, passo ao voto.

O autor ajuizou a presente ação de indenização por danos morais, afirmando, em resumo, que a despeito de decorridos dois meses da contratação de pacote de televisão a cabo, não houve a efetiva prestação de serviços pela ré.

Acesso ao Sumário

Asseverou que recebeu incessantes cobranças da ré, sob ameaça de negativação de seu nome, sendo que a apelada, inclusive, debitou em seu cartão de crédito a importância de R$115,85 por erro do sistema.

Delineada a situação fática, o recurso não merece ser acolhido.

Pacífico na jurisprudência do **C. Superior Tribunal de Justiça**[1] que o mero inadimplemento contratual, por si só, não é capaz de gerar reparação por dano moral, sendo necessária a prova de que, de tal conduta, tenha havido lesão à personalidade. No mesmo sentido, trilha a jurisprudência **desta E. Corte**[2].

Na hipótese dos autos, não houve prova pela parte autora que demonstrasse excepcional abalo psicológico, ou ofensa à honra, devendo os fatos narrados ser considerados mero dissabor ou aborrecimento, incapaz de ensejar reparação por danos morais.

Cumpre ressaltar que, no caso em análise, o nome do autor não foi incluído nos cadastros de inadimplentes, bem como nas anotações das ligações do autor (fls. 69/72) não consta nota referente a pedido de cancelamento do serviço. De mais a mais, na exordial o autor não pleiteia a rescisão contratual, tampouco a repetição do indébito, limitando-se ao pedido de indenização por danos morais.

Como bem apontou o i. Magistrado sentenciante:

"***O autor não postula a rescisão contratual, não requer a devolução do valor supostamente indevido ou a declaração do indébito. Da minuciosa anotação do autor de todas as chamadas realizadas, não consta o pedido de cancelamento do serviço (fls.69/72). Ora, o nome do autor não foi incluído no rol de maus pagadores e a existência de cobrança, enquanto não formalizado o cancelamento do serviço, não representa qualquer ofensa a direito de personalidade, razão pela qual não se cogita de indenização alguma***" (fl. 73).

Logo, de rigor, o improvimento recursal.

No fecho, fixados os honorários advocatícios em primeiro grau no valor de R$1.000,00 a favor do patrono da ré, com correção desde aquela sentença, nos termos do §11 do art. 85 do Código de Processo Civil, arbitro em R$500,00 seus honorários, estes com correção a partir deste julgamento.

Isso porque, com relação aos honorários recursais previstos no §11 do art. 85 do CPC de 2015, estes se aplicam aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, em observância ao Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso**

Acesso ao Sumário

1 RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.627/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 06/12/2016.

2 TJSP. Apelação nº 10862-69-65.2013.8.26.0100. Relator(a): Flavio Abramovici; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/08/2016; Data de registro: 01/08/2016.

interposto, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012745-37.2012.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SAO PAULO - COSESP, é apelado ADELORES DE LAIA BOTELHO (INTERDITO(A)).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27889)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2017.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO ÂNUA - NÃO OCORRÊNCIA EM RAZÃO DA INCAPACIDADE ABSOLUTA DO AUTOR.

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE - DOENÇA PREEXISTENTE - OMISSÃO DO SEGURADO NO PREENCHIMENTO DA PROPOSTA - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A DOENÇA OMITIDA E A QUE ACARRETOU O SINISTRO - MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA - INDENIZAÇÃO DEVIDA.

A má-fé, enquanto elemento justificador da negativa do direito ao seguro, se caracteriza pela intenção de enganar o segurador, vale dizer, quando o segurado, consciente e dolosamente, viola o dever de lealdade contratual, prestando informações falsas ou omitindo fatos relevantes, fazendo-o com o nítido propósito de ocultar dados que sabe que, se conhecidos pela seguradora, o contrato, ou não teria sido celebrado, ou o teria sido em bases diversas. Simples inexatidão

Acesso ao Sumário

das informações prestadas pelo segurado, ainda que capazes de influir na proposta ou valor do prêmio, não conduz à isenção do pagamento da cobertura contratada, sendo mister a prova, a cargo da seguradora, de ter o segurado agido de má-fé.

INDENIZAÇÃO DE SEGURO POR INCAPACIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O PEDIDO ADMINISTRATIVO - POSSIBILIDADE - MERA PRESERVAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NO CONTRATO.

VERBA HONORÁRIA - CONDENAÇÃO NO PERCENTUAL MÁXIMO PREVISTO NO ARTIGO 20 DO CPC/73 - DESCABIMENTO - CAUSA DE BAIXA COMPLEXIDADE - REDUÇÃO PARA 10% - POSSIBILIDADE - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente ação fundada em contrato seguro por incapacidade total e permanente para condenar a seguradora/ré ao pagamento de R$ 54.029,65, corrigido a partir do pedido administrativo (outubro de 2004), acrescidos de juros de 1% ao mês a partir da citação, além das custas, despesas e honorários de 20% sobre o valor da condenação.

A seguradora renova preliminar de prescrição ânua, alegando que a aposentadoria por invalidez ocorreu em 15 de abril de 2000, o pedido administrativo em 11 de outubro de 2004 e a ação só foi ajuizada em outubro de 2012.

No mérito diz que não há provas da incapacidade total e permanente do segurado e que sua patologia pode ter nexo de causalidade com doença preexistente à contratação do seguro, omitida dolosamente no momento da realização da proposta (art. 765, 766 CC).

Subsidiariamente, pretende a redução dos honorários e que o valor da condenação seja corrigido a partir do ajuizamento da ação, por tratar-se de débito resultante de demanda judicial (§2º do art. 1º da Lei 6899/81).

O recurso foi processado no duplo efeito e com parecer da Procuradoria Geral da Justiça, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A preliminar deve ser rejeitada, uma vez que foi afastada em primeiro

Acesso ao Sumário

grau sob o fundamento de que não corre prescrição contra a autora por ser pessoa absolutamente incapaz e tal fundamento não foi objeto de impugnação no presente recurso.

No mérito o recurso merece parcial provimento.

Cuida-se de ação de cobrança de seguro de acidentes pessoais em razão da incapacidade do autor acometido por doença mental grave (Mal de Alzheimer) que lhe acarretou incapacidade total e permanente para o desenvolvimento das atividades civis.

Frise-se que a incapacidade está devidamente comprovada não só pela concessão de aposentadoria, datada de 15.04.2000, mas principalmente pela sentença declaratória proferida em novembro de 2009, que reconheceu a incapacidade civil absoluta do requerente em processo de interdição, com base no laudo pericial copiado às fls. 166.

É fato que o segurado, ao preencher a proposta de seguro de vida e acidentes pessoais em grupo, feito em 26.05.1997(fls. 68), respondeu negativamente a todos os quesitos-padrão pertinentes às suas condições de saúde.

Segundo a seguradora, à época da contratação, o segurado já apresentava problemas de hipertensão arterial, faltado ele com a boa-fé quando do preenchimento da proposta, ocasionando a incidência da regra de perda de direito ao seguro, inserta no *caput* do artigo 766 do CC[1].

Contudo, segundo o laudo pericial copiado às fls. 166, a doença que incapacitou o segurado tem origem degenerativa, não havendo, por conseguinte, nenhuma relação com a hipertensão arterial omitida na proposta de seguro.

Cediço, ainda, que a má-fé, enquanto elemento justificador da negativa do direito ao seguro, se caracteriza pela intenção de enganar o segurador, vale dizer, quando o segurado, consciente e dolosamente, viola o dever de lealdade contratual, prestando informações falsas ou omitindo fatos relevantes, fazendo-o com o nítido propósito de ocultar dados que sabe que, se conhecidos pela seguradora, o contrato, ou não teria sido celebrado, ou o teria sido em bases diversas.

Assim, não é simples inexatidão das informações prestadas pelo segurado, ainda que capazes de influir na proposta ou valor do prêmio, que conduz à isenção do pagamento da cobertura contratada - tal hipótese importaria apenas rescisão do contrato ou readequação do prêmio, conforme dispõe o § 1º[2] art. 766 CC.

1 Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. ... ...

2 Art. 766. ... ... Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

Acesso ao Sumário

Mister a prova, a cargo da seguradora, de ter o segurado agido de má-fé, fato que não ocorreu no caso dos autos, não havendo motivo para afastar o direito ao recebimento da indenização.

Quanto à correção monetária, considerando que sua incidência apenas preserva o valor da indenização expressamente prevista no contrato, não há dúvida deva incidir a partir do momento em que houve o pedido administrativo para seu pagamento, nada justificando postergar sua aplicação para a data do ajuizamento da ação, sob pena de violação do artigo 884 do Código Civil, que veda o enriquecimento ilícito.

Contudo, assiste razão à apelante quanto à redução dos honorários sucumbenciais.

A natureza da causa não oferece complexidade para que sejam fixados os honorários no limite máximo fixado pelo Código de Processo Civil. Assim, observados os demais critérios elencados nas alíneas das alíneas "a", "b" e "c" do art. 20, § 3º, do CPC vigente à época da prolação da sentença, reduzo os honorários para 10% sobre o valor da condenação, quantia adequada e suficiente para remunerar com dignidade o trabalho desenvolvido pelo advogado do autor.

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso para** reduzir para 10% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000577-13.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante MARIA ELISA FERREIRA DE ABREU SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados LATICÍNIOS CAROLINA LTDA. e ROLDÃO AUTO SERVIÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 07.401 - digital)**

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

São Paulo, 6 de julho de 2017.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA - Ação indenizatória - Aquisição de bebida láctea que conteria inseto -

Desacolhimento - Recurso da autora objetivando indenização por dano extrapatrimonial - Prejuízo não evidenciado à vista dos fatos articulados na petição inicial - Ausência de comprovação material do fato, ante a falta de sujeição do produto à perícia - Constrangimento momentâneo, de qualquer forma, com a constatação do fato, sem maior repercussão a nível psicológico para o homem comum - Sentença mantida - Recurso Improvido, com observação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 247/252, que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral, condenando a autora no pagamento das custas processuais, fixados os honorários advocatícios em 10% do valor da causa, com a ressalva do benefício da gratuidade.

Apela a autora postulando a reforma da sentença, para a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, pelo constrangimento sofrido, ao ver sua filha se surpreender com corpo estranho (inseto) no interior de bebida láctea, adquirida e/ou fabricada junto às rés. Argumentava ter havido troca de correspondência eletrônica entre as partes e apresentação de fotografias comprovando o fato. Daí pretender receber o valor de R$ 20.000,00, a título indenizatório.

Recurso tempestivo, com isenção de preparo e contrariado por ambas as rés.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

O apelo não comporta acolhimento.

Alegava a autora que, em 9.10.2013, adquirira do Supermercado Roldão Comércio de Alimentos Ltda., uma bebida láctea da marca Carolina Laticínios, no valor de R$ 1,99 (fls. 20). Relatou que o produto em questão se tratava de iogurte de morango, vendido em bandeja com seis unidades, e que sua filha abriu a bebida para consumo e quando colocou a colher na embalagem percebeu a presença ali de inseto. Afirmava ter feito reclamação ao SAC, sem sucesso, razão do pleito indenizatório por prejuízo moral.

A ação foi desacolhida, afastada a indenização por dano moral, porque não evidenciada lesão à esfera subjetiva da autora e esta solução deve prevalecer.

Agora nas razões do apelo se afirma "ofensa à honra da apelante em decorrência de ato indevido, arbitrário e ilegal promovido pelas apeladas." (*sic*, f. 262).

Primeiro, como verificado em sentença, nem sequer há prova material do fato, eis que não submetido o produto à perícia. A prova ficou restrita ao relato

Acesso ao Sumário

autoral, ainda que se faça referência a correspondência eletrônica emanada da autora.

Ademais, ainda que assim não fosse, não se está diante de situação de gravidade tal, que tenha ocasionado à autora padecimento moral. O próprio relato da apelação não induz a conclusão contrária.

Não se duvida que para algumas pessoas a visão de "corpo estranho" em produto alimentício pode causar asco ou sensação desagradável, mas isto, por si só, não chega a nível de sofrimento moral, que comporte indenização, tal como pleiteada.

Seria lícito um pedido de ressarcimento pelo valor do produto e despesas daí decorrentes, mas ele não foi formulado.

E pergunta-se onde foi abalada a honra, o bom nome, a reputação da autora? E ainda qual a extensão do abalo psicológico sofrido para o homem comum?

E tanto isto se evidencia que as razões recursais se fundam, basicamente, na necessidade de sancionar as rés, compensando a autora com uma indenização.

Em julgamento recente no STJ assim se decidiu:

"*Agressão ou atentado aos direitos de personalidade. Necessidade de reavaliação da sensibilidade ético-social comum na configuração do dano moral. Inadimplemento contratual ou vício do produto não causa, por si, danos morais"* (Recurso Especial nº 1.637.266-BA, j. 1º.12.2016, rel. Min. Nancy Andrighi).

"*O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige*" (Recurso Especial nº 714.611/PB, Relator Ministro César Asfor Rocha, j. 12.09.2006).

Acrescem-se, aqui, os precedentes mencionados na r. sentença:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EMBALAGEM DE MOLHO DE TOMATE CONTENDO CORPO ESTRANHO - Pretensão indenizatória fundada no consumo de produto que causou indisposição estomacal. Julgamento antecipado. Cerceamento de direito não caracterizado. Desnecessidade de produção de prova pericial para exame do objeto estranho preservado pela consumidora. Impossibilidade de aferir as condições de armazenamento do produto, a data em que foi aberta a embalagem e se o corpo estranho de fato encontrava-se em seu interior. Ausência de requerimento de prova testemunhal. Produto dentro do prazo de validade. Documentos trazidos pela apelada que demonstram a impossibilidade da existência de produto estranho antes do fechamento. Ausência de impugnação. Ausência dos requisitos do dever de indenizar. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Processo: 00304766420138260196 - SP, 0030476-

Acesso ao Sumário

64.2013.8.26.0196. Relator(a): Alexandre Marcondes. Julgamento: 20/05/2014. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 22/05/2014)

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINARES ARGUIDAS AFASTADAS. Alegação de existência de objeto estranho no interior de embalagem de gel dental fabricado pela ré. Não comprovação de defeito no produto. Impossibilidade de se aferir a origem do objeto. Ônus da prova. Ausência de prova consistente de fato constitutivo do direito do autor, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Objeto encontrado no interior da embalagem que se mostra de pequena magnitude, sendo incapaz, em tese, de gerar abalo emocional caracterizador de dano moral. Não configuração da responsabilidade civil. Nega-se provimento ao recurso. (Processo: APL 00160415320118260003 – SP, 0016041-53.2011.8.26.0003. Relator(a): Christine Santini. Julgamento: 25/11/2014. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 26/11/2014).

"RESPONSABILIDADE CIVIL. INGESTÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. CERVEJA CONTENDO CORPO ESTRANHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PRODUTO DEFEITUOSO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Apelação do autor contra a sentença que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral, decorrente de ingestão de produto impróprio para consumo fornecido pela ré. 2- O autor afirma ter ingerido cerveja contendo elemento estranho à composição de seu produto. Após alguns dias, teve problema de saúde derivado da bebida contaminada. Diante disso, postula indenização por danos morais. 3- No caso concreto, não restou evidenciado que a cerveja fabricada e distribuída pela ré tinha em seu interior objeto que tornava o produto impróprio para consumo. Ausência de configuração dos pleiteados danos morais. 4- Sentença de improcedência mantida. 5- Agravo retido prejudicado. Recurso não provido. (Processo: APL 00023428420088260266 - SP, 0002342-84.2008.8.26.0266. Relator(a): Alexandre Lazzarini. Julgamento: 04/11/2014. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 05/11/2014.)

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PROCEDENTE. INSURGÊNCIA DA EMPRESA RÉ. ACOLHIMENTO. Danos morais decorrentes de suposta lagartixa encontrada no interior de lata de refrigerante. Não configuração. O autor não se desincumbiu de seu ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Fragilidade e inconsistência dos argumentos apresentados. Ausente abalo à honra. Recurso adesivo do autor prejudicado. Recurso da ré provido. (Processo: APL 00448304520108260602 - SP, 0044830-45.2010.8.26.0602. Relator(a): Mary Grün. Julgamento: 06/08/2015. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 06/08/2015)."

Enfim, não encontra sustentação o inconformismo, devendo prevalecer a solução adotada pela r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, pois bem examinou a matéria de fato e de direito trazida à discussão.

Por estas razões, meu voto nega provimento ao recurso, elevados os

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios fixados para 15% do valor da causa, com a ressalva do benefício da gratuidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011244-60.2016.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes SOCIEDADE ADMINISTRADORA E GESTÃO PATRIMONIAL LTDA. e JOSÉ FERNANDO PINTO DA COSTA, são apelados FUAD SAID MADI, FARID SAID MADI e YSAM SAID MADI.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.451)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Locação não residencial - Embargos à execução - Contrato de Locação - Título executivo extrajudicial - Termo final de responsabilidade pelo pagamento de aluguéis e encargos da locação - Efetiva devolução do imóvel ao locador - Honorários advocatícios - Não subsunção do caso às hipóteses que permitem a fixação por equidade. Quanto à caracterização do contrato de locação como título executivo extrajudicial, cuida-se de instrumento expressamente previsto em lei como título executivo, dispondo o artigo 784, VIII, do Código de Processo Civil que "o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio" (CPC/1973, art. 585, V), não se exigindo que o contrato de locação tenha sido subscrito por duas testemunhas para que valha como título executivo extrajudicial. Sendo a restituição uma

Acesso ao Sumário

prestação positiva de responsabilidade do locatário, imposta pela lei, e estando devidamente demonstrado no processo que o imóvel não foi devolvido ao locador na antes de maio de 2016 há de refutar-se a pretensão dos embargantes de verem sua obrigação limitada até abril daquele ano. O arbitramento, por equidade, dos honorários advocatícios é excepcional e está limitado aos casos estabelecidos no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil atual. Apelação desprovida.

VOTO

Vistos.

A respeitável sentença de fls. 106/110, proferida em embargos à execução, julgou procedente em parte o pedido "*apenas para o fim de determinar que os embargados apresentem novos cálculos dos valores devidos, considerando o confesso equívoco no que tange à mensalidade vencida em 10/02/2016, reconhecendo por correta a cobrança dos demais valores*". Considerando-se que os embargantes sucumbiram em maior parte, foram eles condenados ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em dez por cento do valor da "condenação".

Em apelação a embargante arguiu, em síntese, que é instituição de ensino superior dependente dos repasses feito pela União e pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE); que recentes alterações feitas no FIES restringiram o acesso de novos alunos ao programa e modificaram "*a forma de repasse dos valores dos valores referente às prestações de serviços*" (fl. 126); que, assim como as demais instituições de ensino, vem sofrendo diversos prejuízos, situação que teria impossibilitado a quitação dos valores relativos à locação; que o contrato de locação que dá lastro à execução não seria título executivo judicial, não estando assinado por duas testemunhas, tendo havido alteração; que o contrato não é apto a "*mostrar prontamente exigível a obrigação contida no título*" (fl. 128); que há excesso de execução, pois os locadores "*sempre se valiam de desculpas diferentes para não procederem com o recebimento das chaves*" (fl. 129), o que exigiu o depósito judicial das chaves em 13 de julho de 2016, não sendo devidos os valores atinentes ao período no qual os embargos se recusaram a receber as chaves; que não podem compreender o valor do débito os locativos referentes a maio e junho de 2016; que a recusa de recebimento das chaves pelos locadores foi injustificável; que os honorários advocatícios devem ser reduzidos, cabendo a fixação por equidade (fls. 123/136).

Vieram contrarrazões pelo desprovimento do recurso, com pleito de majoração dos honorários advocatícios (fls. 141/142).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

No tocante às alterações eventualmente realizadas pelo Governo Federal no programa FIES, há de ressaltar-se que não se trata de fato que possa influir na relação locatícia.

Consoante a lição de Fernando Noronha, recai "*sobre quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para produção ou a circulação de bens ou serviços, a obrigação de arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo (**risco de empresa**)*", acrescentando que "*os riscos de cada atividade devem ficar com a pessoa que a realiza*" (*Direito das Obrigações*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, págs. 363 e 458, respectivamente).

Na mesma linha de raciocínio, lê-se na obra de Gildo dos Santos:

> "A propósito, o êxito e os altos lucros do comércio explorado no imóvel ou as dificuldades econômico-financeiras do locatário não podem pesar na fixação do aluguel, que é retribuição, em dinheiro, que o comerciante deve fazer pelo uso de prédio alheio". De tal modo, 'eventual queda no ramo de comércio do locatário em nada interfere na fixação do valor do aluguel em renovatória de locação. Este leva em conta a renda obtida com o capital representado pelo prédio e os aluguéis praticados em outros imóveis' (2º TACivSP - Rel. Boris Kauffmann - *RT 661/118*)." (*Locação e Despejo: Comentários à Lei 8.245/91*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2011, pág. 570)

Atuando no ramo de prestação de serviços de educação, a coembargante Sociedade Administradora deve cumprir a obrigação que assumiu ao receber o imóvel dos embargados em locação, não lhe favorecendo nem afastando sua mora as modificações que a União haja promovido em programas governamentais.

Quanto à caracterização do contrato de locação como título executivo extrajudicial, cuida-se de instrumento expressamente previsto em lei como título executivo, dispondo o artigo 784, VIII, do Código de Processo Civil que "*o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio*" (CPC/1973, art. 585, V) é título executivo extrajudicial.

Ao contrário do que arguem os embargantes, não se exige que o contrato de locação tenha sido subscrito por duas testemunhas para que valha como título executivo extrajudicial, bastando que os próprios contratantes o tenham assinado, como exsurge claramente do dispositivo legal mencionado.

Assim, tendo o contrato o atributo de título executivo, que retrata obrigação líquida, certa e exigível (CPC/2015, art. 783; CPC/1973, art. 586), o credor pode intentar execução com base nesse instrumento.

É o entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ASSINATURAS DE DUAS TESTEMUNHAS. DESNECESSIDADE.

1. O contrato de locação não precisa estar assinado por duas testemunhas para servir como título executivo extrajudicial.

2. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp nº 970.755/RS, Quarta Turma, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 21.03.17, DJe de 07.04.17, v.u.)

"RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA 'A'. Contrato de locação. Título executivo extrajudicial. Art. 585, IV, do Código de Processo Civil. Desnecessidade de vir acompanhado pela assinatura de duas testemunhas (art. 585, II, CPC), bastando que esteja subscrito pelos próprios contratantes. Precedentes da corte.

1 - Constitui título executivo extrajudicial o contrato de locação, ainda que não subscrito por duas testemunhas (art. 585, IV, do Código de Processo Civil).

2 - Recurso não conhecido." (REsp nº 174.906/SP, Sexta Turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, j. em 19.08.99, DJ de 06.09.99, v. u.)

"RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESNECESSIDADE DE VIR ACOMPANHADO PELA ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS (ART. 585, II, CPC), BASTANDO QUE SEJA SUBSCRITO PELOS PRÓPRIOS CONTRATANTES.

Recurso conhecido e provido para ter continuidade a execução." (REsp 578.355/BA, Quinta Turma, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. em 28.09.04, DJ de 25.10.04, v.u.)

No tocante ao termo final de responsabilidade dos executados pelo pagamento dos aluguéis e encargos da locação, há de considerar-se que as partes pactuaram um acordo em ação de despejo no qual ficou consignado que o parcelamento do débito reconhecido nesse instrumento ocorreria até fevereiro de 2016 e que a locação duraria até esse mês (fls. 52/55). Dispôs-se em tal acordo, também, que em fevereiro de 2016 a locatária desocuparia o imóvel ou as partes celebrariam novo contrato de locação.

Não observando corretamente os termos do acordo referido, somente em 28 de março de 2016 a locatária notificou os locadores de que não daria continuidade à relação locatícia (fls. 61/63), não informando, todavia, a data em que desocuparia o imóvel.

Depreende-se dos *emails* copiados às fls. 40/41 que, entre 29 de abril e 10 de junho de 2016, as partes vistoriaram o imóvel, inexistindo controvérsia quanto a não ter havido a devolução do imóvel no dia da vistoria.

Na mensagem eletrônica de fl. 41, remetida em 10 de junho de 2016, constata-se que representante da locatária se comprometeu a sanar problemas

Acesso ao Sumário

existentes no imóvel para, em 13 de junho de 2016, restituir o bem aos locadores. Inequívoco, portanto, que até 10 de junho de 2016 o imóvel ainda estava na posse da locatária, razão pela qual não se pode acolher a tese dos embargantes de que, a partir de maio de 2016, os locativos não seriam mais devidos.

Ao celebrar contrato de locação, o locatário assume a obrigação de restituir o imóvel ao locador, findo o prazo de vigência previsto para sua duração. É o inquilino, então, o devedor dessa prestação, da qual se desincumbe com a efetiva devolução do bem ao locador. Sílvio de Salvo Venosa, com peculiaridade, enfatiza tal dever imposto ao inquilino:

> "A obrigação de restituir, englobada pela lei dentro das obrigações de dar coisa certa, é aquela que tem por objeto uma *devolução* de coisa certa, por parte do devedor, coisa essa que, por qualquer título, encontra-se em poder do devedor, como ocorre, por exemplo, no comodato (empréstimo de coisas infungíveis), na locação e no depósito." (*Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2008, págs. 64/65).

Sendo a restituição uma prestação positiva de responsabilidade do locatário, imposta pela lei, e estando devidamente demonstrado no processo que o imóvel não foi devolvido ao locador na antes de maio de 2016 há de refutar-se a pretensão dos embargantes de verem sua obrigação limitada até abril daquele ano.

Em sentido conforme ao desenvolvido, Maria Helena Diniz ensina:

> "Finda a locação, o locatário deverá restituir o imóvel alugado, devidamente reparado, devolvendo a posse direta ao locador, mediante a entrega das chaves (tradição simbólica). Esse ato simbolizará a passagem do prédio locado do senhorio ao uso do locatário, no início do pacto locatício, e do locatário para o locador, no final da locação." (*Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 149)

Expressivos os julgados desta Corte, abaixo transcritos, no que se refere à persistência da responsabilidade do locatário e do fiador pelo pagamento do aluguel e encargos até que suceda a inequívoca devolução do imóvel ao locador:

> "LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA DE ALUGUÉIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CABIMENTO. ABANDONO DO IMÓVEL. EFEITO LIBERATÓRIO. IMPRESCINDÍVEL ATO FORMAL DE DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. ISENÇÃO DE PAGAMENTO DE ALUGUEL. PROVA. ÔNUS DE QUEM ALEGA. MULTA CONTRATUAL E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. Cabe o julgamento antecipado da lide quando as questões suscitadas são resolúveis exclusivamente por meio de prova documental. **Não demonstrada a efetiva entrega das chaves do imóvel, incumbência**

Acesso ao Sumário

do locatário, permanece o vínculo locativo, respondendo ele por todas as obrigações contratuais até o cumprimento do mandado de constatação e imissão na posse do imóvel. A regra é a força obrigatória dos contratos princípio *pacta sunt servanda*. Locatário que não honra o contrato desde o vencimento do primeiro aluguel não pode valer-se da redução da multa compensatória ajustada em valor não manifestamente excessivo, pois somente se admite o desconto se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte. A previsão de honorários advocatícios, no caso de cobrança judicial, encontra guarida no art. 62, inc. II, d, da Lei n.º 8.245/91. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido." (Apelação nº 0020209-79.2010.8.26.0344, 27ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Gilberto Leme, j. em 11.02.14, v. u., negritos deste relator)

APELAÇÃO - AÇÃO CONSIGNATÓRIA - CONTRATO DE LOCAÇÃO - Pretensão à declaração de liberação das obrigações de pagamento de multa pela rescisão antecipada e entrega das chaves - Após complementação dos valores, a obrigação concernente à multa foi satisfeita - Entretanto, diante do oferecimento de valor inferior, a recusa foi justa, e o reconhecimento de extinção dessa parte da obrigação não implica sucumbência dos locadores - **Entrega das chaves não efetivada - Fala-se comumente que a extinção da obrigação dos pagamentos de aluguéis se dá com a entrega das chaves, o que, na maioria dos casos, é bastante ilustrativo do momento exato da desobrigação, mas essa ideia é um resumo do verdadeiro fenômeno que deve ocorrer: não basta a simples entrega das chaves; este é um ato que simboliza o que de fato importa, que é a desocupação do imóvel, com respectiva ciência do locador para que ele possa reaver a posse do bem - *In casu*, não há notícia de efetiva desocupação com cientificação do locador, mas apenas se expôs a intenção de entrega das chaves, sem concretizar essa medida** - De rigor se concluir, portanto, que não houve desobrigação até a efetiva entrega das chaves nos autos (21.08.08) - Extinção das obrigações locatícias somente a partir dessa data - Inaplicabilidade dos efeitos da revelia, pela apresentação de defesa pelo litisconsorte (art. 320, inc. I, do CPC) - Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0110103-43.2006.8.26.0009, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Hugo Crepaldi, j. em 03.07.14, v. u., negritos deste relator)

Exsurge dos autos que a locatária postulou e obteve o deferimento do depósito das chaves nos autos da ação de despejo a que se refere o acordo citado acima (fl. 64), depósito que foi realizado em 13 de julho de 2016 (fl. 66).

O efeito liberatório da consignação em Juízo não retroage, operando efeitos apenas a partir da data do depósito judicial, nos termos do que preconiza o artigo 334 do Código Civil.

Desta forma, foi correto o entendimento do nobre magistrado de que os aluguéis e encargos são devidos até a data de realização do depósito das chaves.

Acesso ao Sumário

A propósito, leiam-se os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "AÇÃO CONSIGNATÓRIA DE CHAVES. ART. 67, DA LEI DO INQUILINATO. ART. 92, DO CÓDIGO CIVIL. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO.
>
> Julgada procedente a ação de consignação das chaves do imóvel locado, extingue-se a relação ex-locato a partir do momento em que foi efetuado o depósito, e não a partir da data da citação. Os efeitos considerados são os do depósito, e não os efeitos do simples ajuizamento da causa, nem mesmo os da citação.
>
> Ao direito material cabe 'regular a mora accipiendi e seus pressupostos necessários e suficientes', e não, ao direito processual.
>
> Recurso conhecido e provido." (REsp nº 281.269/RJ, Quinta Turma, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. em 21.06.01, DJ de 03.09.01, v. u.)
>
> "LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ALUGUEL DEVIDO ATÉ A EXTINÇÃO DA RELAÇÃO LOCATÍCIA. ENTREGA DAS CHAVES EM JUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. Não há falar em omissão quando o Tribunal de origem se manifesta fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação, decidindo, entretanto, contrariamente aos interesses do recorrente. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pela parte.
>
> 2. **A entrega das chaves do imóvel em juízo põe fim à relação locatícia, sendo devido o aluguel referente ao período que antecedeu referida extinção**. Precedente.
>
> 3. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no Ag nº 1.061.971/RJ, Quinta Turma, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 26.10.10, DJe de 21.11.10, v. u., negritos inexistentes no original)

Prevê o artigo 85, § 2º, do vigente Estatuto Processual que "*os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa*".

Tal norma, ao contrário do que aduz o autor, se aplica aos casos de procedência ou de improcedência do pedido. A propósito, convém destacar que o Código de Processo Civil tem norma destinada a reger a hipótese de improcedência do pedido: "*Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito*." (art. 85, § 6º).

Acesso ao Sumário

O arbitramento, por equidade, dos honorários advocatícios é excepcional e está limitado aos casos estabelecidos no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil atual, aos quais não há a subsunção da hipótese em exame.

Consoante a regra cogente disposta no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser majorados na fase recursal, razão pela qual, tendo em vista o trabalho adicional do advogado da parte vencedora, fixo os honorários em doze por cento do valor atualizado atribuído à causa.

Por conseguinte, nego provimento ao recurso, majorando os honorários advocatícios para doze por cento do valor atualizado dado à causa, com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005835-64.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante DANUSE BORGES HOFFMANN, é apelado CNOVA PONTOCOM COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente), SILVIA ROCHA e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 10 de julho de 2017.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Indenização por danos morais - Aquisição de produto não entregue no Natal - Indenização por danos morais devida - Danos materiais não reconhecidos - Diferença desembolsada para aquisição do produto em outra loja que decorreu da autonomia da vontade da autora e não pode ser imposta à ré - Reflexos da falha na prestação do serviço que estão englobados nos danos morais - Procedência parcial reconhecida - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo r. Juízo de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, que julgou improcedente ação indenizatória, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa (fls.115/120).

A autora recorre, almejando a reforma da sentença. Em síntese, reafirma ter sofrido danos materiais e morais em decorrência da falha cometida pela ré, que não entregou bicicleta adquirida. Aduz que a intenção era presentear sua filha no Natal, que sofreu muito por não ter recebido o presente. Enfatiza que o fato causou-lhe muita angústia como mãe e pretende a reforma, com o reconhecimento da procedência da ação (fls.125/137).

Foram apresentadas contrarrazões, pelas quais a ré requer o desprovimento do recurso (fls. 141/146).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls.150).

É o relatório.

A autora narra na petição inicial, que adquiriu, em sítio da internet mantido pela ré, uma bicicleta, pelo preço de R$ 349,99 (trezentos e quarenta e nove reais e noventa e nove centavos), objetivando presentear sua filha de 6 (seis) anos de idade no natal de 2014. Aduz que recebeu uma correspondência eletrônica da ré confirmando o pedido, mas a mercadoria não foi entregue. Aduz que, pela desídia da ré, foi obrigada a comprar o produto em outro estabelecimento. Requer, ao final, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe sugerido de R$10.000,00 (dez mil reais), bem como danos materiais, consistentes no valor da diferença de preço pelo qual adquiriu a bicicleta em outra loja (fls. 01/23).

A ré, citada, apresentou contestação, na qual, em síntese, alegou a inexistência de danos materiais e morais. Sustenta que a demanda é alta e a ocorrência de falha na prestação de serviço é comum (fls.57), porquanto há enorme dependência dos sistemas eletrônicos que estão sujeitos a problemas técnicos. Impugna, por fim, a pretensão indenizatória (fls. 54/64).

A sentença apelada julgou improcedente a ação.

O apelo comporta parcial provimento, respeitado entendimento diverso.

Na espécie, o prejuízo moral restou configurado, uma vez que a autora foi privada do bem adquirido em época próxima ao Natal, restando frustrada sua intenção de presentear sua filha, segundo o relato formulado e que, não tendo se tornado controvertido, está recoberto por presunção de veracidade (fls.26/40).

É notória a expectativa das crianças em receber presentes na época natalícia e notória, também, a preocupação dos pais em tentar evitar uma decepção e satisfazer a vontade de seus filhos, em particular nesta época.

Acesso ao Sumário

O relato formulado denota abalo que ultrapassa os limites de um contratempo do quotidiano, atingindo a própria autoestima de um indivíduo e fazendo surgir um dano extrapatrimonial.

É dispensável, aqui, a prova do prejuízo, como tem proclamado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto" (REsp nº 196.024 MG, *in* RSTJ 124/396).

A presunção de existência dos danos morais decorre "in re ipsa", ou seja, do próprio ato ilícito, desnecessária, portanto, sua comprovação.

Destarte, não há como se afastar a ocorrência do dano moral, subsistindo, como resultado, o dever de indenizar, posto que caracterizado o ato ilícito, os quais merecem ressarcimento, nos termos dos artigos 927, "caput" do Código Civil e 14 do CDC.

O critério na fixação do "quantum" da indenização, todavia, 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, não pode servir de fonte de enriquecimento indevido.

Neste sentido, é que, também, 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).

Nesse passo, tem-se que a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente para reparar os danos sofridos pela autora.

A indenização se compatibiliza com os transtornos gerados na vida da autora, sem que persista desproporção com o teor do ato ilícito praticado.

Os juros moratórios legais, além disso, devem ser computados desde a data da citação, dada a natureza contratual do ato ilícito e por aplicação do artigo 219, "caput" do CPC de 1973 (correspondente ao artigo 240, "caput", do CPC de 2015), enquanto a correção monetária incide desde a data deste arbitramento.

Por outro lado, não prevalecem os alegados danos materiais decorrentes da diferença de R$ 46,01 (quarenta e seis reais e um centavo), que foram desembolsados para adquirir o produto em loja diversa, porquanto o ato foi de iniciativa da própria autora, pela autonomia da sua vontade, não podendo ser imposto à ré, ainda que tenha falhado com sua obrigação de entregar o bem na data combinada.

As repercussões, ademais, da desídia da ré, englobam-se nos danos

Acesso ao Sumário

extrapatrimoniais reconhecidos.

Assim, impõe-se a reforma da sentença para reconhecer a parcial procedência do pedido, na forma da fundamentação.

Por fim, observada a Súmula 326 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a fixação dos danos morais em montante inferior ao pleiteado não acarreta a sucumbência recíproca da parte, razão pela qual a autora decaiu de parte mínima do pedido tocante aos danos materiais (cinquenta reais).

Corolário do exposto, a ré deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, já englobados aqueles relativos à fase recursal, conforme previsão contida no § 11 do artigo 85 do CPC de 2015.

Dá-se, por isso, parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000735-61.2013.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ELIANA MARIA FIGUEIREDO (JUSTIÇA GRATUITA) e ROGERIO BRAGA CESPEDES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados NUNES TRANSPORTES LTDA e NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S.A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.190)**

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

São Paulo, 12 de julho de 2017.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Acidente de veículos. Abordagem reparatória. Juízo de improcedência. Apelo dos autores. Desprovimento.

VOTO

RELATÓRIO

Acidente de veículos, abordagem reparatória, juízo de improcedência (fls. 463/468), apelam os autores, batendo-se pela inversão de resultado.

Resposta recursal, a fls. 487/493.

FUNDAMENTAÇÃO

Também a trafegar em trecho da Marginal Tietê, nesta Capital, única testemunha a presenciar a dinâmica do acidente, traz informações a indicar que o risco foi desencadeado pelo piloto da motocicleta (autor, Rogério Braga Cespedes), em alta velocidade a transitar em "corredor", interpondo-se nos limites de faixas de fluxo regular, daí a colisão lateral (o ônibus da ré transitava à esquerda), e, segundo a testemunha, não lhe foi dado observar alegada manobra do coletivo, supostamente em movimento de mudança de faixa de circulação, daí a interceptar a motocicleta (fls. 421/vº).

Assim, pois, com a causa eficiente do sinistro apenas relacionada à conduta de uma das vítimas (condutor da motocicleta), há que confirmar decreto de improcedência.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0206469-26.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MODINE DO BRASIL SISTEMAS TÉRMICOS LTDA., é apelado/apelante FRANNA REPRESENTAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Consultado o Senhor Advogado, sobre a necessidade da leitura do relatório, o mesmo, dispensou-a." "Não conheceram do recurso do réu e negaram provimento ao apelo da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32093)**

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

São Paulo, 12 de julho de 2017.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Representação comercial. Recursos interpostos sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Apelo do réu. Ausência de comprovação, no ato

Acesso ao Sumário

da interposição, do pagamento das custas de porte de remessa e retorno. Processo físico. Pagamento a destempo. Invalidade. Artigo 511 do CPC/1973. Deserção. Recurso não conhecido.

Recurso da autora. Pretensão ao reconhecimento da alteração de políticas de venda pelo representado, com prejuízo das comissões. Contrato que não estipulava a exclusividade por território. Prova indicativa da atuação do representante com base em lista de clientes pré-determinada. Ausência de comprovação das alegações recursais. Confirmação da sentença de procedência parcial dos pedidos iniciais. Recurso desprovido.

Apelação do réu não conhecida e recurso da autora desprovido.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 839/845 que, integrada pela decisão dos embargos de declaração (fl. 859), julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a requerida Modine do Brasil Sistemas Térmicos Ltda. ao pagamento de R$975.163,91, com correção monetária e juros de mora de 1% a partir de 31/05/2012, considerando devidas as verbas previstas nos artigos 27, alínea "j" e 34 da Lei 4.886/1965, ante a rescisão imotivada do contrato de representação comercial e a inobservância do prazo contratual de 90 (noventa) dias pactuado para aviso prévio. Deixou de reconhecer a existência de exclusividade territorial do representante, rejeitando o pedido de pagamento das verbas referentes às vendas efetuadas por outros representantes ou outros meios.

O valor da condenação fundou-se na primeira parte da perícia técnica, conforme conclusão do laudo pericial (fl. 480).

Quanto à sucumbência, determinou a r. sentença que arque, cada parte, com metade das custas judiciais e despesas processuais, compensados os honorários advocatícios em conformidade com o permissivo legal do art. 21 do Código de Processo Civil de 1973.

Apela inicialmente a ré alegando (fls. 851/858), em síntese, que a pretensão foi atingida pela prescrição decenal prevista no artigo 205 do Código Civil, que a correção monetária deve ser computada desde a resolução contratual e os juros de mora da distribuição da ação (24/11/2010).

Em contrarrazões de fls. 863/868, afirma a apelada, preliminarmente, que tal recurso não deve ser conhecido ante a ausência de comprovação do pagamento

Acesso ao Sumário

das custas de porte de remessa e retorno (art. 511 CPC/1973), e porquanto a guia de preparo de fls. 854 está preenchida incorretamente, deixando de indicar todos os dados estabelecidos no item 8.1 do Capítulo III das Normas de Serviço da Corregedoria Geral a Justiça (número do processo judicial, natureza da ação, nome das partes e Comarca de origem). Defende, assim, que o apelo é deserto.

Afirma ainda que o recurso é intempestivo por não ter sido ratificado após o julgamento dos embargos declaratórios opostos pela parte autora, devendo ser aplicada, por analogia, a súmula nº 418 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto às matérias de mérito, requer o desprovimento do apelo.

A parte autora também apela, conforme razões de fls. 874/889. Afirma que houve *error in judicando* por não ter o Juízo monocrático dado aos fatos a melhor interpretação. Aduz que apesar de a cláusula primeira do contrato mencionar a existência e clientes cadastrados, há outras cláusulas que demonstram a estipulação de exclusividade de zona ou área de abrangência, devendo ser reconhecida, no mínimo, a dubiedade da redação contratual. Cita, como exemplo as expressões "na zona atribuída" existentes nas cláusulas segunda e terceira. Diz que, na realidade, pela interpretação contratual levada a efeito pelas partes desde 1987, o representante comercial foi o único a exercer a atividade na zona de abrangência envolvendo Belo Horizonte, Uberlândia, Uberaba, Goiânia e Brasília, conforme comprovam excertos retirados das fls. 466, 831, 832, 834/835 e 837.

Menciona que a adoção de nova política de vendas nos últimos 5 (cinco) anos do contrato lesaram o representante, causando grande prejuízo na percepção de comissões e, consequentemente, na multa rescisória, na medida em que a requerida passou a vender produtos diretamente aos clientes por preço inferior, ou ainda, valeu-se de outros representantes e distribuidores, conforme se constata, no entender do apelante, das fls. 734, 795, 832 e 834/835. Afirma que tais condutas evidenciam o desatendimento ao dever de transparência e lealdade atinente à colaboração empresarial, fato corroborado pela negativa em fornecer à perícia os documentos relativos às vendas diretas aos clientes.

Por fim, questiona a distribuição dos ônus de sucumbência, requerendo a condenação da ré ao pagamento proporcional da mencionada verba.

Custas de porte e remessa da apelação da ré juntada a fls. 899/903.

Não houve resposta à apelação interposta pela parte autora (fl. 927 e ss).

Valor atribuído à causa em 23/11/2010: R$521.325,34.

É o relatório.

Cuida-se, na origem, de ação de cobrança movida por Franna Representações Ltda. em face de Modine do Brasil - Sistemas Térmicos Ltda. (antiga Radiadores Visconde Ltda.), ajuizada em 23/11/2010, alegando que as partes mantinham contrato de representação comercial desde 26/08/1987 (fls.

Acesso ao Sumário

23/24), o qual foi denunciado unilateralmente pela representada, sem justa causa, em 1º/12/2006, cumprindo-se aviso prévio de apenas 30 (trinta) dias, contrariando assim a cláusula 18ª, que estipulava aviso prévio de 90 (noventa) dias.

Diante de tais circunstâncias, e das alegações de que a ré teria agido deslealmente, vendendo diretamente a clientes ou consentindo com a atuação de outros representantes na área de atuação exclusiva da autora, requereu a condenação nos seguintes termos (fls. 422/426):

> **i) Pagamento de R$521.325,34**, com correção monetária e juros de mora a partir de 01/01/2007 (término do contrato) a título de indenização por rescisão imotivada, conforme art. 27, "j" e §3º da Lei nº 4886/1965; e também pelo pagamento de 1/3 das comissões auferidas nos últimos 3 (três) meses, conforme art. 34 da mesma lei.
>
> **ii) Pagamento de verbas que denominou "*comissões desviadas*"** durante os últimos 5 (cinco) anos de vigência do contrato, isto é, comissões calculadas sobre as vendas realizadas *diretamente* pela requerida ou por terceiros distribuidores na área e atuação do representante comercial nos últimos cinco anos (ocasião em que afirma ter sido implantada a nova política de vendas da requerida), vendas estas feitas aos clientes listados nas fls. 05/06, com acréscimo de 1/12 previsto no art. 27, "j" da lei 4.886/65; requereu que o valor fosse apurado e calculado após oitiva de testemunhas e perícia técnica contábil.

Analisa-se, inicialmente, o recurso interposto pela ré.

Consigna-se, *ab initio*, que a ação foi proposta, sentenciada, e ambos os recursos interpostos ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual as apelações serão analisadas à luz do referido diploma legal. A propósito, o Enunciado Administrativo nº 2, do C. Superior Tribunal de Justiça enfatiza: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

Acesso ao Sumário

A norma processual vigente à época da interposição, ou seja, o CPC/1973 dispõe no art. 511 que: "No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção".

Por outras palavras, o preparo devia ser feito simultaneamente com a interposição do recurso, o que não se observou no caso.

A esse respeito, ensinam Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol que "*o preparo consiste no pagamento prévio das custas referentes ao processamento do recurso; em alguns casos, devem ser incluídos os portes de*

remessa e retorno. O preparo deve ser feito no ato da interposição do recurso (sendo protocolado o recurso sem o comprovante do recolhimento do preparo, ocorrerá preclusão consumativa, por se tratar de ato complexo), conforme disposto no art. 511 do CPC. Não sendo feito o preparo ou sendo ele feito em desconformidade com as prescrições legais, o recurso será julgado deserto, ensejando o não conhecimento deste (juízo de admissibilidade negativo)" (*in* Recursos no Processo Civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32/33).

Outrossim, o preparo é medida impositiva determinada pela Lei 11.608/03, que dispõe sobre a Taxa Judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense no Estado de São Paulo.

Salienta-se que a apelação de fls. 863/868 foi protocolada em 04/12/2015 desacompanhada da guia correspondente ao valor do porte de remessa e retorno dos autos. Intimada para trazer aos autos o "comprovante do recolhimento" (fl. 891), a requerida juntou guia de pagamento efetuado apenas em 17/03/2016, o que não deixa dúvidas de que o apelo é deserto.

Por tal razão, **não se conhece do recurso** interposto pela parte ré.

Observa-se, contudo, no tocante à prescrição, que em se tratando de matéria pronunciável de ofício, convém registrar que não se verifica a perda da pretensão pelo decurso do tempo.

Com efeito, o contrato perdurou de 1987 até 31/12/2006. O prazo prescricional é de 5 (cinco) anos contados da resolução do contrato (parágrafo único do art. 44 da Lei 4.886/65, inserido pela lei 8.420/92). Em caso de discussão sobre comissões não pagas, o prazo é contado das datas em que deveriam ter sido pagas. Nesse sentido: Apelação nº 0029702-69.2009.8.26.0068, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, julg. 15/02/2017.

Referido prazo foi definido pela lei 4.886/65, através da alteração introduzida pela lei 8.420/92, e se refere ao exercício do direito de ação pelo representante em face de todo e qualquer direito decorrente do contrato entre partes, de representação comercial.

Consequentemente, rescindido o acordo em 2006 e ajuizada a ação em 2010, não se operou a prescrição.

Passa-se à análise da apelação interposta pela autora Franna Representação Comercial Ltda.

Em que pese a combatividade do patrono, a insurgência não comporta provimento.

Com efeito, no que concerne ao chamado "desvio de comissões", tal não restou comprovado, pois da prova dos autos não é possível concluir pela existência de zona de atuação exclusiva, como bem considerou a r. sentença, contrariamente ao que afirma o apelante.

Acesso ao Sumário

Transcreve-se o teor das cláusulas 1ª, 2ª e 3ª (fl. 23):

"PRIMEIRA

A REPRESENTADA, por força do presente ajuste, nomeia: FRANNA REPRESENTAÇÕES LTDA-ME seu (sua) REPRESENTANTE na zona abrangendo todos os clientes cadastrados pela representada em seu nome.

SEGUNDA

Cabe ao REPRESENTANTE, como primordial obrigação, a promoção de vendas, na zona atribuída, dos artigos e produtos objeto do comercio da REPRESENTADA, agenciando proposta na referida zona e as transmitindo para aceitação.

TERCEIRA

A REPRESENTADA, durante a vigência deste contrato não poderá nomear na zona atribuída, outro representante, para o agenciamento de propostas de vendas do artigo ou produto de seu comércio, exceto para atender clientes excluídos."

Mesmo que haja no contrato algumas menções à zona de atuação, como na cláusula quarta ("*O REPRESENTANTE fará jus a comissões, pelos negócios realizados para REPRESENTADA, diretamente ou por intermédio de terceiro de sua responsabilidade, na zona que lhe é atribuída por força do presente contrato*"), a interpretação sistemática do contrato e os elementos de prova existentes nos autos são indicativos de que a representante atuava com base em uma lista de clientes, de modo a se concluir que não foi pactuada de forma inequívoca a atuação por zona de exclusividade, nos moldes pretendidos pela autora.

Ainda que tenha sido praticada a atuação por áreas (além de fundada em lista de clientes pré-aprovados e, estes sim, exclusivos), não havia tal estipulação contratual e, em se tratando de disposição que restringe direitos, não há de ser interpretada extensivamente, à míngua de pactuação expressa.

Tal se daria se houvesse elementos de prova a demonstrar que era o intento ou a vontade de ambas as partes no curso do contrato a fixação de áreas de atuação exclusiva. Mas essa conclusão não é possível diante do conteúdo da redação das cláusulas contratuais.

Acatar o argumento contrário, defendido pela parte autora, seria transformar uma liberalidade (atuação em zona exclusiva) em norma cogente em detrimento da declaração de vontades restritiva expressamente formalizada no contrato.

A propósito, reza o art. 31 e parágrafo único, da Lei nº 4.886/65:

"Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omisso, fará jus o representante à comissão

Acesso ao Sumário

pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)"

Registra-se que a cláusula terceira **permite expressamente a atuação de outros representantes comerciais na mesma área territorial, desde que promovam o agenciamento de propostas de outros clientes que não os cadastrados pela autora.**

A parte autora alega reiteradamente que as 31 (trinta e uma) empresas listadas nas fls. 05/06 situam-se na sua zona de atuação, mas não foram por ela atendidas, possivelmente porque tiveram oportunidade de negociar diretamente com a ré ou com outros representantes comerciais, em total desrespeito à zona de exclusividade. Consequentemente, teria a autora direito às comissões pelos negócios firmados por essas 31 (trinta e uma) empresas nos últimos 5 (cinco) anos.

Todavia, como assentou o perito no primeiro laudo (fl. 471), as partes não esclarecem como era feito o cadastro de empresas em nome do representante, o que lhe garantiria atuação exclusiva:

"*Como já relatado neste laudo pericial, o controle alusivo a zona do autor, conforme relatado pela ré, respeitando valiosas posições em sentido contrário, revelam fraquezas, pois* ***em momento algum foi mostrado a este perito como se processava o cadastro dos clientes que estavam vinculados à zona do autor****. Por outro vértice, este fato não está claramente demonstrado em contrato, entretanto ante o relatório analítico das vendas, fornecido pela entidade ré, os quais foram efetivados pelo autor,* ***os clientes discriminados*** *no anexo 2 conclui-se que* ***eram de exclusividade do autor****. Assim, submetendo elevada apreciação do D. Juízo e desde que a empresa ré disponibilize as vendas efetuadas diretamente pela ré aos clientes demonstrados na peça inicial, este perito estará a disposição para calcular as possíveis diferenças, conforme pede o quesito*".

Por conseguinte, ainda que a ré fornecesse informações contábeis sobre as vendas feitas a essas 31 (trinta e uma) empresas citadas pela autora, tal não se prestaria, por si só, a subsidiar o acolhimento da pretensão ao recebimento das comissões de representação comercial, visto que não há prova da pactuação de exclusividade de atuação *por zona territorial*. Necessário seria a comprovação de que se tratam de empresas "cadastradas em nome" da representante comercial, conforme determina o contrato.

A ré forneceu listagem das empresas cadastradas e sujeitas à atuação exclusiva da autora (fls. 466 do laudo pericial), sendo que as empresas

Acesso ao Sumário

mencionadas na inicial não constam dessa relação.

O fato de as empresas relacionadas pela ré se situarem na mesma área territorial das empresas cuja comissão a autora requer (fls. 5/6) não significa desrespeito à exclusividade, visto que esta foi pactuada com as ressalvas da cláusula primeira do contrato: a representação foi constituída "*na zona abrangendo todos os clientes cadastrados pela representada em seu nome*" (fl. 23).

Considerando os documentos entregues pela ré ao perito, bem como suas alegações de defesa, vê-se que há negativa à alegação de que teria realizado vendas diretas ou por outros representantes a clientes cadastrados da autora, o que implica dizer que tais fatos são controvertidos, cabendo a prova, em princípio, à própria autora, que afirmou deter direitos creditórios sobre tais negócios. Mas dessa prova não se desincumbiu.

Em palavras diversas: não há dúvida que a autora atuava nas regiões em que situados seus clientes (Brasília, Goiânia, Belo Horizonte, Uberlândia e Uberaba), mas à míngua de disposição contratual específica não há provas de que o fazia com absoluta exclusividade, exceto em relação aos clientes cadastrados em seu nome. Por outro lado, não há provas de que a ré vendeu produtos diretamente a esses clientes cadastrados, tampouco outros representantes, bem assim que teriam comercializado produtos a outros clientes não cadastrados, mas situados nessas regiões.

A propósito, de forma bem clara e escorreita, mencionou a sentença:

> "Do que se percebe, o contrato não previu a exclusividade por zona ou área de abrangência, mas a partir de uma lista de clientes previamente determinada. Essa dinâmica, por sua vez, foi corroborada pelas testemunhas ouvidas em juízo.
>
> Havendo disposição expressa em contrato, ainda que se considerasse a prática usual de organizar os representantes por regiões, não há como reconhecer o ilícito contratual ou extracontratual mencionado".

Ademais, caso houvesse venda às empresas mencionadas nas fls. 05/06 e tais empresas fossem clientes cadastrados e sujeitas à atuação exclusiva da autora, um indício dessa prática irregular seria a queda, nos últimos anos, da remuneração total da autora, fruto do desvio de seus clientes. Mas tal circunstância sequer foi alegada e, pelo que consta, tampouco foi objeto de constatação pelo perito, aparentemente por não ter ocorrido (fls. 468 e Anexo II do laudo fls.587 e ss).

Anota-se assim, por oportuno, que o cálculo das comissões a partir da fls. 732 do laudo complementar são apenas estimativas fundadas em ilações.

A prova testemunhal, além de confirmar as conclusões acima, não confere verossimilhança à pretensão autoral.

Acesso ao Sumário

Em depoimento pessoal, o preposto da requerida (Renato Vilches), que declarou trabalhar na empresa desde 1986, disse que (fl. 831): "*Nós não tínhamos representante por região, mas por clientes. Na região de Belo Horizonte, Brasília, Goiânia, Uberlândia e Uberaba não atuavam como representantes outras empresas. (...) As vendas ocorriam tanto por meio de representantes quanto diretamente por distribuidores*".

O mesmo se pode dizer em relação à testemunha Adarmílio Antônio Montessano, ex-funcionário da área de contabilidade da ré (fl. 832): "*Os representantes comerciais atuavam por área. A ré designava área de atuação e naquela área apenas os representantes atuavam. Não vi outras empresas atuando na mesma área. As empresas tinham uma relação de clientes. Os representantes tinham uma relação de clientes estipulada pelo setor de vendas*".

A testemunha Flávio Arroyo, arrolada pelo réu, cujo depoimento é sopesado à luz da prova dos autos, dada a circunstância de trabalhar para a ré, declarou que (fls. 836/837): "*As vendas eram feitas tanto diretamente pela empresa quanto por representantes. Isto desde sempre. Os contratos de representação comercial eram feitos por lista de clientes e em algumas áreas direcionadas. A exclusividade se dava, exclusivamente, pela lista. Não era franqueado aos representantes comerciais procurarem outros clientes de outras áreas. Existia a possibilidade de atendimento direto para empresas constantes da lista, mas nessa hipótese o respectivo representante recebia comissão. O representante poderia procurar outros clientes na área, e, eventual, exclusividade, era determinada a* posteriori *pela diretoria com a inclusão ou não do nome na lista de clientes*".

Resta, em sentido unicamente contrário, o depoimento de José Fernando Canabal (fls. 834/835), que também atuou como representante comercial da Modine, na área da capital de SP, mas cujo depoimento, sozinho, não infirma as conclusões acima, fundadas na análise sistemática do conjunto probatório.

Em resumo, não restou comprovado que os clientes indicados pela autora (fls. 05/06) estavam na sua lista de exclusividade, tampouco a alegada alteração da política de vendas nos últimos cinco anos antes da rescisão e os consequentes prejuízos à representante comercial.

Por fim, alega a apelante que a quebra da realidade colaborativa vivenciada durante muitos anos de vigência do contrato causou-lhe déficits financeiros significativos.

Menciona-se, a respeito, que o perito não fez qualquer observação quanto à existência de diminuição da média de comissões nos últimos cinco anos de vigência do contrato, circunstância que certamente seria observada (e alegada pela parte) caso as comissões de vendas para clientes exclusivos houvesse sido "desviada", conforme alegado genericamente.

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, a alegação de venda direta de produtos industrializados de alumínio por preços predatórios e os prejuízos daí decorrentes carecem da mínima comprovação.

No que concerne às verbas de sucumbência, também não comporta reparo a r. sentença.

A Autora deduziu dois pedidos condenatórios, logrando êxito quanto à condenação da ré ao pagamento da verba indenizatória prevista no art. 37, "j" da Lei 4.886/65 e da multa prevista no art. 34 do mesmo normativo, decaindo do pedido de pagamento do que chamou de "comissões desviadas".

Evidente, assim, o decaimento parcial.

O princípio da causalidade determina que "deve arcar com os encargos da sucumbência aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual" (STJ - 4ª Turma - REsp nº 334.786/PR - Rel. Min. Barros Monteiro julgado em 21.05.2002. DJ 16.09.2002, p. 192).

Sobre a matéria, leciona Cândido Rangel Dinamarco: "*(...) a sucumbência não é em si mesma um princípio, senão apenas um indicador do verdadeiro princípio, que é a causalidade (Chiovenda, Piero Pajardi, Yussef Cahali). Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo obter aquilo a que já tinha direito.*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil - vol II. 3ª edição).

Contudo, o grau de decaimento, ou seja, a proporção de pretensões acolhidas ou rejeitadas também é elemento balizador da fixação das verbas sucumbenciais. Nesse sentido: "A divisão dos encargos de sucumbência não pode levar em conta apenas a proporção entre o número de pedidos deduzidos e atendidos, mas, de igual forma, a repercussão econômica de cada um para a demanda" (STJ 4ª T., REsp 615.060-AgRg, Min. Honildo Castro, DJ 11.02.2010). E ainda: "Cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção de sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória" (STJ-2ªT., REsp 13.256, Min. Pádua Ribeiro, DJ 18/11/91).

Verificado o benefício econômico concedido e o negado, vislumbra-se como adequada a divisão das custas, despesas processuais e honorários advocatícios tal como determinado pela r. sentença, em consonância com o que dispunha a legislação processual então vigente (CPC/1973).

Ante o exposto, **não se conhece do recurso interposto pela ré**, aplicando-se a pena de deserção, e **nega-se provimento** ao recurso da parte autora, confirmando-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007300-72.2013.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante ANDRÉ ALVES DA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP, CONSTRAN S.A. e AIRTON GONÇALVES LOBO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.548)**

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

São Paulo, 19 de julho de 2017.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Acidente de Trânsito - Corrés responsáveis por obras viárias que respondem por acidente causado por sinalização inadequada do local - Corréu pessoa física que também foi vítima do acidente e não deve indenizar o autor.

O "caput" do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor determina que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos", sendo certo que, "Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados..." (parágrafo único). O art. 14, "caput", do CDC, estabelece que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços..." - A quantificação do dano moral, que abrange o estético, deve pautar-se pela razoabilidade.

Recurso provido em parte, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 656/659 julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento das verbas sucumbenciais, observados os benefícios da justiça gratuita. Apela o autor a fls. 672/698 e argui que faz jus ao recebimento da indenização indicada na inicial. Contrarrazões a fls. 700/726.

É o relatório.

Incontroverso que o local do acidente passava por obras, as quais exigiram desvios provisórios do trânsito. Incontroverso ainda que o veículo conduzido pelo corréu Airton e a motocicleta do autor encostaram um no outro, fazendo com que o autor raspasse seu pé direito nos blocos de concreto presentes na via para direcionar o fluxo de veículos, provocando-lhe as lesões físicas indicadas na inicial.

Verifica-se pelas fotografias de fls. 104, 175 e 178, entre outras, que a sinalização no local, no momento do acidente, não era adequada. As linhas presentes no solo são confusas e de difícil interpretação, ainda mais para quem conduz um veículo automotor, em meio a um grande fluxo de veículos, e precisa decidir, o mais rapidamente possível, se desloca seu veículo para um ou outro lado.

Outras fotografias mostram que quando os veículos precisam fazer um desvio provisório à esquerda, o qual está delimitado por blocos de concreto, mas, sem sinalização de solo, ou placas de trânsito indicativas de qual direção se deve tomar, cada motorista toma uma atitude diferente: À fl. 105, o carro segue "em linha reta", orientando-se pela linha presente no solo; porém, à fl. 106, o carro "desvia" para a esquerda, de maneira intuitiva, seguindo o fluxo que permite a passagem de até dois automóveis no local.

Sendo assim, conclui-se que a sinalização foi mal executada no local, seja porque não há indicação, nem por linhas no solo, tampouco por placas, quanto ao fluxo que os veículos devem seguir ao desviar à esquerda, seja porque se permitiu a passagem de mais de um carro pelo desvio, o que, se por um lado, diminui o congestionamento, por outro, aumenta o risco de acidentes em uma curva abrupta, em local deficitário em termos de sinalização.

A corré Companhia das Docas firmou convênio com o Município do Guarujá, no qual constou que incumbia à Prefeitura "operacionalizar" os desvios de tráfego, operação essa que se limitava a "coordenar e fiscalizar" o trânsito, conforme cláusula 3.1 (fl. 241). Não fica claro, nesse convênio, se o Município se responsabilizou, perante a Companhia das Docas, quanto à sinalização do local das obras.

Ademais, a corré Companhia das Docas contratou, por seu turno, a corré

Acesso ao Sumário

Constran S.A. para execução das obras. No contrato firmado entre elas consta a contratação para a realização de sinalização, inclusive de solo, como se vê à fl. 235, sem que o documento deixe claro se essas sinalizações são apenas para o momento de finalização da obra ou se inclui, também, o período de sua execução.

O fato é que não é crível que nenhuma das corrés se preocupou com a segurança da população que circula pelo local. O contrato por elas firmado se preocupa mais com valores, formas de pagamento, multas por descumprimento, entre outras questões econômico-financeiras.

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" (art. 927, *caput*, do Código Civil).

O *caput* do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor determina que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos", sendo certo que, "Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados..." (parágrafo único). O art. 14, *caput*, do CDC, estabelece que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços...".

Por fim, "para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento" (art. 17 do CDC). Não há dúvida de que a vítima de acidente de consumo, ainda que indiretamente, ou por equiparação, que sofre danos em acidente de trânsito, decorrente da prestação de um serviço, está, sim, protegida, além de outras normas, pelo CDC.

Logo, as corrés Companhia das Docas e Constran devem responder, solidariamente, pelos danos causados. Todavia, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao corréu Airton, o qual apenas foi mais uma vítima da prestação de serviço falha das corrés pessoas jurídicas, razão pela qual fica mantida a improcedência do pedido inicial em relação a ele.

Há, sim, dano moral, o qual se caracteriza pela ofensa à integridade física da vítima, o que consequentemente lhe afeta a integridade mental e moral. Venho entendendo que o dano moral abrange o dano estético, razão pela qual uma única indenização deve ser fixada.

O autor não chegou a cair da motocicleta, tampouco o acidente lhe deixou graves sequelas. O laudo pericial produzido, neste processo, pelo Imesc, indica um prejuízo mínimo em termos físicos.

A quantificação da indenização deve pautar-se pela razoabilidade, envolvendo o caráter repressivo de novas ofensas, por parte do agressor,

Acesso ao Sumário

e o caráter compensatório à vítima, razão pela qual a indenização dos danos morais deve ser adequada às circunstâncias do caso sob exame, considerando ainda a condição socioeconômica das partes. Diante de tais fatores, razoável o arbitramento da indenização em seis mil reais.

Como o pedido de indenização por dano moral fica julgado totalmente procedente, não se há de falar em sucumbência recíproca entre o autor e as corrés pessoas jurídicas, sendo certo que o arbitramento do valor da indenização por dano moral é critério do julgador (Súmula 326 do STJ).

Mantida a improcedência do pedido em relação ao corréu Airton Gonçalves Lobo, permanece o autor responsável pelo pagamento de honorários a seu advogado, os quais, contudo, ficam reduzidos para a quantia de mil reais, valor esse já atualizado na data de publicação deste acórdão, mantida suspensa a exigibilidade de tal verba enquanto durar o estado de pobreza do autor.

Por conseguinte, dou provimento, em parte, à apelação para: (1) condenar as rés Companhia das Docas do Estado de São Paulo Codesp e Constran S.A., solidariamente, a pagarem ao autor a quantia de seis mil reais a título de indenização por dano moral, com correção monetária desde a data de publicação deste acórdão, conforme à Tabela Prática desta Corte, e incidência de juros moratórios, estes contados desde a data do acidente, ocorrido em 07 de abril de 2012, nos termos da Súmula 54 do STJ, sendo a alíquota dos juros de um por cento ao mês, condenando-as ainda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em quinze por cento sobre o valor atualizado da condenação; (2) reduzir o valor dos honorários aos quais o autor foi condenado a pagar ao advogado do corréu Airton, nos termos do parágrafo anterior.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000844-30.2015.8.26.0355, da Comarca de Miracatu, em que é apelante TELEFONICA BRASIL 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 37.457)**

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

São Paulo, 27 de julho de 2017.
VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: 1. Ação civil pública - Agravo retido - Discussão sobre se a área geográfica em questão se insere no conceito de localidade definido pela ANATEL - Presença da Agência Reguladora nos autos - Desnecessidade - Incompetência da Justiça Federal.

2. Legitimidade ativa do Ministério Público para a causa - Existência - Direitos indivisíveis em questão - Disponibilidade que não integra o conceito de direitos difusos ou coletivos - Agravo retido improvido.

3. Obrigação de fazer - Instalação de orelhão em comunidade rural - Presença de posto de saúde que, nos termos do artigo 16, inciso II do Decreto 7.512/11, autoriza a instalação do terminal de utilidade pública - Providência que, ademais, vem em benefício da comunidade, que já não é alcançada pelo serviço de telefonia móvel, para permitir o acesso aos serviços de emergência e a comunicação com terceiros - Improvimento.

VOTO

A r. sentença de fls. 218/219, declarada a fls. 261 e cujo relatório é ora adotado, julgou procedente a ação civil pública relativa a prestação de serviços de telefonia, daí o apelo da ré, a fls. 222/249, reiterando o agravo retido pelo reconhecimento da incompetência absoluta ou da carência de ação e, no mérito, buscando a improcedência sob a alegação de que segue estritamente as regras do Poder Concedente, segundo as quais a comunidade da Barra Funda/Sumidouro não se encaixa no conceito de localidade definido pela ANATEL; ademais, não há escola em funcionamento a justificar a instalação de orelhão em aglomerado de habitantes inferior a cem pessoas; por esta razão não teria qualquer obrigação de fazer.

Recebido e processado o recurso, subiram os autos sem contrarrazões.

É o relatório.

Inicialmente, consigne-se que todos os atos até a distribuição deste recurso foram praticados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual o mérito recursal será examinado sob suas regras, em obediência ao princípio do *tempus regit actum*, expressamente previsto no art. 14 do atual

Acesso ao Sumário

estatuto, assim redigido:

> 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.

No mais, o inconformismo da parte não prospera.

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando a instalação, pela ré, de orelhão no bairro Barra Funda/ Sumidouro, área rural da cidade de Miracatu.

Rejeito, inicialmente, o agravo retido de fls. 201/214.

A tese de que a necessidade de integração da Anatel à lide desloca a competência para a Justiça Federal não convence.

Com efeito, incabível falar em litisconsórcio passivo necessário, uma vez que a hipótese cuida de mera incidência da regulamentação expedida por aquela Agência Reguladora.

Os precedentes jurisprudenciais citados no agravo não encontram aplicação porque aqui não se está a delimitar a "área local" para fins de cobrança de tarifa, cuidando-se apenas de interpretar se a área já definida insere-se no conceito da regulamentação.

É o caso, portanto, de mera interpretação da regra posta, sem demandar a presença da mencionada Agência ou cogitar de incompetência absoluta.

Por outro lado, não duvida o recorrente da competência do *Parquet* para o ajuizamento de ações civis públicas na defesa de direitos difusos ou coletivos, discutindo apenas a espécie dos autos não configura nenhuma das modalidades citadas.

Para tanto sustenta que o caso presente envolve direitos disponíveis, divisíveis e determinados relativo a grupo específico de pessoas.

Sobre o tema preceitua o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor que:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Acesso ao Sumário

Como se vê, a disponibilidade ou não do direito passa ao largo do conceito dos direitos difusos e coletivos.

Ademais, a hipótese trata evidentemente de direito indivisível, pois é impossível mensurar a parcela que cada indivíduo da comunidade tem direito na utilização do orelhão, concluindo-se pelo enquadramento dos direitos aqui discutidos dentre aqueles passíveis de defesa pelo Ministério Público.

No mérito, invoca a recorrente o teor do Decreto 7.512, de 30 de junho de 2011, que aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público - PGMU, para justificar que não estava obrigada a instalar orelhão no bairro de Barra Funda/Sumidouro por não possuir a área geográfica em comento o contingente populacional mínimo de cem habitantes nos termos do artigo 15 da citada norma.

Argumenta, ainda, que segundo a regra de exceção do artigo 16 do mesmo diploma, a instalação de Terminal de Utilidade Pública (orelhão) em áreas rurais que possuam população inferior a cem pessoas depende da existência de escolas públicas em funcionamento no local, o que não há, confirmando sua tese de inexigibilidade da instalação.

Verifico, porém, que o mesmo dispositivo invocado (artigo 16), prevê em seu inciso II que a presença de postos de saúde públicos também assegura à população rural o direito à instalação no local.

E o próprio recorrente informa em seu recurso que *o bairro possui um aglomerado de 09 (nove) casas, com 01 (um) posto de saúde e um campo de futebol*. (fls. 241 - grifei)

Assim, ignorando-se outras discussões acerca da demonstração da quantidade de pessoas no local, é de se concluir que, ante a presença do posto de saúde público, é exigível a instalação de orelhão por força do artigo 16 do Decreto 7.512/11, afastando-se qualquer alegação de que a recusa tem respaldo legal.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que a o mencionado decreto de fato norteia as ações de expansão do serviço telefônico fixo comutado sem, contudo, impor tal critério de forma absoluta impedindo a instalação de terminais em hipóteses diversas das localidades nele previstos, mas em benefício da comunidade.

Ora, não se olvide que a citada norma objetiva precipuamente a universalização do serviço, tendo aquela população restado prejudicada pela previsão de requisitos em abstrato que, no caso concreto, inviabilizam o acesso aos serviços de emergência e comunicação com terceiros, considerando que já não é atendida pelo serviço móvel de telefonia, como bem ressaltou o ilustre magistrado sentenciante.

Em suma, a r. sentença deu exata solução à lide, não comportando reparos.

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008692-64.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante/apelada SANDRA MATTAR, são apelados/apelantes CARLOS ROBERTO ALVES (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSANA PEREIRA ALVES (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelada PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da ré, ficando prejudicado, por ora, o recurso adesivo dos autores, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.586)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SUPRESSÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (CPC/2015). NULIDADE INEXISTENTE. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. Segundo o princípio da identidade física do juiz constante no art. 132 do CPC/1973, o juiz que colher a prova testemunhal está vinculado para julgar a ação, desde que não tenha sido convocado, não tenha tirado licença de longa duração e seja demonstrado prejuízo ao contraditório e ampla defesa da parte contrária. Contudo, o CPC/2015 não repetiu essa regra, optando pela mitigação do conceito clássico do princípio da oralidade e seus subprincípios, dentre os quais o da identidade física do juiz. O abrandamento deve-se à escolha legislativa em prol das peculiaridades da realidade brasileira, consubstanciada pelo elevado

Acesso ao Sumário

acúmulo de processos decorrente da litigiosidade exacerbada. Reservou-se, contudo, ao juiz que receber o processo instruído para sentenciar a faculdade de determinar a produção de outras provas, inclusive a repetição da prova oral colhida (art. 370 do CPC/2015). Sendo assim, no caso, ainda que se reconheça resquícios no sistema processual, não há impedimento legal de o processo ter sido sentenciado por magistrado diverso do que presidiu a audiência de instrução.

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENCIAMENTO COM BASE EM FUNDAMENTO SOBRE O QUAL A PARTE CONTRÁRIA NÃO SE MANIFESTOU. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 10 E 139, I, AMBOS DO CPC/2015. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA. Caracteriza violação aos artigos 10 e 139, I, ambos do CPC/2015, a sentença prolatada com base em fundamento sobre o qual não foi dada à parte contrária a oportunidade de se manifestar.

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA PARA ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO ADESIVO JULGADO PREJUDICADO. Provida a apelação para anulação da sentença, o recurso adesivo resta prejudicado.

VOTO

CARLOS ROBERTO ALVES e **ROSANA PEREIRA ALVES** ajuizaram ação de indenização por danos materiais e moral, fundada em acidente de trânsito, em face de **SANDRA MATTAR**.

Os autores, em sua petição inicial, narram que em 10/06/2013 a ré ocasionou acidente que vitimou o filho deles. Com base neste fundamento ajuizaram a ação.

Citada, a ré denunciou a lide à **PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS**.

A r. sentença, cujo relatório adoto, acolheu em parte os pedidos para condenar a ré: i) no pagamento de danos materiais (despesas com velório) no

Acesso ao Sumário

valor de R$ 2.700,00; ii) no pagamento de indenização por dano moral de R$ 85.000,00 para cada autor; iii) condenar cada parte no pagamento de metade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao advogado da parte contrária no valor de R$ 2.000,00. Além disso, julgou parcialmente procedente a denunciação da lide a fim de responsabilizar a denunciada pelo pagamento das despesas relativas a danos materiais, nos limites da apólice (fls. 657/666).

Inconformada, apela a ré. Preliminarmente, sustenta a má-fé dos autores ao fundamento de que apresentaram razões finais escritas quando já haviam apresentado razões finais remissivas na audiência de instrução e julgamento. Diz que a sentença é nula, pois o Julgador não a intimou para que se manifestasse sobre as razões finais escritas, o que ofende os artigos 10 e 139, I, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Defende a nulidade da sentença ao fundamento de que foram violados os princípios da oralidade e da identidade física do juiz, alegando que o Magistrado que sentenciou o feito não foi o mesmo que presidiu a audiência de instrução e julgamento. Sustenta que o laudo pericial é imprestável ao julgamento da ação, pois o perito emitiu opiniões pessoais. Alega, ainda, que o trabalho realizado pelo *expert* não é conclusivo em demonstrar sua culpa pelo acidente. Informa que o inquérito criminal aberto para apuração de crime foi arquivado por atipicidade de conduta (o inquérito, ainda, concluiu que conduzia seu veículo de forma regular). O ônus em demonstrar a culpa pelo acidente era dos autores, nos termos do art. 373 do CPC/2015. Por fim, alega que a indenização foi arbitrada de forma excessiva e, alternativamente, eventual condenação requer o desconto de valores pagos a título de seguro obrigatório DPVAT (fls. 670/723).

Em suas contrarrazões os autores alegam que as provas constantes dos autos, precipuamente o laudo pericial, demonstram que a apelante é culpada pelo acidente. Dizem que as denominadas "alegações finais" nada mais eram do que a reiteração do que já havia sido produzido nos autos. Alegam não terem praticado nenhum ato de má-fé e que não houve prejuízo na apresentação das "alegações finais". Sustentam que o dano moral está consubstanciado na morte de seu filho, com apenas 22 anos de idade. Defendem, ainda, que a indenização foi arbitrada em valores abaixo daqueles fixados pela jurisprudência em casos semelhantes (fls. 733/756).

Os autores interpuseram recurso adesivo (fls. 757/785) pleiteando, em síntese, a condenação da ré no pagamento de pensão pela morte de seu filho (2/3 do salário-mínimo até a data em que ele completasse 25 anos de idade), a majoração da indenização por dano moral para que seja fixada em 200 salários-mínimos para cada autor e a condenação da ré no pagamento dos honorários de sucumbência (que deve ser majorado em razão do trabalho em grau recursal).

A ré, em suas contrarrazões (fls. 802/824) diz que os autores modificaram o conteúdo da sentença no recurso adesivo, o que caracteriza má-fé. Diz que a

juntada de novos documentos no momento da interposição do indigitado recurso também caracteriza má-fé processual. Defendem a falta de comprovação da dependência econômica dos autores em relação à vítima. Alega não ter sido culpada pelo evento danoso, razão por que incabível a sua condenação. Diz que a indenização por dano moral foi arbitrada de forma excessiva e que não há como se acolher o pedido da sua condenação no pagamento das verbas de sucumbência, pois os autores também sucumbiram em parte dos pedidos.

A denunciada também ofereceu contrarrazões ao recurso adesivo. Diz ser incabível a condenação da ré no pagamento de pensão alimentícia. Informa que a sentença a eximiu do pagamento da indenização por dano moral. Diz que sua responsabilidade está limitada ao pactuado na apólice. Pugna a dedução do pagamento da indenização recebida pelos autores a título de seguro obrigatório DPVAT (fls. 825/832).

É o relatório.

A apelação da ré deve ser provida para anulação da r. sentença.

1.- Preliminar de nulidade da sentença por violação do princípio da identidade física do juiz

O art. 132 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) estabelecia o princípio (ou subprincípio derivado do princípio da oralidade) da identidade física do juiz, segundo o qual o magistrado que concluiu a audiência de instrução estava vinculado para sentenciar o feito.

A doutrina entendia que a vinculação do magistrado estava condicionada não ao encerramento da audiência de instrução, mas à colheita de prova oral (depoimento de testemunhas ou partes, por exemplo). E isso porque o juiz que colhe a prova oral está mais apto a julgar a ação, em razão do contato direto que teve com as partes e testemunhas.

MARCOS VINICIUS RIOS GONÇALVES explica que o supracitado dispositivo legal não foi reproduzido CPC/2015. Contudo, entende que o princípio (ou subprincípio) permanece no sistema processual vigente:

> "... o princípio da identidade física do juiz permanece no sistema atual, se não como lei expressa, ao menos como regra principiológica. O CPC atual continua acolhendo o princípio da oralidade e, como se vê, dentre outros dispositivos, dos arts. 139, 370 e 456 do CPC" (*Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento*; 14ª ed., Ed. Saraiva, 2017, pág. 73).

No presente caso, tem-se que o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento, na qual foram colhidos depoimentos das testemunhas, foi o douto Juiz titular MAURO RUIZ DARÓ (fls. 634 e ss.). Ocorre, no entanto, que o douto Juiz MARCELO ANDRADE MOREIRA, que ainda não havia praticado qualquer ato processual, prolatou a sentença, embora o primeiro

Acesso ao Sumário

ainda com plena jurisdição na Vara. É bem verdade que, na petição de fl. 669, a ré questionou se o juiz titular estava de férias, afastado ou impedido quando da prolação da r. sentença, recebendo como resposta:

> "Fl. 669: esclareço que, no período mencionado, não houve afastamento deste magistrado do exercício de suas funções" (fl. 730).

Todavia, o CPC/2015 não repetiu a regra do art. 132 do CP/1973, optando pela mitigação do conceito clássico do princípio da oralidade e seus subprincípios, dentre os quais o da identidade física do juiz. O abrandamento deve-se à escolha legislativa em prol das peculiaridades da realidade brasileira, consubstanciada pelo elevado acúmulo de processos decorrente da litigiosidade exacerbada. Reservou-se, porém, ao juiz que receber o processo instruído para sentenciar, a faculdade de determinar a produção de outras provas, inclusive repetição da prova oral colhida (art. 370 do CPC/2015).

Como corolário, ainda que se reconheça resquícios no sistema processual do princípio da oralidade, não há impedimento legal de o processo ter sido sentenciado por magistrado diverso do que presidiu a audiência de instrução, ante o afastamento da regra normativa da identidade física do juiz que presidiu a audiência de instrução para proferir a sentença.

Sem prejuízo, cabe recomendação, em consonância com a doutrina de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

> "Certo é que ninguém melhor do que aquele que ouviu pessoalmente as partes e as testemunhas reúne condições ideais para apreciar a força do convencimento dos relatos feitos na audiência. O NCPC, é verdade, não prevê a identidade física do juiz entre a coleta das provas orais e a sentença, atento, pode ser, à realidade da justiça brasileira assoberbada com os consectários de uma litigiosidade absurda e endêmica, incapaz de suportar a sistemática repetição de audiência todas as frequentes vezes em que o juiz da instrução é substituído antes de decidir a causa. Entretanto, para obviar as questões mais graves e particulares do caso, restará sempre ao juiz o poder, conferido pelo art. 370 do NCPC, de determinar as provas necessárias ao julgamento da causa, entre as quais se pode incluir a repetição das provas orais colhidas pelo magistrado que o antecedeu no processo. Com isso, o juiz da sentença, na medida do possível, terá tido contato pessoal com os elementos orais do convencimento." ("Curso de Direito Processual Civil", vol. 1, Ed. Forense, 56ª ed. 2015, pág. 63).

E assim se faz porque o douto juiz, instado, não enunciou fatos ou circunstâncias elucidativas e justificadoras para a passagem dos autos a eminente Magistrado que prolatou a r. sentença ora apelada.

Portanto, impõe-se a rejeição dessa preliminar, com recomendação.

2.- Descumprimento dos artigos 10 e139, I, ambos do CPC/2015

Acesso ao Sumário

O art. 10 do CPC/2015, ao estabelecer que o juiz não decidirá com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado à parte contrária a oportunidade de se manifestar (ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício), reforça o princípio do contraditório.

No caso *sub judice*, tem-se que o supracitado artigo foi violado.

Conforme se verifica no termo de audiência de instrução de fl. 627, os advogados das partes apresentaram alegações finais remissivas. Ocorre que, na petição de fls. 650/655, os autores apresentaram novas alegações finais, agora escritas, e, ato contínuo, foi prolatada a r. sentença sem ter sido dada oportunidade à ré para se manifestar, ou seja, contrariar os novos argumentos apresentados.

Nas alegações finais escritas, os autores alegaram que "*A testemunha EDUARDO MAXIMO DOS SANTOS, única testemunha descompromissada ocular do acidente, testifica que a requerida se encontrava só no momento do acidente*" (fl. 651).

O Magistrado que prolatou a r. sentença acolheu a referida alegação. Transcrevo parte da decisão:

> "Outrossim, verifico que a testemunha supra apontada [Eduardo Maximo dos Santos] foi a única presencial, devendo seu relato prevalecer..." (fl. 662).

Anote-se, ainda, que a apelante alega que tal fundamento está em desacordo com as demais provas dos autos. De fato, o próprio Eduardo, em seu depoimento, informou a presença de outra mulher no veículo conduzido pela ré (sua irmã, Najla), que também foi ouvida em juízo. Ou seja, Eduardo não era a única testemunha ocular/presencial.

Ademais, o fato de o Magistrado ter aceitado as alegações finais escritas (após as partes terem oferecido alegações finais remissivas), sem dar oportunidade à ré que se manifestasse sobre elas, caracteriza cerceamento de defesa pela violação do contraditório, ante o descumprimento do dever funcional do juiz previsto no art. 139, I, do CPC/2015, *in verbis*:

> "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> I - assegurar às partes igualdade de tratamento".

Esse contexto traduz prejuízo processual à ré, com reflexo direto no mérito da lide.

Por tais razões a r. sentença deve ser anulada, acolhida a presente questão preliminar.

3.- Recurso adesivo prejudicado

Considerando o provimento da apelação para anulação da r. sentença, tem-se que o recurso adesivo interposto pelos autores resta prejudicado.

Acesso ao Sumário

4.- Voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **provejo a apelação da ré** para, rejeitada a preliminar de nulidade por violação ao princípio da identidade física do juiz prolator da sentença, **anular a r. sentença proferida**, por violação do contraditório, para fiel cumprimento ao disposto no art. 10 c.c. art. 139, I, do CPC/2015, relativamente ao memorial ofertado pelos autores depois da audiência de instrução e julgamento, com recomendação de posterior prolação da nova sentença pelo magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento. Fica, em consequência, **prejudicado**, por ora, **o recurso adesivo interposto pelos autores**.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1000205-82.2016.8.26.0347/50000, da Comarca de Matão, em que é embargante AYMORÉ - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é embargado ERONILDE DE OLIVEIRA PINTO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23717)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Erro material - Existência - Retificação sem alteração do resultado do julgamento - Embargos acolhidos.

VOTO

A embargante afirma que o acórdão de fls. 299/309 padece de erro material, porquanto ali constou como apelada BV Financeira S/A Crédito, Financiamento

Acesso ao Sumário

e Investimento, pessoa alheia ao processo, sendo, portanto, necessária a sua retificação para fazer constar que a recorrida é Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A.

É o relatório.

Os embargos devem ser acolhidos, uma vez que assiste razão à embargante quanto ao vício apontado.

Com efeito, verifica-se que, por erro de cadastramento dos autos, constou na autuação e, em consequência, na tira de julgamento, BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento como sendo a apelante, quando o correto seria constar o nome da ora embargante.

Diante disso, deve ser feita a necessária correção, a fim de constar na tira de julgamento (fls. 300) que a apelante é a Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A.

Ante o exposto, acolhem-se os presentes embargos, para o fim acima mencionado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1005211- 98.2016.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é embargante ITAÚ UNIBANCO S/A, é embargado MURTADA HAMOUDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª 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 40467)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2017.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Honorários de advogado que devem ser fixados sobre o valor da condenação - Embargos acolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Alega o embargante que o valor dos honorários de advogado deve ter por base o valor da condenação e não o valor da causa como ocorrido no v. acórdão.

Houve regular processamento.

Após ter sido intimado, o embargado afirma que o recurso é manifestamente infringente e protelatório; o embargante não observou o disposto no art. 85,§s 2º e 11 do NCPC; os embargos não devem ser conhecidos; deve ser reconhecida a litigância de má-fé do embargante.

É o breve relatório.

2) Merecem acolhimento os embargos.

Nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), os embargos de declaração cabem 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.

Verifica-se que a r. sentença julgou procedente em parte ação proposta pelo embargado contra o embargante para condená-lo ao pagamento do valor indevidamente descontado da conta corrente do embargado, na forma simples.

O v. acórdão manteve a r. sentença, negando provimento ao recurso do réu, ora embargante e julgando deserto o recurso do autor.

Estabelece o art. 85, § 2º, do NCPC que os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

"*In casu*", os honorários deverão ser fixados sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, acolhem-se os embargos para fixar os honorários de advogado em 20% sobre o valor da condenação, conforme disposto no referido dispositivo legal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1012734-35.2014.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é embargante ITAÚ UNIBANCO S/A, é embargado ERICSSON

MARASSI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 26347)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 6 de julho de 2017.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Omissão, contradição, obscuridade e erro material não verificados - Matéria integralmente apreciada - Mera discordância do julgado - Não incidência das hipóteses do art. 1.022 do CPC/2015 - Ausência de vício a ser sanado - Caráter infringente - Embargos rejeitados.

VOTO

1. Embargos de declaração opostos contra o acórdão de fls. 163/168, que por votação unânime negou provimento à apelação, mantendo a r. sentença de procedência da ação indenizatória decorrente de dano moral.

Pretende o recorrente o reconhecimento de contradição consistente no não reconhecimento da coisa julgada com relação à matéria discutida.

É o relatório.

2. Os presentes embargos não comportam acolhimento.

O acórdão não contém omissão, contradição, obscuridade ou sequer erro material, não incidindo as hipóteses do artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

O que o embargante pretende em suas razões é a reapreciação da matéria pela Turma Julgadora. Portanto, caracterizado está o caráter infringente e protelatório deste recurso.

Embora a decisão não tenha acolhido a tese do embargante ela não deixou de apreciar os fatos. Assim, cai por terra a alegação de que o acórdão foi contraditório. A matéria foi devidamente apreciada, ocorrendo, na realidade, mera discordância com o que foi decidido.

Vale consignar que o acórdão estabeleceu de forma absolutamente cristalina que não há identidade de partes a autorizar o reconhecimento da coisa julgada, porquanto no processo anterior, interposto por pessoa jurídica, não

Acesso ao Sumário

teve ela comprometido o desenvolvimento de sua atividade em razão dos fatos narrados, não se configurando o dano moral.

Por outro lado, os prepostos daquela empresa, que pessoalmente foram vítimas do roubo, realizado nas dependências da agência bancária do réu, sofreram abalo emocional que comporta indenização extrapatrimonial.

Ante o exposto, os embargos de declaração são conhecidos, posto que tempestivos, porém rejeitados, restando mantido na íntegra o acórdão embargado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2075145-72.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante TRENDBANK S/A BANCO DE FOMENTO, são embargados FRIGOESTRELA S/A, CELIA REGINA MOLINA e ETIVALDO VADÃO GOMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 29.933)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente) e JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Embargos de declaração - erro material - correção - valor do depósito - embargos de declaração acolhidos.

VOTO

Vistos, etc..

Ao V. Acórdão proferido às fls. 317/320, foram opostos embargos de declaração alegando erro material.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que o erro material indicado nos embargos de declaração deve ser corrigido, uma vez que, o valor da sucumbência depositada, objeto do presente agravo, é de R$ 28.337,48 (vinte e oito mil trezentos e trinta e sete reais e quarenta e oito centavos), conforme se verifica às fls. 1104/1109,

mencionadas na r. decisão agravada.

Nesse trilho, a cópia do depósito de fls. 1029 dos autos originais (fls. 277), citado às fls. 1106, o que, contudo, não altera o resultado do julgamento.

No mais, esclarece-se que o valor de R$ 5.548,14 equivocadamente mencionado no V. Acórdão embargado, refere-se à diferença depositada pelos executados (fls. 280).

Assim, para o fim de corrigir o erro material aqui mencionado, é de rigor a acolhida dos presentes embargos de declaração.

Isto posto, **ACOLHEM-SE** os presentes embargos.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2031138-58.2017.8.26.0000, da Comarca de Cravinhos, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados LUCIANA PAGANO CASTILHO e FRANCISCO CASTILHO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do MP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.446)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente) e RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 8 de junho de 2017.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO AMBIENTAL. Cravinhos. Fazenda Três Marias. Reserva legal. Demarcação, averbação e recomposição. Suspensão do feito. Cerrado. LF nº 12.651/12, art. 68. – 1. Cerrado. Proteção. O DF nº 23.789/34 exige licença da autoridade para supressão de vegetação e prevê a conservação de 25% das matas em cada propriedade; a LF 4.771/65 prevê a preservação de 20% de propriedade que tivesse florestas nativas, primitivas ou regeneradas, em clara proteção a florestas, matas e outras formas de vegetação. A LF nº 7.803/89, ao introduzir o § 3º no art. 16 da LF 4.771/65, não criou nova área de preservação, mas apenas explicitou o que o caput continha. – 2. Reserva legal. Recomposição. Dispensa. Não há prova a enquadrar a hipótese dos autos no art. 68 e o fundamento adotado (inexistência de proteção do cerrado antes de 1989), rejeitado pelo tribunal, deixa entrever que vegetação havia. Os réus apresentaram parecer feito por engenheiros que traça

Acesso ao Sumário

o histórico da ocupação da Fazenda Três Marias e indica paulatina supressão de vegetação nativa; e não há demonstração de que tais supressões tenham sido autorizadas quando realizadas. Não houve a necessária manifestação prévia do órgão ambiental competente quanto à regularidade do imóvel rural; não houve confecção e anexação digital no SARE de projeto de restauração, e o cadastro do imóvel no CAR indica ausência de reserva legal cadastrada, a denotar a inadequação ambiental da área. O prosseguimento da execução é medida de rigor. – 3. LE nº 15.684/15. Suspensão. A suspensão da eficácia da LE nº 15.684/15 na ADI nº 2100850-72.2016 pelo Órgão Especial deste tribunal não interfere e não suspende o cumprimento da sentença transitada em julgado, a ser feito conforme determinado na decisão exequenda. – Suspensão do feito. Agravo do Ministério Público provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 614/617, aqui fls. 20/23 que, nos autos de ação civil pública ambiental ora em fase de cumprimento de sentença, determinou que se aguarde por seis meses notícia sobre o desfecho da ADI nº 2100850-72.2016, Órgão Especial, Rel. Sérgio Rui, que tem por objeto a constitucionalidade da LE nº 15.684/15. O Ministério Público alega que o imóvel objeto dos autos não foi inscrito no CAR, inexistindo declaração ao órgão ambiental quanto à vegetação remanescente para fins de aplicação do art. 68 da LF nº 12.651/12; há necessidade de manifestação prévia do órgão ambiental quanto à regularidade ambiental do imóvel rural e à aplicação do art. 68 do Código Florestal; sem o cadastro no CAR e a confecção e anexação do projeto de restauração no SARE, exigências que antecedem a apreciação do PRA, fica inviável a análise da situação pelo órgão ambiental e a aprovação das medidas de recuperação. A LF nº 7.803/89 não instituiu reserva legal em áreas de cerrado, apenas reduziu-a a 20% da área do imóvel rural; a instituição de área de reserva legal é obrigatória independentemente do tipo de vegetação componente do imóvel rural; não há comprovação oficial do tipo de vegetação existente no local, não se prestando para tanto os documentos produzidos unilateralmente pelos agravados; apenas o órgão ambiental é competente para afirmar as características do bioma existente. O histórico da exploração econômica do imóvel não dispensa a preservação da área de reserva legal; a concessão de medida cautelar na ADI nº 2100850-72.2016, Órgão Especial, Rel. Sérgio Rui não prejudica a vistoria pelo órgão ambiental, fase que precede a

Acesso ao Sumário

adesão ao PRA regulada pela LE nº 15.684/15. Pede a continuidade da fase de cumprimento de sentença com determinação de inscrição do imóvel no CAR e a realização de vistoria no imóvel rural.

Contraminuta (fls. 141/150). A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (fls. 161/163).

É o relatório.

2. Antecedentes. Os agravados são proprietários da Fazenda Três Marias, situada no Município de Cravinhos e registrada no Cartório de Registro de Imóveis local sob a matrícula nº 11.825. Em 22-7-2011 o Ministério Público ajuizou ação pretendendo a instituição, demarcação e averbação da reserva legal de no mínimo 20% da área do imóvel, bem como a recomposição florestal da área protegida (fls. 2/14, aqui fls. 57/69).

A sentença proferida em 27-5-2013 (fls. 279/287, aqui fls. 26/34) julgou procedente o pedido para determinar que os réus: (i) apresentem ao DEPRN ou órgão equivalente, em até 60 dias, projeto técnico indicando a área de reserva legal a ser instituída, demarcada e averbada, de 20% da área do imóvel rural, nos moldes da lei em vigor; (ii) demarquem a área de reserva legal em até 60 dias depois da aprovação do projeto; e (iii) abstenham-se de explorar a reserva legal a partir da demarcação, salvo autorização do órgão ambiental. No julgamento da AC nº 0006542-80.2011, a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 2-10-2014, Rel. Torres de Carvalho, deu parcial provimento ao recurso dos réus para determinar que (i) o projeto seja apresentado no prazo de 180 dias e a recomposição florestal seja feita no prazo estabelecido pelo órgão ambiental, inclusive para averbação da reserva legal; e (ii) a compensação ambiental seja feita nos termos determinados pelo órgão ambiental, se possível (fls. 390/396, aqui fls. 36/41); no julgamento dos embargos de declaração, em 4-12-2014, a Câmara observou a possibilidade de aplicação da LF nº 12.651/12 em todos os seus termos, relegando à execução a produção de prova e a análise do juiz quanto à aplicação do art. 68 à espécie (fls. 412/416, aqui fls. 43/47).

Com o trânsito em julgado e o início do cumprimento da sentença, os réus apresentaram parecer abordando a localização da Fazenda Três Marias no bioma cerrado e seu histórico de uso e ocupação; afirmaram que o desmate ocorreu antes de 1962 e que por isso não precisariam implantar área de reserva legal; pugnaram pela aplicação do art.

68 da LF nº 12.651/12, o que os dispensaria de recompor, compensar ou promover a regeneração da reserva legal do imóvel rural; alternativamente, requereram a produção de prova pericial para comprovação das situações consolidadas (fls. 429/504, aqui fls. 71/135). O Ministério Público, ao responder, requereu o indeferimento da prova pericial e a intimação dos réus para que inscrevam o imóvel no CAR e anexem no SARE cópia do acórdão e do projeto

Acesso ao Sumário

de restauração ecológica nos termos da Resolução SMA nº 32/14 (fls. 579/584, aqui fls. 51/56). É neste contexto que sobreveio a decisão agravada (fls. 614/617, aqui fls. 20/23).

3. LF nº 12.651/12. Art. 68. Os réus e o juiz confundem a questão e os acórdãos. Não houve determinação, apenas a faculdade de aplicação do art. 68 da LF nº 12.651/12 à espécie; e com base em uma interpretação equivocada (a inexistência de reserva legal no cerrado antes de 1989), os réus entendem que nada há a preservar; mas sem razão.

4. Legislação. Cerrado. Como mencionei em acórdãos anteriores, como no caso Ministério Público vs Usina Santo Antônio S/A, AC 0002557-71.2007, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 15-12-2016, Rel. Marcelo Berthe, v.u., é preciso definir se a supressão, quando ocorreu, obedeceu à lei então vigente como alegam os réus. Abstraído o período anterior, o **DF nº 23.7893/34 de 23-1-193**4, que aprovou o Código Florestal, dispõe no art. 1º que as florestas existentes no território nacional, consideradas em conjunto, constituem bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que as leis em geral, e especialmente este código, estabelecem; no art. 2º que os dispositivos do código aplicam-se 'assim às florestas como às demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem'. Os art. 3º a 14 classificam as florestas (protetoras, remanescentes, modelo, de rendimento) e seu regime legal; e embora não fosse a terminologia utilizada, como florestas protetoras se enquadram as atuais matas ciliares (área de preservação permanente) e a reserva legal, consideradas 'de conservação perene e inalienável' pelo art. 8º. O art. 23 dispõe que 'nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente, salvo o disposto nos art. 24, 31 e 52', abate esse precedido de licença da autoridade competente (§ 2º).

A lei não delineia a consequência da derrubada em excesso nem o reflexo do art. 23 na divisão da propriedade em que alguns condôminos fiquem com áreas sem vegetação e outros com a mata conservada, que poderia levar ao desmate de mais 75% na parte florestada ou à não recomposição da mata suprimida na outra parte, por tratar-se de propriedades novas, mas a resposta é uma só: as florestas protetoras, de conservação perene, devem ser recompostas de modo a preservar os 25% da floresta original, no mesmo imóvel ou nessa proporção nos imóveis em que o primeiro foi dividido. Resumindo: a supressão deve ser precedida de licença da autoridade e deve conservar 25% das matas em cada propriedade; a supressão em excesso deve ser recomposta, haja a propriedade sido dividida ou não. Fora desses parâmetros, a supressão é ilegal.

5. **A LF nº 4.771/65 de 15-9-1965**, reproduzindo a lei anterior, dispõe no art. 1º que 'as florestas existentes no território nacional e demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de

interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta lei estabelecem'. O art. 16, redação original, permite a exploração das florestas de domínio privado, com as seguintes restrições: (a) nas regiões Leste Meridional, Sul e Centro-Oeste, esta na parte sul, a derrubada de florestas nativas, primitivas ou regeneradas, respeitará o limite mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada, a critério da autoridade; (b) nas regiões citadas, nas áreas já desbravadas e previamente delimitadas pela autoridade, fica proibida a derrubada de florestas primitivas para ocupação do solo com culturas e pastagens, permitida apenas a extração de árvores para produção de madeira. Nas áreas ainda incultas, sujeitas a formas de desbravamento, as derrubadas de florestas primitivas para instalação de novas propriedades agrícolas, só serão toleradas até o máximo de 30% da área da propriedade. Conforme seu § 1º, nessas propriedades rurais (alínea 'a') com área entre 20 e 50 hectares computar-se-ão, para efeito da fixação do limite percentual, além da cobertura florestal de qualquer natureza, os maciços de porte arbóreo, sejam frutícolas, ornamentais ou industriais. **A LF nº 7.803/89 de 18-7-1989** introduziu no art. 16 o § 2º prevendo a averbação da reserva legal na matrícula do imóvel e vedando a alteração de sua destinação em caso de transmissão ou desmembramento, e o § 3º que manda aplicar às áreas de cerrado a reserva legal de 20%, para todos os efeitos legais.

A evolução legislativa demonstra que, embora com outra denominação, o DF nº 23.793/34, que se aplicava às florestas e demais formas de vegetação, previa a preservação perene e inalienável de 25% da vegetação existente; a LF nº 4.771/65, em sua redação original, previa a preservação de 20% da área de cada propriedade que tivesse florestas nativas, primitivas ou regeneradas, vedada a derrubada das florestas primitivas nas áreas desbravadas e respeitados 30% da área da propriedade na derrubada das áreas incultas, sujeitas a desbravamento. As duas leis são claras na proteção das florestas, matas e outras formas de vegetação, termos equivalentes tomados uns pelos outros nas leis e em seus dispositivos, tanto que 'floresta', segundo o Dicionário Aurélio, é uma 'formação arbórea densa, na qual, geralmente, as copas se tocam; mata; ecossistema terrestre organizado em estratos superpostos (o musgoso, o herbáceo, o arbustivo e o arborescente), o que permite a utilização máxima da energia solar e a maior diversificação dos nichos ecológicos'. Nesses termos, o § 3º introduzido no art. 16 da LF nº 4.771/65 ('aplica-se às áreas de cerrado a reserva legal de 20%') não veio criar uma nova área de preservação no Estado de São Paulo (talvez nas regiões indicadas na alínea 'd' do art. 16, redação original), mas apenas explicitar o que o 'caput' continha.

Acesso ao Sumário

6. A análise afasta a leitura reducionista feita pelos réus. 'Matas' e 'florestas' são sinônimos e o art. 23 do DF nº 23.793/34 deve ser lido em

conjunto com os art. 1º e 2º, que informam todo o Código; a leitura correta indica que o art. 23 determina a preservação de 25% das matas, florestas e outras formas de vegetação, incluída (no dizer atual) a vegetação em área de preservação permanente. Não é correto dizer que o Código Florestal de 1934 excluía de proteção toda e qualquer modalidade de vegetação nativa que não se incluísse tecnicamente no conceito de 'matas', como fazem os agravados. Do mesmo modo e pelo mesmo motivo, o art. 16 da LF nº 4.771/65 deve ser lido em conjunto com o art. 1º, devendo ser preservadas as florestas e demais formas de vegetação nativa, primitiva ou regenerada; e não se refere apenas à preservação de 20% da vegetação a suprimir, mas 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada.

'Cerrado' é termo que pode ser usado em três sentidos (conforme a Wikipedia): primeiro, a fisionomia do cerrado estrito senso do bioma savana; segundo, o cerrado 'latu sensu', uma fisionomia florística ou fitogeográfica e biogeográfica que inclui seis formações de vegetação: o bioma campo tropical (fisionomia 'campo limpo'), o bioma savana ('fisionomias campo sujo, campo cerrado e cerrado 'strictu sensu') e o bioma floresta estacional (fisionomia 'cerradão'). Terceiro, o 'domínio do cerrado' se refere a um domínio morfoclimático e fitogeográfico (área do espaço geográfico, com dimensões subcontinentais, em que predominam características morfoclimáticas semelhantes e uma província florística predominante, mas com vários tipos de formação (floresta ripícola, campo rupícola, floresta estacional semidecídua, floresta estacional decídua, campo úmido, mata ciliar, mata de galeria, mata seca, palmeiral, vereda e campo rupestre); sendo mais correto dizer que o cerrado não é um bioma, mas que contém biomas, definição semelhante à trazida no trabalho técnico juntado pelos réus a fls. 449/503, aqui fls. 91/134. O cerrado ocupa uma larga área superior a

2.000.000 km2 e se estende do Estado de São Paulo, passando pelo centro do país aos Estados do Maranhão e Piauí (mapa a fls. 457, aqui fls. 97); embora não seja este o objeto do estudo e aqui se ponha uma ilação, não uma conclusão, é possível que o § 3º do art. 16, introduzido pela LF nº 7.803/89, não tenha vindo para criar uma reserva legal nova na região Leste Meridional, Sul e Centro-Oeste onde já existia (alíneas 'a' e 'b'), mas sim criar a reserva legal nas regiões Leste Setentrional e Nordeste ante a imprecisão da alínea 'd' do art. 16, na redação primitiva. Do mesmo modo, a alteração do art. 16, 'caput' pela MP nº 1.956-50/00, depois MP nº 2.166-67/2001, que substituiu 'as florestas de domínio privado' por 'as florestas e outras formas de vegetação nativa' não veio acrescentar uma nova proteção à flora, mas apenas explicitar o que o dispositivo já continha e aplainar possível dúvida que tenha surgido.

7. Não vejo como acompanhar o entendimento de que o Código Florestal de 1934 protegia apenas a 'mata', de que o Código Florestal de 1965 protegia

Acesso ao Sumário

originalmente apenas 'mata' ou 'floresta', e que passou a proteger o cerrado em 1989 e as outras formas de vegetação em 2000, sendo legítima, portanto, a supressão da vegetação não protegida em cada um desses períodos. Ao lado da sinonímia de matas e florestas (e o cerrado pode conter as duas), ao menos desde 1934 a lei preserva 25%, depois 20% da vegetação natural das propriedades rurais. O DF nº 23.793/34 previu um percentual da vegetação; mas a LF nº 4.771/65 sempre previu um percentual da área de cada propriedade, também aqui incorreta a leitura dos agravados.

Tal leitura da legislação ambiental não esvazia o art. 68 da LF nº 12.651/12, apenas lhe dá a abrangência correta, que é pequena mesmo: quem suprimiu vegetação com prévia autorização administrativa e respeitando os limites de 25% até 1965 e de 20% a partir de então fica dispensado da formação da reserva legal, pois já a tem formada. Mas que solução se dá a quem adquiriu a propriedade sem vegetação alguma (ou com percentual inferior aos limites da lei, como é o caso dos autos) e nada suprimiu? A redação do dispositivo ('os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os

percentuais da reserva legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão') justifica uma breve incursão no tema.

8. Podem-se imaginar algumas hipóteses: (a) a área continha floresta protetora (vegetação espontânea, ou resultante de trabalho feito por conta da administração pública, ou de associações protetoras da natureza, segundo o art. 24) em 1934; o proprietário podia suprimir 75% dela se previamente autorizado pela administração. As florestas protetoras e as remanescentes (art. 8º) são inalienáveis e de conservação perene, salvo se o adquirente se obrigar, por si e por seus herdeiros e sucessores, a mantê-las sob o regime legal respectivo; a obrigação de recompor, embora não mencionada na lei, é uma decorrência natural da proibição e cabe ao proprietário demonstrar onde se situam esses 25% perenes e inalienáveis; (b) a área foi desmembrada, ficando a vegetação preservada em uma das partes; pode-se considerar a situação como regular nos termos do art. 68 se demonstrada a preservação dos 25% originalmente preservados, com as remissões recíprocas, de modo análogo à compensação da reserva legal em outra área prevista na LF nº 4.771/65 e na LF nº 12. 651/12; (c) inexistente a demonstração dos itens 'a' e 'b', a hipótese escapa do art. 68 para enquadrar- se no art. 12 da lei atual, que determinar a formação e preservação da reserva legal. De fato, pouca utilidade tem o art. 68; (d) a área nunca teve cobertura vegetal e dela nada foi suprimido; é hipótese de rara ocorrência ante a evolução da flora no Estado, não aventada no processo, que não analiso neste momento: poderia levar ou não à aplicação do art. 68, pois nada foi suprimido antes, ou simplesmente ao art. 12 da lei nova, que determina o florestamento da

Acesso ao Sumário

área reservada; é definição que fica para outro momento.

Não há prova a enquadrar a hipótese no art. 68 e o fundamento adotado (inexistia proteção do cerrado antes de 1989), rejeitado pelo tribunal, deixa entrever que vegetação havia. A área em questão está situada em perímetro rural, originalmente constituída por vegetação de cerrado. Os réus apresentaram o parecer feito por engenheiros, que traça o histórico da ocupação dos cerrados na Fazenda Três Marias, inclusive com imagens aéreas; indica que em 1962 quase toda a atual área do imóvel já estava ocupada com atividades agropecuárias diversificadas (84,06% da área total), sendo 15,56% ocupados por vegetação nativa (fls. 479, aqui fls. 116); que em 1983 o percentual de ocupação por vegetação nativa havia reduzido para 13,72% (fls. 481, aqui fls. 117); e para 12,85% em 2011 (fls. 486, aqui fls. 121); além disso, não há demonstração de que as supressões tenham sido autorizadas quando feitas. Não houve a necessária manifestação prévia do órgão ambiental competente quanto à regularidade do imóvel rural em questão; não houve confecção e anexação digital no SARE de projeto de restauração, e o cadastro do imóvel no CAR indica ausência de reserva legal cadastrada, a denotar inadequação ambiental da área.

Finalmente, a suspensão da LE nº 15.684/15 que regulamentou o Programa da Regularização Ambiental não impede a execução do julgado; cabe aos réus, independentemente da vigência da lei, apresentar no prazo concedido ao órgão ambiental o projeto para instituição, demarcação e recomposição da reserva legal a ser executado nos termos e prazo constante da aprovação; assim como promover a inscrição da propriedade no CAR indicando a mesma reserva, só assim dispensado da averbação determinada na decisão exequenda. Em suma, não há razão para suspensão ou para maior delonga no cumprimento da sentença, que virá em benefício dos próprios réus ante a valorização que decorre da preservação do ambiente e, por consequência, da própria propriedade.

O voto **é pelo provimento do agravo do Ministério Público** para determinar o prosseguimento da execução até final, como sugerido pelo autor. Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246952-63.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSOCIAÇÃO ARAUTOS DO EVANGELHO DO BRASIL, 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: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.031)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário. Decisão que denega a antecipação de tutela postulada na inicial. Ação proposta por entidade religiosa buscando a declaração de inexigibilidade de valor exigido a título de IPVA, bem como sustação ou suspensão da ordem de protesto da CDA referente a este imposto. Aplicação do disposto no artigo 150, inciso VI, alínea "b", c.c. seu § 4º, da Constituição Federal. Viabilidade. Inexistência de comprovação de que o veículo "a priori" não estivesse vinculado às finalidades essenciais da entidade religiosa. Ademais, comprovação de que o veículo foi alienado, com tempestiva comunicação da transferência ao Detran. Recurso provido para deferimento da tutela antecipada.

VOTO

I. A ASSOCIAÇÃO ARAUTOS DO EVANGELHO DO BRASIL interpõe o presente Agravo de Instrumento contra R. decisão do D. Juízo de Direito da 13ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, que, em "Ação Declaratória de Inexistência de Débito Tributário – IPVA" movida contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (processo nº 1043700-88.2016.8.26.0053), não deferiu medida de antecipação de tutela, postulada para "*a SUSTAÇÃO OU SUSPENSÃO DA ORDEM DE PROTESTO do título CDA nº 1.219.386.568, emitido em 13/09/2016, com data de vencimento em 27/09/2016, protocolado sob nº, perante o 5º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de São Paulo, no valor de R$ 4.144,50 (quatro mil, cento e quarenta e quatro reais e cinquenta centavos)...*" (textual – fls. 58).

Nas razões, afirma que estão presentes os requisitos para concessão da tutela antecipada, e que: a) faz jus à imunidade tributária (art. 150, VI, "b", § 4º, CF), já reconhecida pela própria agravada, por ser uma entidade religiosa, beneficente e filantrópica sem fins lucrativos; b) a CDA se refere a parcela de

IPVA vencida em 26.05.2014, sendo que o veículo foi doado em 25.04.2014 para a Diocese de Ponta de Pedras, organização religiosa, tendo sido comunicada tempestivamente ao Detran a transferência do veículo, nos termos do art. 134 c.c art. 123,§ 1º, do CTB; c) antes da alienação, não havia sido lançado o IPVA, à vista a imunidade de que goza a agravante, já que o veículo era utilizado apenas em seus atividades fins, para transporte de religiosos para prática da evangelização; d) somente após a transferência do veículo ocorreu o fato gerador do IPVA, tendo como sujeito passivo seu novo proprietário. Pede a reforma da decisão, com a concessão de efeito suspensivo, para que seja concedida a tutela pleiteada em primeiro grau.

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Des. Oscild de Lima Júnior, que deferiu o efeito suspensivo postulado (decisão de fls. 166/168). Sobreveio contraminuta a fls. 177/185. Os autos foram redistribuídos, vindo à conclusão deste subscritor em 14.03.2017.

A decisão de fls. 190 facultou à agravante o recolhimento do preparo, nos termos do artigo 1.007, § 4º, do Código de Processo Civil. Contra essa decisão, foram opostos Embargos de Declaração (2246952-63.2016.8.26.0000/50000 – fls. 202/205), rejeitados por decisão monocrática exarada em 05.05.2017 (fls. 208). A agravante, tempestivamente, recolheu o preparo do presente recurso, em dobro, conforme guias e comprovantes de pagamento de fls. 198/201. Este, em síntese, o relatório.

II. O recurso comporta acolhida.

A controvérsia diz respeito à aplicação da regra imunizante do artigo 150, inciso VI, alínea "b", c.c. o parágrafo 4º do mesmo dispositivo, da Constituição da República, "in verbis": ***"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir impostos sobre: (...) b) templos de qualquer culto". (...) "Parágrafo 4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.***".

Afirma a recorrente ser organização religiosa sem fins lucrativos, fazendo jus ao benefício da imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "b", § 4º, da Constituição Federal. Postula, na ação principal, o reconhecimento da imunidade tributária sobre veículo que fora de sua propriedade (Marca Fiat, Modelo Doblo ADV 1.8 FLEX, Ano 2012, placas FAH-1770, Renavan 00468156518 – cfr. fls. 63), bem como a sustação e ou suspensão da ordem de protesto do título CDA nº 1.219.386.568 (fls. 34 dos autos principais), referente ao IPVA do exercício de 2014, parcela não paga de 26.05.2014 (fls. 38). Assinala que este veículo foi doado para a DIOCESE DE PONTA DE PEDRAS, outra organização religiosa, em 25.04.2014 (fls. 64/65), tendo sido regularmente comunicada tal doação

Acesso ao Sumário

ao DETRAN (fls. 66). Assim, antes da doação, sequer houve a incidência do IPVA, pois a entidade estava abrangida pela imunidade tributária, sendo que depois da transferência do veículo, a eventual incidência de IPVA não é de responsabilidade da ora agravante, uma vez que efetuou tempestivamente a comunicação da transferência do veículo ao Detran.

Verifica-se que a associação-agravante obteve declaração de imunidade do Imposto sobre Veículos Automotores – IPVA em relação ao veículo em questão (fls. 62). Não há "a priori" como presumir que o veículo, que integrara o patrimônio da instituição religiosa, não estivesse vinculado a suas finalidades essenciais. A agravante assevera que o veículo era utilizado exclusivamente em suas atividades religiosas, o que restou incontroverso nos autos, haja vista a ausência de impugnação específica pela Fazenda Estadual.

O Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, reafirmou, a propósito da imunidade de que se trata:

"Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, "b" e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, "b", CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços "relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas". 5. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas "b" e "c" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido" (STF, Pleno, R.E. 325.822-2-SP, j. 18.12.2002, Rel. para o Acórdão o Min. GILMAR MENDES, DJU 14.05.2004).

Por outro lado, a parcela não paga do IPVA de 2014 é de 26.05.2014 (fls. 38), data posterior à alienação do veículo, conforme documentos de fls. 64/65.

A lei estadual disciplinadora do IPVA atribui ao alienante, que não efetuar hábil comunicação da venda, responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, dispondo o artigo 6º, incisos I e II, e § 2º, da Lei estadual nº 13.296, de 23.12.2008:

"Artigo 6º - São responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

I - o adquirente, em relação ao veículo adquirido sem o pagamento do imposto e acréscimos legais do exercício ou exercícios anteriores;

II - o proprietário de veículo automotor que o alienar e não fornecer os dados necessários à alteração no Cadastro de Contribuintes do IPVA no prazo de 30 (trinta) dias, em relação aos fatos geradores ocorridos entre o momento da alienação e o do conhecimento desta pela autoridade responsável;

Acesso ao Sumário

(...)

§ 2º - A responsabilidade prevista nos incisos I, II, III, VII, VIII, IX, X, XI e XII deste artigo é solidária e não comporta benefício de ordem. (...)".

Essa responsabilização de cunho solidário não tem aplicação à espécie, uma vez demonstrado que houve tempestiva comunicação da transferência do veículo (fls. 66).

Assim, dá-se provimento ao recurso para deferir o pedido de antecipação de tutela, a fim de que seja sustada ou suspensa a ordem de protesto referente à CDA nº 1.219.386.568. Caso já tenha sido lavrado o protesto, deve – nos termos da presente decisão – ser cancelado.

III. Por todo o exposto, dá-se provimento ao agravo.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2021502-68.2017.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante JOÃO AUGUSTO MARQUES MACHADO, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

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 30.346)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE SENTENÇA. Devedor intimado, pessoalmente, para o cumprimento da obrigação. Fixação posterior de multa. Desnecessidade de nova intimação pessoal. Ato devidamente realizado na pessoa de seu advogado, via DJE, conforme determina o art. 513, § 2º, I, do CPC/2015, em vigor

Acesso ao Sumário

à época da prolação da decisão. Redução do valor. Inadmissibilidade. Multa fixada com parcimônia. *Astreinte* deve ser expressiva a ponto de coagir o devedor a cumprir o preceito.
RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

JOÃO AUGUSTO MARQUES MACHADO interpõe agravo de instrumento, com pedido de liminar, contra a r. decisão (fl. 247), proferida nos autos da execução movida pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ**, que diante de sua intimação pessoal, determinou a incidência, a partir de sua publicação, de multa diária no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 100.000,00.

Sustenta, em síntese, que é aposentado com um salário mínimo, idoso e não tem condições de cumprir a integralidade da sentença ou arcar com a multa fixada. Aduz que foi intimado apenas da sentença proferida na ação de obrigação de fazer, e que a multa cominatória foi fixada posteriormente, de sorte que deveria ter sido novamente intimado, o que não ocorreu, o que viola o disposto na Súmula 410 do STJ e a Lei nº 11.232/2005. Além disso, considera excessiva a multa fixada, pretendendo sua redução, pena de enriquecimento ilícito; e prequestiona a matéria para fins de interposição de recurso a Superior Instância (fls. 01/12).

O efeito suspensivo foi indeferido.

Contraminuta (fls. 81/84).

É o relatório.

Examinando-se os autos, verifica-se que em ação de obrigação de fazer o agravante foi condenado a demolir as paredes que ocasionaram o fechamento lateral de uma construção; providenciar a remoção dos materiais respectivos; e restaurar a área, recompondo a vegetação nativa e processos erosivos.

O recorrente foi intimado, pessoalmente, da sentença a fl. 61.

A seguir, o d. Magistrado *a quo* assim se pronunciou:

"(...)

2. No mais, ante a intimação pessoal do requerido (fl. 232), cumpra-se a r. sentença, incidindo, a partir da publicação desta decisão, multa diária no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 100.000,00 (cem mil reais)."

Desta decisão, o agravante foi intimado na pessoa de seu advogado, via DJE (fls. 16).

Nestes autos, argumenta que a intimação da existência da multa também

Acesso ao Sumário

deveria ser pessoal, a teor da alteração introduzida no CPC/1973 pela Lei nº 11.232/2005 e da Súmula nº 410 do E. STJ.

Referida Súmula assim dispunha: "*A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*" (Segunda Seção, em 25/11/2009, em DJe 16/12/09).

Ocorre que a decisão em questão foi proferida sob a vigência do novo CPC, cuja forma padrão de intimação do devedor para o cumprimento da sentença (seja para pagamento de quantia certa, seja para execução das obrigações de fazer ou não fazer) é por intermédio de seu advogado constituído, por *Diário da Justiça.*

> *"Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.*
>
> *§ 1º (...)*
>
> *§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:*
>
> *I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;*
>
> *II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;*
>
> *III - por meio eletrônico, quando, no caso do* ***§ 1º do art. 246****, não tiver procurador constituído nos autos*
>
> *IV - por edital, quando, citado na forma do* ***art. 256****, tiver sido revel na fase de conhecimento.*

Assim, não é necessária a intimação pessoal do devedor para cumprimento, **exceto** se não tiver procurador constituído, se for representado pela Defensoria Pública (artigo 513, parágrafo 2º, II, III e IV do novo CPC) ou se o requerimento de cumprimento ocorrer após um ano do trânsito em julgado da sentença (artigo 513, parágrafo 3º do novo CPC), hipóteses em que não se enquadra o caso em apreço.

Por outro lado, a *astreinte* deve ser expressiva a ponto de coagir o devedor a cumprir o preceito, e o valor fixado atende esta finalidade, não comportando redução.

Ressalte-se que a noticiada situação econômica do recorrente não pode servir de arrimo para o descumprimento da obrigação, em prejuízo do meio ambiente, até porque, pelo teor da sentença condenatória (fls. 46/52), verifica-se que se trata de obra de pequena monta, vale dizer, simples demolição de fechamento lateral de construção em alvenaria em área de proteção permanente,

Acesso ao Sumário

sabidamente irregular, porque o próprio agravante havia solicitado licença para tanto, que foi negada à época.

Por fim, dou por discutidos todos os dispositivos constitucionais e legais citados em sede recursal. Vale lembrar que a função do juiz é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para julgar, pareceram-lhe suficientes. Não é necessário apreciar todos os argumentos e dispositivos legais deduzidos pelas partes (STF, RT 703/226; STJ-Corte Especial, RSTJ 157/27 e, ainda, EDcl no REsp 161.419); EDcl no REsp 497.941, FRANCIULLI NETTO; EDcl no AgRg no Ag 522.074, DENISE ARRUDA).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037708-60.2017.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante SAULO SAMUEL DE QUADRO, é agravado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRANSITO - DETRAN/SP.

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 24.575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), EDSON FERREIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Desbloqueio e renovação de CNH – Ausência de processo administrativo – Penalidade imposta em processo criminal já cumprida, que não pode obstar a renovação da habilitação do agravante – Recurso de agravo de instrumento provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento tirado de r. decisão,[1] proferida nos autos do mandado de segurança,[2] que indeferiu liminar para renovação de CNH, sob o

1 Reproduzida a fl. 56.

2 Feito nº 1001177-75.2017.8.26.0037.

fundamento de inexistência de prova inequívoca.

Sustenta o impetrante que foi condenado, nos termos do art. 306 do CTB,[3] a seis meses de detenção em regime inicial aberto, dez dias multa e suspensão do direito de dirigir pelo prazo de dois meses, substituída a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária de dois salários mínimos. Na audiência realizada em 31/03/2014, nos autos do processo criminal, o impetrante entregou sua habilitação (fl. 53), vindo a recuperá-la em 10/06/2014 (fl. 54), nesse período foi aprovado na avaliação de reciclagem de CNH.[4]

No entanto, ao tentar renovar sua habilitação no ano de 2016 foi impedido sob alegação de que teria punição de suspensão do direito de dirigir por dois meses para cumprir. Defende que já cumpriu a pena imposta decorrente da autuação ocorrida em 07/12/2013, praticada há mais de três anos, pontuação que também não pode mais integrar seu prontuário. Requer a concessão da tutela recursal a fim de que lhe seja permitido renovar sua habilitação.

Recurso recebido com antecipação dos efeitos da tutela recursal; informações dispensadas, com resposta do DETRAN. [5]

Fundamentação

Cumpre salientar que no presente recurso cabe apenas e tão somente a análise dos requisitos da medida liminar, estando vedado, em sede de agravo de instrumento, adentrar no mérito da ação principal.

O impetrante requer o desbloqueio da CNH para fins de renovação, pois, conforme alegado, foi impedido de renovar sua habilitação em razão de penalidade, imposta em processo criminal, já cumprida.

O agravo foi recebido com concessão da tutela recursal, visto que parece ter o impetrante já cumprido os efeitos da penalidade imposta decorrente da autuação ocorrida em 07/12/2013, é o que se verifica pelo termo de audiência e o certificado teórico de aproveitamento (reciclagem CNH).

Na contraminuta do DETRAN, a autarquia defende a independência das instâncias penal e administrativa, razão pela qual não há que se falar em *bis in idem.*

No entanto, ao que parece, o autor foi impedido de renovar sua habilitação em razão de pena imposta no processo criminal, visto que não há processo administrativo juntado aos autos.

Pelo contrário, nas informações prestadas pela autoridade coatora

3 Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

4 Fl. 48 dos autos principais.

5 Despacho, fl. 79/81; contraminuta, fls. 86/91.

Acesso ao Sumário

nos autos principais (fls. 89/90), consta que o agravante possui a somatória de 27 pontos em seu prontuário, "*sendo assim deverá ser aberto processo administrativo conforme previsto no artigo 261 do CTB*".

Pelo visto, não há processo administrativo instaurado aplicando a pena de suspensão do direito de dirigir do impetrante, por isso, a pena imposta em processo criminal já cumprida não pode ser impedimento para o agravante renovar sua habilitação.

Ante o exposto, é de se confirmar a antecipação da tutela recursal, a fim de possibilitar ao agravante a renovação de sua habilitação. É como voto.

RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2233905-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDISON ROBERTO DOS SANTOS, é agravado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO - DETRAN.

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 42.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 20 de junho de 2017.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO EM CONCURSO DE AGENTE DE TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DE CURSO SUPERIOR. Requisito para a prorrogação da Resolução Contran 542/2015 não preenchido pelo agravante. Decisão mantida.

AGRAVO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da r.

decisão[1] que indeferiu o pedido de antecipação de tutela que visava a aceitação do credenciamento do agravante como agente de trânsito, mesmo não possuindo curso superior.

Agrava a parte autora[2] alegando, em síntese, que foi impedido de participar do concurso de agente de trânsito por não cumprir o item 3.2, letra "e" e item 3.2, letra "j" do edital 05/2015 (possuir curso superior). Aduz que exigência do curso superior está suspensa pela resolução Contran nº 542/2015, de 15 de julho, a qual conferiu prazo até 13/08/2020 para os profissionais se adequarem a exigência da norma da Resolução Contran mº 358/2010, de 13 de agosto. Alega que, em que pese esteja suspensa a exigência pelo curso superior, o autor concluiu o curso superior de Tecnologia em Gestão Pública pela Universidade Norte do Paraná e que entregou regularmente no momento da inscrição as certidões negativas do Cadin exigidas pelo item 3.2, letra "j".

O pedido de antecipação de tutela recursal foi indeferido[3], pelo Desembargador Venicio Salles.

A contraminuta foi entregue[4].

É o relatório.

O autor foi impedido de seguir no concurso de credenciamento de agentes de trânsito por não possuir curso superior, exigência contida em edital.

Ocorre que a Resolução Contran nº 542/2015, de 15 julho, veio prorrogar o prazo para que os agentes já credenciados apresentem certificado de conclusão em curso superior até o ano de 2020. Verifica-se que a resolução apresenta como requisito o agente já estar credenciado. No momento em que ele se inscreve em novo concurso (já que os concursos possuem prazo determinado) pode se beneficiar da prorrogação.

No caso em tela, o agravante não comprova esse requisito.

E, apesar da alegação de que concluiu o curso superior de Tecnologia em Gestão Pública pela Universidade Norte do Paraná, não há documento nos autos que isso demonstre.

Deste modo, ausente a fumaça do bom direito, o que é o bastante para o indeferimento do pedido.

Ante o exposto, meu voto propõe seja negado provimento ao agravo de instrumento, ficando mantida a decisão recorrida.

1 Fls. 242/243, de lavra do Juiz Fausto José Martins Seabra.

2 Fls. 01/13.

3 Fl. 248.

4 Fls. 255/264.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019104-51.2017.8.26.0000, da Comarca de Cosmópolis, em que é agravante EMÍLIA SABINA DA SILVA MILITÃO, são agravados MUNICÍPIO DE COSMÓPOLIS e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.307)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente), AROLDO VIOTTI e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: RECURSO – Tutela de Urgência. O artigo 1.019, do novo Código de Processo Civil, permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal. Elementos que evidenciam a probabilidade do direito pleiteado pela agravante, possibilitando a reforma da r. decisão agravada. RECURSO PROVIDO, com observação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por "*EMÍLIA SABINA DA SILVA MILITÃO*" contra a r. decisão que, em sede de ação ordinária ajuizada em face da "*PREFEITURA MUNICIPAL DE COSMÓPOLIS* e a *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*", indeferiu o pedido de tutela de urgência voltado à determinação de cirurgia para prótese decorrente do quadro de osteoartrose grave no joelho direito.

Sustenta, em síntese, que preenche os requisitos necessários à obtenção da liminar pleiteada.

A liminar foi deferida (fls. 29-36), sobrevindo as respectivas contraminutas (fls. 44-52 e 56-69).

É o breve relato.

O recurso comporta provimento.

Como já asseverado quando da apreciação da liminar, o artigo 1.019, do novo Código de Processo Civil, permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao

recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

Tratando-se de tutela de urgência o relator deverá aferir a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, a fim de conceder a liminar (artigo 300, do novo Código de Processo Civil).

Na hipótese dos autos, o MM. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de tutela antecipada, sob o fundamento de inexistir risco à vida da agravante, acrescentando que a providência reclamada representaria ofensa ao princípio da isonomia e o respeito à ordem cronológica nos procedimentos públicos de saúde.

Nesse particular, em que pese a convicção do magistrado, verifico que estão presentes os requisitos necessários ao deferimento da liminar.

Como sabido, nos termos previstos pelos artigos 2º, 5º, 6º, 7º, 19-M e 19-N, da Lei nº 8.080/90, instituidora do Sistema Único de Saúde (SUS), este tem como finalidade básica a assistência terapêutica e tratamento integral da saúde, abrangendo, inclusive, produtos de interesse para a saúde (correlatos), tais como órtese, prótese, bolsas coletoras, equipamentos médicos e procedimentos terapêuticos.

O artigo 196, da Constituição Federal, prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá oferecer atendimento integral, não cabendo à Administração Pública se eximir desta obrigação por qualquer justificativa.

A Lei nº 8.080/90 prevê a solidariedade dos entes federados, o que permite que a obrigatoriedade da r. decisão recaia sobre um ou todos os responsáveis, nos termos previstos pelo artigo 275, do Código Civil.

Confira-se:

> *"Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo."*
>
> (STF - AI nº 550.530-AgRg, 2ª Turma, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, j. 26/06/2012, DJe de 16/08/2012.)

Outrossim, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos de REsp nº 127.604-RS, em v. acórdão da lavra do eminente Ministro GARCIA VIEIRA, deixou assentado, como razão de decidir, a seguinte citação do Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, SubProcurador-Geral da República:

> *"Os argumentos articulados pelo Estado do presente recurso especial além de serem juridicamente inconsistentes, demonstram com mais razão o descaso das autoridades incumbidas pela saúde do*

Acesso ao Sumário

cidadão, que se preocupam em opor-se com teses jurídicas de difícil aceitabilidade para negar ao recorrido o sagrado direito de sobrevivência.

A vida é direito subjetivo indisponível, tem fundamento no Direito Natural, e o direito está constitucionalmente assegurado ao cidadão, sendo este líquido e certo.

No nosso entender, os argumentos deduzidos pelo recorrente são de lana caprina, porque não se satisfazem com o alcance e o sentido da norma maior nem com melhor exegese das normas da legislação infraconstitucional alegado como violada.

Assegurar-se o direito à vida a uma pessoa, propiciando-lhe medicação específica que lhe alivia até mesmo sofrimentos e a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível não é antecipar a tutela jurisdicional através de medida cautelar, mas garantir-lhe o direito de sobrevivência.

Parece-nos, antes de tudo, assegurar o primado da hierarquia das normas jurídicas, fazendo com que os instrumentos legais infraconstitucionais sejam, realmente interpretados à luz dos princípios maiores do sistema jurídico constitucional.

Aguardar licitação para atender às necessidades prementes da vida de um ser humano é, sobretudo, conduta desumana incompatível com o alcance e princípio de qualquer regra jurídica e o hermeneuta e aplicador da lei tem o dever, como Magistrado, de interpretar a norma atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, segundo dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil" (RSTJ, vol. 106/109).

Importante destacar, ainda, que a mera inscrição da agravante em lista de espera para se submeter ao procedimento cirúrgico não torna improcedente a pretensão deduzida na inicial, nem tampouco obsta que este Tribunal atue em defesa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Ora, denota-se dos documentos apresentados pela autora, ora agravante, que o tratamento cirúrgico em seu joelho havia sido prescrito, no mínimo, desde 15/01/15 (fls. 25), já que há indicação do procedimento desde o ano de 2013, segundo o documento de fls. 23.

Seja como for, transcorrido, aproximadamente, um ano e meio se submeteu a nova consulta (fls. 24), sendo informada pela Administração que não havia previsão de data para o agendamento do procedimento cirúrgico.

Observe-se que a Fazenda do Estado de São Paulo foi intimada acerca da liminar deferida no presente recurso, em 21/02/2017 (fls. 53), requerendo dilação de prazo após transcorridos um mês e meio, sob a singela justificativa de "*adotar todas as providências tendentes ao cumprimento integral de liminar*" e agendar a consulta para o dia 16/05/2017 (*aproximadamente 3 meses da data da intimação*), com a ressalva de que poderão ser necessários outros exames e

Acesso ao Sumário

"agendamento da sala de cirurgia que deve ficar a critério do médico responsável pelo procedimento" (vide fls. 71-72).

O requerimento não comporta deferimento, notadamente porque não se mostra razoável exigir que a autora, ora agravante, aguarde indefinidamente a realização do procedimento pleiteado, mormente porque se trata de pessoa idosa, acometida por patologia grave e incapacitante.

Não há dúvida acerca da urgência da providência reclamada pela parte autora, como também da necessidade de intervenção imediata por parte do Poder Judiciário, que não pode ser conivente com o descaso por parte do Poder Público em cumprir fielmente e com a celeridade necessária os preceitos tutelares à vida e à saúde dos cidadãos, como expressos na Constituição Federal.

Deve ser sublinha, ainda, que a providência tem por finalidade dar efetividade a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), tutelando-se, por conseguinte, os direitos à vida e à saúde dos cidadãos (artigo 5º, *caput* e 196).

A simples resistência do Poder Público em fornecer assistência integral à saúde, por si só, não deixa dúvidas de que a população doente e carente não está recebendo o tratamento e o acompanhamento adequados e eficazes à saúde, como determina a Constituição Federal.

Curial, pois, a reforma da r. decisão agravada, ratificadas as condições estabelecidas quando do deferimento da liminar (fls. 10-17), assegurando à agravante, na eventual hipótese de descumprimento pelas agravadas da tutela de urgência requerer prontamente ao MM. Juízo "*a quo*" a adoção de outras medidas coercitivas para o cumprimento da decisão, tais como a responsabilização pessoal dos agentes públicos responsáveis pelo cumprimento.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso, nos termos retro especificados.

Oficie-se ao MM. Juízo "*a quo*" acerca do resultado deste julgamento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037469-56.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SÃO PAULO TRANSPORTES S/A, é agravada JOALES SOUZA OLIVEIRA (POR CURADOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso desprovido, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

(Voto nº 30.691)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFERIMENTO DE LIMINAR – FORNECIMENTO DE TRANSPORTE GRATUITO PELO *"PROGRAMA ATENDE", PELA SÃO PAULO TRANSPORTES S/A*., PARA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – IRRESIGNAÇÃO – DESCABIMENTO – INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Arts. 4º e 7º) E ARTIGOS 205 E 208, INCISO III, DA CF – IRRESIGNAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

São Paulo Transportes S/A interpôs agravo de instrumento contra r. decisão do Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, na ação de Obrigação de Fazer, com pedido de antecipação de tutela ajuizada por Joales Souza Oliveira, que deferiu a tutela para o fornecimento de transporte por meio do serviço ATENDE, em conformidade como elencados em peça inaugural, em razão de sua necessidade física e mental; argumenta razões para antecipação da tutela e o acolhimento do recurso.

A liminar foi **indeferida** (fls. 93/94).

Sem **contraminuta** (certidão de fl. 98).

É o relatório.

Extrai-se das peças e das razões recursais encartadas aos autos que o agravado, ora interditado e representado por curador legal (irmã), sofre de Retardo Mental e Síndrome de Down aguda (CID Q90 e F79.0), consequentemente, em virtude destas patologias, tem dificuldades de locomoção. Assim, postula provimento pelo fornecimento do serviço de transporte por meio do ATENDE, em conformidade como elencados em peça inaugural.

Em que pese o posicionamento adotado pelo nobre patrono, retratando

que tais veículos são destinados ao transporte somente de pessoas que apresentam alto grau de comprometimento locomotor, a *priori*, não constam, de plano, presentes os requisitos, na sua integralidade, de molde a ensejar a reforma do julgado singular, ora proferida com cautela, em especial pela necessidade de maior análise ante ao seu caráter subjetivo individual, consubstanciando, inclusive, em face do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º e 7º).

No mais, denota-se que as documentações encartadas aos autos mostram-se verossímeis com as alegações do agravado, justificando o seu direito à obtenção do transporte especial necessário ao seu deslocamento e tratamento, conforme preceituam as disposições dos arts. 5º, *caput* e 196 da CF, os quais determinam respectivamente:

"Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida..." (grifos nossos).

"Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Outrora, a arguição sobre necessidade de previsão orçamentária não elide o direito do agravado em obter o transporte necessário ao seu deslocamento/tratamento, até porque o direito colocado *sub judice* predomina sobre qualquer aspecto pecuniário ou burocrático, diante da extrema relevância e indisponibilidade de que revestido.

Acresça-se, ainda, que a arguição sobre a suposta ocorrência de prejuízo irreparável não justifica a ausência de concessão da tutela antecipada, vez que o perigo de irreversibilidade da decisão há que ser efetivo, não se concretizando quando o bem posto *sub judice* puder ser quantificado e ressarcido em espécie. Em outras palavras, o eventual prejuízo, se houver, será pecuniário e, por conseguinte, integralmente ressarcível, ao reverso da situação enfrentada pela parte.

Assim, em decorrência do analisado, forçoso reconhecer da inviabilidade de ser acolhido o pedido de tutela antecipada, embora o mérito da ação principal possa propiciar acolhimento, mas dependente de suficiente demonstração, o que agora não se constata, por ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 300, do CPC.

Importante destacar que a r. decisão do Magistrado não se mostra teratológica ou revestida de qualquer irregularidade ou ilegalidade, a justificar sua reforma nesta fase de cognição sumária, ainda, mais, considerando que sequer consta a efetiva citação para prestar as informações pertinentes com a

Acesso ao Sumário

presente peça contestatória.

Ressalte-se, por fim, que não se trata de julgamento definitivo, mas, apenas, de análise preliminar em etapa de cognição sumária. Reprisa-se, todas as alegações da Agravante devem ser examinadas pelo Juízo, contudo, sob o crivo do contraditório, com a possibilidade de apresentação de defesa pelo ente público, ficando também resguardado o direito da recorrente de produzir as provas que entender necessárias para elidir os argumentos lançados pelo agravado.

Nesta ordem, de rigor a preservação da r. decisão guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, observado o aspecto de que a matéria aqui analisada ficou circunscrita ao restrito âmbito da liminar.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso, ficando prequestionados os dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2045593-62.2016.8.26.0000, da Comarca de Buritama, em que é agravante MUNICÍPIO DE BURITAMA, são agravados ANA CLARA PEREIRA DE SOUZA e ADIANE DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.811)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

VERA ANGRISANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Sequelas em recém- nascida decorrentes de demora no parto. Decisão que defere pedido de antecipação de tutela para impor às rés, Prefeitura e Santa Casa, solidariamente, o pagamento de pensão mensal à parte autora. Óbice à concessão de liminar contra a Fazenda Pública em demanda que verse sobre aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Art. 1º da Lei nº 9.494/97 c.c. art.

7º, §2º, da Lei nº 12.016/09. Morte da criança, não havendo mais que se falar em pensão para viabilizar a permanência da genitora na residência para cuidar de sua filha. Despesas e prejuízos havidos que deverão ser objeto da condenação final, caso procedente o pleito. Necessidade de análise do mérito do agravo em razão da fixação de *astreintes* e de não ter sido concedido efeito suspensivo. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido.

VOTO

I- Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE BURITAMA** contra decisão de fls. 19/20 (fls. 110/111 do feito na origem) que, nos autos da ação de rito ordinário ajuizada por **ANA CLARA PEREIRA DE SOUZA E OUTRA**, concedeu tutela antecipada para determinar que a ora agravante e o corréu "Hospital Santa Casa de Misericórdia São Francisco Buritama" que paguem à parte autora, solidariamente, no prazo de 10 dias, pensão mensal de 5 salários mínimos, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 30.000,00.

A demanda originária foi proposta por Ana Clara, menor recém-nascida representada por sua mãe Adiana, a qual também figura no polo ativo, buscando a condenação dos réus a pagar indenização por danos morais, materiais, estéticos e lucros cessantes. Ana nasceu em 27.11.14, mas desde então permanecia em estado vegetativo, respirando e se alimentando apenas com a ajuda de aparelhos. O diagnóstico foi de "Encefalopatia Hipóxico-Isquêmica", em consequência de anoxia neonatal grave. Em breve síntese, teria havido negligência médica, com excessiva demora para realização do parto. Ao tempo do ajuizamento, em dezembro/15, a criança aguardava suporte domiciliar para ter alta hospitalar. Foi requerida a medida precária para determinar aos réus que fornecessem os equipamentos necessários para que Ana tivesse alta e pudesse ir para sua residência, além do pagamento de R$ 13.632,00 referentes aos 10 meses que a genitora ficou sem trabalhar, além dos valores relativos às despesas havidas até então, bem como a pensão provisória de 10 salários mínimos para que a genitora passa cuidar se sua filha em sua residência. Sobreveio o decisum combatido.

Nas razões recursais, alega a Municipalidade as teses de ilegitimidade passiva, já que todo o atendimento foi realizado em hospital beneficente e sem fins lucrativos, mas com natureza jurídica de direito privado. Também alega não estarem presentes os requisitos previstos no então vigente art. 273 do CPC/73, notadamente o da prova inequívoca, pois inexiste por ora comprovação do nexo causal. Também não houve justificativa segura para o valor pleiteado a título de

Acesso ao Sumário

pensão. Pede a concessão de liminar e ao final a reforma da decisão.

O feito foi inicialmente distribuído à 7ª Câmara de Direito Privado, sendo indeferido o pleito antecipatório pela E. Desembargadora Mary Grün (fls. 132/133).

Foi noticiado o óbito da menor Ana em março/16 (fl. 138).

Ofertadas contrarrazões (fls. 139/145). A Municipalidade manejou agravo regimental (fls. 153/170), o qual não foi conhecido (fls. 173/175). Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 186).

Uma vez que a questão envolvia a responsabilidade civil do Estado, o recurso não foi conhecido, com determinação de redistribuição á Seção de Direito Público (fls. 188/194). Autos conclusos a esta relatora em 21.06.2017 (fl. 203).

É o relatório.

II- O recurso deve ser conhecido e comporta provimento.

A questão da legitimidade passiva deverá ser melhor analisada na origem. No entanto, não se deve, em sede de agravo, excluir de plano a Municipalidade, pois "(...) Considerando que o funcionamento do SUS é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, é de se concluir que qualquer um destes entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de quaisquer demandas que envolvam tal sistema, inclusive as relacionadas à indenizatória por erro médico ocorrido em hospitais privados conveniados (...)"[1].

No que tange ao pagamento da pensão, a concessão da tutela de urgência encontra óbice no disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97 c.c. art. 7º, §2º, da Lei nº 12.016/09, no sentido de que não será concedida medida liminar que tenha por objeto a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, o que abarca o pagamento de pensão mensal.

Ademais, tendo ocorrido o óbito da criança, não há mais que se falar em pagamento de pensão mensal à genitora para que esta possa ter condições de cuidar de sua filha em sua residência. O ressarcimento dos prejuízos, aí incluídos os lucros cessantes e despesas durante o período em que Ana Clara esteve internada, serão objeto da condenação final, caso se decida pela procedência. Não é o caso de considerar prejudicado o recurso em razão de a decisão guerreada ter fixado multa diária e não ter sido conferido efeito suspensivo.

Isto posto, **conhece-se e dá-se provimento** ao recurso. Sem honorários recursais, nos termos do Enunciado Administrativo nº 07 do C. STJ.

Acesso ao Sumário

1 REsp 1388822/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 01.07.2014.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2168679-70.2016.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado NICOLLAS GUSTAVO KAISER FRANÇA (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) TAMIRES LAUREANO KAISER.

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 9.329)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Vedação de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública não pode ser ampla e generalizada de modo a implicar em perecimento do direito do autor – Garantias do resultado útil do processo – Verificados os requisitos legais necessários à concessão da tutela antecipada, com fulcro no art. 300 do CPC/2015 – Verba de natureza alimentar – Demandante em tenra idade – Interlocutória mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interpolado pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** contra decisão que deferiu tutela antecipada para determinar às requeridas o pagamento de pensão por morte em favor do agravado, Nicollas Gustavo Kaiser França, nos autos de processo ordinário ajuizado por este último e em trâmite perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Matão.

Vindica a agravante a desconstituição da r. interlocutória dardejada, a fim de que indeferida a concessão da tutela antecipada em favor do agravado, sob pena de causar grave lesão ou de difícil reparação à Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Recurso tempestivo, processado sem efeito suspensivo e contrariado (fls. 83/88).

Devidamente intimadas, as partes não se opuseram ao julgamento virtual

Acesso ao Sumário

(fls. 94).

Tal, em abreviado, o relatório.

Em que pese às razões recursais, não merece acolhimento o agravo.

De isagoge, não comporta acolhida a pretensão fazendária no sentido de não se aplicar ao caso em tela a sistemática da tutela de urgência, uma vez que se trata de situação de significativa excepcionalidade.

Cabe destacar que não há prevalecer o entendimento pelo qual há uma vedação generalizada de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública com fulcro no que dispõem os enunciados do **art. 5º** e **7º**, **§2º** da **Lei nº 12.016/2009** e **art. 1º** da **Lei nº 9.494/1997**, de modo que as referidas limitações à concessão em caráter de urgência devem ser interpretadas de forma restritiva, evitando-se o perecimento do direito do autor, o que impossibilitaria a sua pretensão de ter um efetivo acesso à tutela jurisdicional.

A proibição à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública não pode ser ampla de modo tal que implique a vedação de toda e qualquer medida antecipatória, uma vez que frustrado pode se tornar o direito pleiteado pelo demandante.

Nessa mesma esteira, o pedido liminar foi deferido pelo Juízo *a quo*, nos seguintes termos:

> **Vistos.**
>
> **Ciente da decisão que reconheceu a conexão do presente feito com os autos n° 1000799-33.2016 (fls. 261/262).**
>
> **Trata-se de requerimento de tutela de urgência, em ação indenizatória que NICOLLAS GUSTAVO KAISER FRANÇA, representado por sua genitora TAMIRES LAUREANO KAISER, move em face de ESTADO DE SÃO PAULO - FAZENDA ESTADUAL e FORJAS TAURUS S.A, visando que as rés sejam compelidas ao pagamento de pensão alimentícia, além de danos morais ao autor, filho de Daniel da Silva França, que foi morto após ser atingido por tiro proferido por policial militar em exercício da função, utilizando-se arma de fogo fabricada pela segunda requerida.**
>
> **O Ministério Público opinou pela fixação dos alimentos provisórios em um salário mínimo (fls. 268).**
>
> **O caso, em análise, autoriza o deferimento, inaudita altera pars, da tutela provisória de urgência.**
>
> **O autor NICOLLAS GUSTAVO KAISER FRANÇA, com 03 anos é filho do de cujus Daniel da Silva França, conforme demonstram os documentos de fls. 26 e 38/39. Nesse sentido, é verossímil e presumida a dependência econômica do filho do falecido e a necessidade incontroversa de subsistência.**
>
> **Aliado ao juízo de verossimilhança com relação à dependência**

Acesso ao Sumário

financeira, também há indícios suficientes de que o falecido, pai do autor, foi vítima de um suposto disparo acidental efetuado por policial militar (servidor público estadual), utilizando-se arma de fogo fabricada pela requerida Forjas Taurus S.A cujo modelo apresentou problemas. Ademais, os documentos trazidos com a inicial e a cópia dos autos da ação penal movida contra o policial que efetuou o disparo revelam a desclassificação da imputação de homicídio doloso para culposo (fls. 221/243).

Por fim, levando-se em consideração o ultimo contrato de trabalho do de cujus, tem-se que este percebia em média R$ 1.600,00 por mês (fl. 37). Assim, e observando-se o fato de que o falecido deixou outras duas filhas menores de idade, que também promovem ação idêntica a esta, se mostra exorbitante o valor de 03 (três) salários mínimos pleiteados pelo autor, devendo, por ora, à título de tutela provisória de urgência, ser arbitrada a pensão alimentícia no importe de 2/3 (dois terços) do salário mínimo nacional.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de tutela provisória, inaudita altera pars, para determinar que as requeridas FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e FORJAS TAURUS S.A efetuem, solidariamente, o pagamento mensal ao autor NICOLLAS GUSTAVO KAISER FRANÇA, de pensão alimentícia no importe de 2/3 (dois terços) do salário mínimo nacional vigente à época do pagamento.

Oficie-se às rés, com urgência, para o cumprimento da presente decisão.

Cite-se com as advertências legais Após a formação da relação jurídico processual estes autos deverão ser apensados aos autos nº 1000799-33/2016, para instrução e julgamento conjuntos.

Intime-se. (fls. 73/74).

Como se vê, a agravante fazendária e a empresa ré restaram compelidas ao pagamento de verba de natureza alimentícia em favor do agravado em virtude da morte de seu genitor por agente público em exercício de suas funções, com o uso de arma de fogo produzida pela segunda requerida, instrumento este no qual fora detectado defeito de fabricação, devidamente reconhecido pela empresa em procedimento de *recall.*

Portanto, patente a natureza alimentícia das verbas pleiteadas pelo demandante em caráter antecipatório, que se soma ao fato de este possuir tenros três anos de idade e, portanto, sua subsistência depender totalmente de seus genitores.

Dessa forma, no caso em tela, a concessão da tutela antecipada se mostra imprescindível para que seja garantida a efetividade ao resultado útil do processo, uma vez que, se restar o menor agravado desamparado após a abrupta morte de seu pai, não terá a seu dispor recursos suficientes à manutenção de

Acesso ao Sumário

suas mais básicas necessidades. A não-concessão da medida de urgência pode resultar em grave prejuízo de difícil reparação ao agravado.

Além disso, presentes se mostram os requisitos necessários à concessão de tutela da urgência fulcrados no art. 300 do CPC/2015, com teor correspondente ao do **art. 273** do **CPC/1973**, dada a verossimilhança da narrativa trazida pelo demandante, confirmada pela agravante e com esteio em elementos presentes em ação penal para apuração da morte do genitor do agravado na qual se evidencia que o *de cujus* faleceu em virtude de disparo de arma de fogo pertencente ao Estado, manuseada por servidor público estadual no exercício de suas funções, além do já demonstrado perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Portanto, presentes os requisitos legais necessários à concessão da liminar pleiteada que afastam a pretensão da agravante pelo reconhecimento de uma vedação generalizada de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Por fim, impende ressaltar que, ao determinar o pagamento da pensão em favor do agravado pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo e pela empresa requerida, atentou o magistrado *a quo* à proporcionalidade, fixando a verba alimentícia em dois terços do salário mínimo nacional, valor este que se mostra adequado e razoável tratando-se de concessão provisória de urgência.

Em suma, impõe-se a mantença da interlocutória.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051278-16.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados DEVANIR SANCHES, NELSON DO NASCIMENTO FILHO, LUIZ ANTONIO FERREIRA, FÁTIMA NANCY PAVANI TOFANIN, MILTON JOSÉ TOMAZ, JOSÉ ROBERTO FRADE SANTIAGO, EVANDRO RIBEIRO CAMPOS, EDSON ETELVINO DA SILVA, MARCO ANTONIO DE SOUZA, WILSON CAVALCANTI, PLÍNIO SANTOS, ALYPIO LEIVAS, RUDINEI DIAS MORINI e JOACIR PEDRO DE OLIVEIRA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso, com análise de matéria "ex officio" em relação à correção monetária. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra

este acórdão. **(Voto nº 24.537)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES ESTADUAIS. DIFERENÇAS SALARIAIS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 11.960/09. Decisão que rejeitou os embargos opostos FESP, afastando a incidência da Lei nº 11.960/09 e mantendo os cálculos dos exequentes, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros de 0,5% ao mês, nos termos da redação original do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Descabimento. Superveniência da Lei Federal nº 11.960/09. Aplicação imediata, a partir de sua vigência (EDcl no REsp 1.205.956/SP), sem retroagir a período anterior. Posterior decisão do STF na ADI nº 4357/DF, que declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09. Redefinição do tema pelo STJ, no julgamento do RESP nº 1.270.439/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC: (a) correção monetária de acordo com o IPCA e (b) juros moratórios equivalentes aos índices aplicáveis à caderneta de poupança, observadas as regras vigentes. Adequação do entendimento à atual orientação do STJ. Decisão reformada. Recurso provido em parte, com análise de matéria 'ex officio' em relação à correção monetária.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão (fls. 105/108) que rejeitou os embargos à execução de sentença opostos pela **Fazenda do Estado de São Paulo** em face de **Devanir Sanches e outros**, alegando excesso de execução pela inobservância da Lei nº 11.960/09 no tocante à correção monetária e da taxa SELIC quanto aos juros de mora.

Sustenta a Agravante que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADI's 4.357 e 45.425, declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do artigo

Acesso ao Sumário

1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porém essa declaração teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava vinculado ao artigo 100, § 12, da Constituição Federal (EC nº 62/09), o qual se refere tão somente à atualização de valores requisitórios, de modo que o referido artigo ainda continua em vigor no que tange a atualização monetária das condenações imposta à Fazenda Pública até a expedição do requisitório. Quanto aos juros, o referido Sodalício não retirou a Lei nº 11.960/09 do ordenamento jurídico e, por isso, os juros deverão observar a caderneta de poupança.

O recurso foi regularmente processado (fls. 112).

Os Agravados apresentaram contraminuta (fls. 114/117).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 118).

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a preliminar arguida pelos Agravados em contraminuta.

Com efeito, o pronunciamento do MM. Juiz *a quo* rejeitou a impugnação ofertada pela Fazenda do Estado e não extinguiu a execução, razão pela qual tem natureza de decisão interlocutória (CPC, art. 203, § 2º), impugnável por meio de agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, parágrafo único).

Nesse sentido o magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"**Decisão interlocutória**. Segundo o sistema recursal do CPC, decisão interlocutória é o pronunciamento do juiz que não se encaixa na definição de sentença do CPC 203 § 1º - ou seja, não extingue a fase cognitiva do procedimento comum (especial e de jurisdição voluntária) nem põe fim à execução, com base no CPC 485 ou 487 (CPC 203 § 2º). Ainda que decida questão de mérito, se a decisão não colocar fim à fase cognitiva do procedimento comum (especial e de jurisdição voluntária) ou à execução é interlocutória, impugnável pelo recurso de agravo de instrumento (...)."*[1]

Quanto ao mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Trata-se, na origem, de ação ajuizada em 2005 por servidores públicos estaduais visando o reconhecimento do direito à incidência da sexta parte sobre seus vencimentos integrais.

A demanda foi julgada procedente, determinando-se o pagamento das diferenças, com atualização monetária de acordo com a Tabela Prática do TJSP e acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da Medida Provisória n° 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o artigo 1°-F à Lei n° 9.494/97 (Apelação Cível nº 0167089-10.2007.8.26.0000 - Relator: Dimitrios

Acesso ao Sumário

1 Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015 - nota 4 ao art. 1.015 - p. 2078 - grifo no original.

Zarvos Varellia - 5ª Câmara de Direito Público B - j. 27.11.2008).

Iniciada a execução, a Fazenda do Estado apresentou impugnação, alegando excesso de execução, pela não observância da Lei nº 11.960/09 no que tange à correção monetária e a taxa SELIC quanto aos juros de mora, nos termos da Lei nº 12.703/2012 (fls. 29/98).

O MM. Juiz *a quo* rejeitou a impugnação ofertada pela Fazenda do Estado, para afastar a incidência da Lei nº 11.960/09 e manter os cálculos dos exequentes, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros de 0,5% ao mês, nos termos da redação original do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (fls. 105/108).

Contra essa decisão foi interposto o presente recurso.

Inicialmente, conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.205.946/SP, julgado sob o rito do artigo 543-C do CPC (Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 02.2.2012), o artigo 1º-F da Lei n° 9.494/97, com a redação conferida pela Lei nº 11.960/09, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, **tem aplicação imediata aos processos em curso**, em consonância com o princípio do *tempus regit actum*, visto se tratar de uma norma de natureza eminentemente processual, sem retroagir a período anterior a sua vigência.

Há que se observar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.357/DF (Rel. Min. Ayres Brito), declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º da Lei 11.960/09.

Assim, em virtude da decisão da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.270.439/PR, sob a relatoria do Ministro Castro Meira, DJe 02.08.2012, firmou o entendimento de que tal declaração parcial de inconstitucionalidade refere-se ao critério de correção monetária previsto no artigo 5º da Lei nº 11.960/09, mantida a eficácia do dispositivo relativamente ao cálculo dos juros de mora, à exceção das dívidas tributárias, nos seguintes termos: a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

No caso em apreço, os juros moratórios devem incidir no percentual estabelecido para a caderneta de poupança, conforme estabelecido na Lei nº 11.960/2009 c/c com a Lei nº **8.177/91**, com alterações da Medida Provisória nº 567/12, convertida na Lei **12.703/12**. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei nº 11.960/09,

Acesso ao Sumário

deve ser calculada de acordo com o IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, desde quando devida cada parcela.

Também insubsistente a alegação da embargante de que a decisão das ADIs 4.357 e 4.425 se limitaria aos precatórios, visto que o citado REsp 1.270.439/PR foi bastante elucidativo sobre o alcance da mencionada declaração de inconstitucionalidade, com base, inclusive, na fundamentação do voto do eminente Ministro Ayres Britto, de modo que não pode ser acolhida a tese de que o artigo 5º da Lei 11.960/2009 continua em vigor.

Nesse contexto, de rigor a reforma da r. decisão agravada, para determinar que a Lei nº 11.960/09 deverá ser aplicada nos termos do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, com análise de matéria *ex officio* em relação à atualização monetária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2082506-09.2017.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado FRANCISCO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO, vencedor, COIMBRA SCHMIDT, vencido e MOACIR PERES.

São Paulo, 30 de junho de 2017.

MAGALHÃES COELHO, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Ordinária com obrigação de fazer – Fornecimento de medicamento – Garantia ao direito à saúde pública – Direito fundamental a vida digna – Recurso não provido.

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em autos de ação ordinária ajuizada por Francisco dos Santos, por meio do qual pretende ver reformada a decisão interlocutória que deferiu em parte a tutela provisória de urgência, para o fim de determinar que a requerida forneça gratuitamente ao Autor o medicamento Carfilzomib (Kyprolis) por prazo indeterminado, no prazo 05 (cinco) dias, sob a devida prescrição médica.

A Agravante alega, em síntese, que o direito pleiteado na demanda em questão, visa o fornecimento de excepcional, importado, caríssimo e não-padronizado medicamento. Aduz que se deve ter uma visão global quanto ao conjunto de fatores que são devidamente avaliados para a formação das listas de medicamentos, mormente quanto às prioridades da coletividade, e o medicamento em análise não faz parte dos programas estatais de assistência à saúde. Por fim, requer a concessão de prazo maior para o cumprimento da determinação judicial.

II. O pedido de tutela antecipada foi deferido.

III. Não houve apresentação de resposta.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em autos de ação ordinária ajuizada por Francisco dos Santos, por meio do qual pretende ver reformada a decisão interlocutória que deferiu em parte a tutela provisória de urgência, para o fim de determinar que a requerida forneça gratuitamente ao Autor o medicamento Carfilzomib (Kyprolis) por prazo indeterminado, no prazo 05 (cinco) dias, sob a devida prescrição médica.

O agravo não merece provimento.

No presente caso, estamos adstritos à delimitação do objeto pretendido, no caso, a presença ou não dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada, sem qualquer análise do mérito.

Com efeito, o art. 5º da Constituição Federal que trata dos direitos individuais, assegura aos cidadãos o direito à vida.

E como essa garantia fundamental não é um mero exercício de retórica, impõe-se ao Estado o dever de garanti-la dentre outros modos, assegurando o acesso à saúde pública.

Bem por isso, o art. 196 da Constituição Federal reconhece que a saúde é direito de todos e obrigação do Estado, que promoverá o atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

Longe de se ver aqui normas programáticas, recurso pelos quais usualmente os administradores públicos se escusam de cumprir as obrigações que lhes são dirigidas pela Constituição Federal, há que se ter normas impositivas de eficácia plena, que objetiva tornar real e não meramente retórico o direito à

Acesso ao Sumário

vida proclamado no art. 5º da Constituição Federal.

Estando provado nos autos que o agravado necessita do medicamento adequado, por indicação de profissional competente, o Estado por qualquer de seus entes políticos, seja a União, o Estado-Membro ou Município está obrigado a fornecê-los, pena de vulneração do mais importante dos direitos garantidos constitucionalmente. Afinal, se a vida perece de que adiantará aos cidadãos outros direitos?

O eminente Ministro Celso de Mello, em primoroso voto proferido no julgamento do RE 267.612-RS, deixou consignado:

> *"Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.*
>
> *A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.*
>
> *Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo uma vez configurado esse dilema que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.*
>
> *A legislação gaúcha consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 -, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.*
>
> *Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o*

Acesso ao Sumário

acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens nºs 20/21, 2000 Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição."

A Agravante não compreendeu bem, o que é profundamente lamentável, que o que está em causa é o direito à vida, bem supremo que é tutelado constitucionalmente.

Não é suficiente, portanto, que o Estado proclame o reconhecimento de um direito Constitucional, para solapá-lo por meio de gestões de duvidosa eficiência e moralidade.

É necessário que esses direitos venham a ser respeitados e implementados pelo Estado, destinatário do comando Constitucional.

Acesso ao Sumário

Se não o fez, se pretexta a retórica com argumentos destituídos de significação, como a impossibilidade orçamentária, assiste ao cidadão o direito de exigir do Estado a implementação de tais direitos.

Não se está, aqui, absolutamente, o Poder Judiciário se investindo de co-gestor do orçamento do Poder Executivo.

Está tão-somente fazendo cumprir um comando constitucional, que a insensibilidade própria dos burocratas prefere ver perecer ante argumentos que se contrapõem à principiologia constitucional.

O argumento tão ao gosto dos burocratas de que o reconhecimento desse direito essencial ao cidadão do acesso à saúde pode implicar em comprometimento de outras políticas públicas de saúde não prevalece.

Basta se proceda a uma gestão racional, eficiente e honesta da coisa pública. Que não se socorra com dinheiro público grandes conglomerados econômicos, que não se venda dólares a preços subsidiados a banqueiros falidos, em afronta ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa. Que se faça, enfim, a devida aplicação da contribuição tributária vinculada sobre movimentação financeira destinada aos programas de saúde pública.

Se o Estado não atingiu, ainda, o grau ético necessário a compreender essa questão, deve ser compelido pelo Poder Judiciário, guardião da Constituição, a fazê-lo.

Por fim, no que tange ao prazo fixado pelo juízo *a quo*, para o fornecimento dos medicamentos e insumos ao Agravado, observa-se que se encontra dentro dos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade que demandam o caso concreto, tendo em vista que a Agravante não juntou aos autos nenhum documento probatório capaz de demonstrar a complexidade alegada, para que haja a dilação do prazo. Sendo assim, mantém-se o prazo estipulado.

Daí o porquê, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 34.850)

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. Fornecimento de medicamento de alto custo destinado a pessoa portadora de mieloma múltiplo. Antecipação da tutela. Inadmissibilidade no caso. Ante o impacto orçamentário, frente ao alto custo do tratamento, recomenda a prudência a não concessão do medicamento sem que prova técnica ateste sua efetiva

necessidade. Recurso provido.

Agravo de instrumento interposto pela ré contra a decisão copiada a f. 34, que, em ação de obrigação de fazer, deferiu, em parte, pedido de tutela de urgência.

Bate-se pela cassação da medida. Aduz, em síntese, que o medicamento importado concedido pela decisão atacada não faz parte dos programas estatais de assistência à saúde e que, por outro lado, não se vislumbra comprovação idônea quanto à efetiva indispensabilidade da utilização da medicação Kyprolis para o regular tratamento ou controle da doença diagnosticada no agravado.

Foi concedido efeito suspensivo ao recurso (f.263/4).

Transcorreu *in albis* o prazo para oferecimento de contraminuta (f. 269).

É o relatório.

O agravado, portador de mieloma múltiplo, ingressou com ação de obrigação de fazer visando compelir a ré a fornecer-lhe o medicamento carbilzomib (Kyprolis).

Requereu liminar, com sucesso no ponto, porque o Juízo *a quo* viu presentes os pressupostos dela autorizantes, *in verbis*:

> ... Sendo assim e presentes que se acham os requisitos legais do artigo 300, do NCPC, **DEFIRO** em parte a tutela provisória de urgência pleiteada na exordial, para o fim de determinar à ré, através da Direção Regional de Saúde (DRS-XI), que forneça gratuitamente ao autor, **FRANCISCO DOS SANTOS**, o medicamento **CARFILZOMIB (KYPROLIS)** por prazo indeterminado, no prazo de 05 (cinco) dias, sob a devida prescrição médica (fls. 24/25 e 26) ...

O exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele[1].

A hipótese insere-se na exceção.

Conforme já deixei consignado, no que pese encontrar-se a decisão hostilizada respaldada em jurisprudência do STF, essa mesma Corte, por sua presidência, suspendeu liminar concedida pela C. 11ª Câmara de Direito Público deste tribunal no Agravo de Instrumento nº 2173279-71.2015.8.26.0000 para determinar ao Município de São Paulo fornecimento do mesmo medicamento buscado na ação da qual tirado este recurso SL 913/SP.

Na decisão de 26 de novembro de 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski, após analisar longamente as peculiaridades do caso, S. Exa. transcreveu

1 AI nº 92.010-5/2, Des. Vallim Bellocchi.

ponderado do fragmento do parecer elaborado pela Procuradoria Geral da República, que se afastou da orientação que vinha sendo seguida por aquela corte em casos semelhantes:

> *Tais circunstâncias, somadas à indissociável ligação do direito à saúde ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, poderia levar à Procuradoria-Geral da República, como, aliás, já realizado em pareceres anteriores, a se manifestar pelo indeferimento do pedido de contracautela, para que fosse mantido o custeio do tratamento pelo Poder Público.*
>
> *Ocorre, no entanto, que outras circunstâncias, não menos relevantes, indicam a necessidade de se adotar solução diversa para o caso, a saber: (I) a inviabilidade de se garantir o fornecimento de apenas um dos medicamentos indicados para o tratamento, por se trata de terapia de associação; (II) a não aprovação do fármaco pela ANVISA, a sua não inclusão na política de dispensação de medicamentos do SUS, a sua não comercialização no Brasil e a ausência de dados suficientes para a demonstração inequívoca da imprescindibilidade do tratamento para a sobrevivência e melhora da saúde do paciente beneficiário; (III) o elevadíssimo custo do Kyprolis, o efeito multiplicador da decisão concessiva e o impacto econômico da sua manutenção.*
>
> *Lembrou o então presidente do Pretório Excelso, ademais, ser imperioso ponderar a necessidade de serem asseguradas aos demais cidadãos a continuidade e a universalidade da prestação de serviços de saúde, de forma a também observar comandos insertos na Carta da República.*

Anoto que, como de praxe em casos semelhantes, vem o pedido instruído não com laudo, mas com prescrição médica aliada a relatório que dá conta da excelência do tratamento preconizado frente aos anteriores aplicados ao paciente. É pouco ante o impacto orçamentário do custo do tratamento – ainda que, em princípio, não alcance a exorbitância do precedente –, de modo a recomendar a prudência a não concessão do medicamento sem que prova técnica ateste sua efetiva necessidade.

Em suma: em cognição sumária, não há como antever fumaça de bom direito.

A matéria, todavia, haverá de ser examinada com a profundidade devida por ocasião do juízo de cognição exauriente, uma vez observado o contraditório, pois o momento não é dado a uma virtual antecipação do desate. Não se pode transformar a exceção em regra, sob pena de descaso para com a garantia fundamental insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Posto isso, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

COIMBRA SCHMIDT, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2252046-89.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER, são agravados EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS QUADRA DE ÁS S/C LTDA., FRANCISCO ASSIS DE ALMEIDA (ESPÓLIO), IVONE DE ALMEIDA e TRAMA & KASTEN - SOCIEDADE DE ADVOGADOS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 329-17)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: PROCESSO. Desapropriação. Decisão que deferiu o ingresso dos ex-patronos dos expropriados na qualidade de terceiros juridicamente interessados. Inadmissibilidade. Interesse meramente econômico na percepção da verba honorária. Inexistência de interesse jurídico relativo ao objeto da demanda que ampare seu ingresso na qualidade de terceiros interessados. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de desapropriação ajuizada pela agravante, deferiu pedido dos ex-patronos dos agravados, Trama & Kasten Sociedade de Advogados, de ingresso nos autos na qualidade de terceiros interessados (fl. 38).

A agravante alega, em síntese, que não há interesse jurídico dos ex-patronos que justifique sua admissão como terceiros interessados. Salienta que os honorários pertencem aos advogados, nos termos do art. 22 da Lei 8906/94. Daí desnecessidade da intervenção nesta demanda. Só há interesse econômico,

não jurídico. Acrescenta que não foi concedida oportunidade para se manifestar sobre o pedido de ingresso dos ex-patronos como terceiros, nos termos do art. 10 do CPC. O deferimento, sem a sua oitiva, implica afronta ao contraditório e à segurança jurídica. Pede a concessão de efeito suspensivo e o provimento do recurso para que a r. decisão seja reformada.

Concedido o efeito suspensivo (fl. 52), o recurso foi respondido (fls. 57/65).

É O RELATÓRIO.

Ao contrário do arguido pela agravante não se pode considerar tenha havido afronta ao contraditório e à segurança jurídica (art. 5º, LIV e LV, da CF). Isso porque ela foi devidamente intimada da decisão que deferiu o ingresso dos ex-patronos como terceiros interessados, e teve todas as condições de impugná-la. Ainda que não tenha se manifestado previamente sobre tal requerimento (art. 10 do CPC), não houve prejuízo à agravante.

Quanto à questão de fundo, ela tem razão.

Como dispõe o art. 23 da Lei 8904/1994, os honorários advocatícios pertencem aos advogados e estes têm direito autônomo de executar os incluídos na condenação, podendo requerer que o precatório seja expedido em seu favor. Por outro lado, uma vez juntado aos autos o contrato de honorários advocatícios antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, é cabível sua execução, nos próprios autos, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte (arts. 22, § 4º, da Lei 8904/94). A execução dos honorários advocatícios nos autos em que haja atuado é admissível se assim convier ao patrono (art. 24 da Lei 8904/94). Além disso, caso haja discordância entre o constituinte e o advogado em relação ao *quantum* que a ser destacado, a questão deve ser decidida em ação autônoma, não assim nos autos da ação expropriatória.

Disso tudo se concluiu que os antigos patronos dos agravados, sócios da Trama e Kasten Advogados Associados (fls. 30, 31, 40/49), têm apenas interesse econômico na demanda (fl. 37 destes autos). Não há interesse jurídico pertinente ao objeto da demanda que ampare seu ingresso na qualidade de terceiros interessados.

No mesmo sentido, vale mencionar o decidido por esta C. Corte no Agravo de Instrumento nº 2075099-83.2016.8.26.0000, Rel. Des. Virgilio de Oliveira Junior, 21ª câmara de Direito Privado, j. 5.09.2016, v.u.: "De outro bordo, não cabe aqui a discussão acerca de honorários contratuais eventualmente ajustados entre as partes, pois o assunto foge ao objeto da lide. Nesse mesmo sentido, o advogado destituído não tem qualquer interesse jurídico no processo, restando, apenas, o interesse econômico em receber seus honorários advocatícios. Por isso, não há o que justifique seu cadastro nos autos como terceiro interessado."

Pelo meu voto dou provimento ao agravo para excluir os ex-patronos

admitidos como terceiros interessados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2047602-60.2017.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante SOLANGE BRUNARI PORTO, são agravados JOÃO BATISTA DE ALMEIDA e MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.301)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: PROCESSO

Cumprimento de sentença – Reintegração de posse – Bem público – Inclusão de terceiro – Defesa – Impossibilidade:

– O terceiro possuidor que não foi parte no processo somente pode se opor à reintegração na fase de cumprimento de sentença por meio de ação própria.

VOTO

RELATÓRIO

Deferido o prosseguimento do cumprimento de sentença de reintegração contra o adquirente do imóvel, na qualidade de terceira interessada.

Daí o agravo, no qual a terceira interessada alega que o imóvel ocupado é vizinho ao objeto da reintegração de posse. Não o adquiriu do réu, o que afasta sua inclusão no processo e torna sem efeito a intimação para desocupação de imóvel em processo que não figurou como parte. Ao contrário do alegado na petição inicial, a propriedade dos bens não é do Município, mas sim da Companhia de Habilitação Popular de Bauru – COHAB-HU, pois nas matrículas não consta registro de que a área constante do croqui pertença ao Município. A

Acesso ao Sumário

área invadida por *João Batista de Almeida*, réu da reintegração de posse, está localizada na Rua Luzia Costa de Carvalho, ao lado do número 455, ao passo que a invadida pela agravante está situada na Rua Camilo Casseb, ao lado do número 456, no Conjunto Habitacional São Deocleciano, situação que pode ser comprovada nas fotos trazidas pelo Município. Não ocorreu alienação da área, conforme destacado pelo juiz, pois a ocupa há mais de 17 anos e nela edificou um prédio que serve de residência para seu irmão. O mandado já foi cumprido pelo oficial de justiça, imitido o agravado na posse do bem. Se há invasão de outra parte do imóvel, diversa daquela ocupada pelo réu, não é viável aproveitar da mesma demanda para determinar a imissão de posse contra outro ocupante, pois a coisa julgada somente alcança os participantes do processo, e não terceiros que não integraram o litígio.

O recurso foi processado com efeito suspensivo da demolição, diante da alegação de que atinge imóvel vizinho, não abrangido na reintegração de posse em face de cumprimento de sentença (despacho, fls.227).

Nas contrarrazões, o Município de São José do Rio Preto alegou que a agravante invadiu a área objeto da reintegração de posse. Pretende somente retardar a desocupação do imóvel, sob a alegação infundada de que invadiu área vizinha. Contudo, em diligência realizada em abril deste ano, constatou-se que a área invadida pela agravante coincide com a descrita na petição inicial. Na verdade, os invasores promoveram a divisão e demarcação do imóvel público, de forma clandestina, sem o consentimento ou autorização do Município. A ocupação precária não afasta a natureza pública da área invadida. As imagens de satélite e a cópia do plano original do loteamento comprovam que a área é a mesma, tem natureza pública, e foi invadida em suas duas extremidades, em divisão clandestina realizada pelos ocupantes. Da área total de 577,41 metros quadrados, o primeiro invasor ocupa 319.87 metros quadrados, ao passo que a agravante ocupa 257,54 metros quadrados. A ordem judicial de reintegração de posse constitui obrigação "*propter rem*" e pode ser executada contra qualquer ocupante (petição e documentos, fls.231/262).

A Secretaria certificou o decurso de prazo em relação ao agravado *João Batista de Almeida* (certidão, fls.263).

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTOS

1. *O Município de São José do Rio Preto propôs demanda contra João Batista de Almeida, objetivando a reintegração de posse "do imóvel localizado na Rua Luzia Costa de Carvalho, ao lado do número 455, esquina com Estrada Boiadeira, quadra 48, correspondente a 597,75 m², conforme croqui anexo e registrado sob as matrículas de nº 25.727, 47.908 e 47.909, do 1º Cartório de Registro de Imóveis de São José do Rio Preto"* (petição inicial, fls.13/20).

O réu foi citado, mas não apresentou contestação; proferida sentença de

procedência, em razão da revelia, determinando a reintegração em definitivo da área descrita na petição inicial (fls.71).

O autor requereu o cumprimento de sentença, em 29.12.10, alegando que o réu voltou a invadiu o imóvel (petição, fls.86).

Juntou informação prestada pela Fiscalização, na qual se consignou que o senhor *João Batista de Almeida*, por informação de *Maria Almeida*, ainda ocupava a área, inclusive com construção no local, e com outra pessoa ocupando parte da área, *Paulo Cesar Brunari*, por informação de *Solange Brunari*, que construiu uma residência e nele montou um estabelecimento comercial (documento, fls.87).

Foi determinada a expedição do mandado de intimação (documento, fls.95) dele cientificado a companheira do réu (certidão, fls.97).

O réu informou que desocupou o terreno e retirou os materiais utilizados na construção de um barraco (petição, fls.162).

Em 10.9.11 foi intimado pessoalmente do mandado de reintegração de posse (certidão, fls.166).

O Município requereu, em 27.9.15, a inclusão da agravante no processo, alegando o que segue:

> "*A sentença de fls.49 julgou a demanda procedente, determinando a reintegração, no mês de junho de 2004. Desde então, tem havido resistência do demandado em sair do local.* ***Aliado a esse fato, Excelência, noticia-se o Juízo que houve nova invasão da área pública, segundo anexo relato do setor de fiscalização do Município, instruído com fotografias e informações detalhadas.***
>
> *Ocorre que além da invasão promovida pelo Sr. João Batista de Almeida,* ***houve, segundo afiançam documentos anexos, uma construção de uma casa na área pública, com frente para a Rua 20 (atual Rua Camilo Casseb, ao lado do número 456, como extensão desta construção, inclusive, mas identificada com o número 466)****, sendo que segundo informações do fiscal de posturas responsável, a construção irregular está sob a responsabilidade de Solange Brunari Porto, RG (...), CPF (....)*
>
> ***Considerando o fato de que a reintegração na posse do imóvel invadido, com área total de 597,75 m² foi requerida, e deferida, por decisão já transitada em julgado, constituiu- se obrigação "propter rem****", ou seja, que segue o bem em face de qualquer sujeito que porventura lá esteja, sendo de direito da Municipalidade buscar a reintegração de quem quer que o invada ilegitimamente.*
>
> *Desta forma, é o presente no sentido de requerer integração nesta demanda de Solange Brunari Port, RG (...), CPF (....), residente e domiciliada na Rua Camilo Casseb, número 456, no Conjunto*

Acesso ao Sumário

Habitacional São Deocleciano, com a devida intimação da sentença de fls., para que ***providencie a desocupação imediata da área, com demolição das construções irregulares lá erguidas, reintegrando a Municipalidade na posse do bem público,*** *sob pena de multa a ser arbitrada por Vossa Excelência. Além disso, requer-se cumprimento da ordem judicial e desentranhamento do mandado de fls., para que o demandado João Batista de Almeida desocupe o local. Tratando-se de bem público, não pode ser usucapido (CC Art.102), e não se pode tolerar sua invasão, ou qualquer ocupação ilegítima, em razão do princípio da indisponibilidade"* (textual, fls.190/192)

Sobreveio a decisão agravada, determinando a inclusão da agravante, sob os seguintes fundamentos:

"Vistos. Fls. 163/165: o artigo 109 do NCPC diz que: "A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes." Desta forma, ***DEFIRO o pedido formulado para que a ação prossiga contra o(a) adquirente do imóvel, no que tange à regularização almejada****, nos termos do que decidido. Inclua-se SOLANGE BRUNARI PORTO como 3ª interessada. Anote-se. Recolhidas as necessárias diligências, expeça-se mandado de desocupação voluntária no prazo de 15 dias. Eventual honorária sucumbencial deve ser dirigida contra a parte requerida originária"* (textual, fls.209)

Foi expedido o mandado de intimação à agravante para desocupação do imóvel construído na área pública, com frente para a rua 20, atual r. Camilo Casseb, ao lado do número 456, no Cj Habitacional São Deocleciano, com demolição das construção ali erguidas, em 15 dias (textual, fls.212), cumprido em **23.2.17** (certidão, fls.215).

2. As áreas das matrículas nº 25.727, 47.908 e 47.909, do 1º Cartório de Registro de Imóveis de São José do Rio Preto, foram transferidas à Companhia de Habitação Popular de Bauru, nelas construídas diversas unidades do Conjunto Habitacional São Deocleciano (documentos, fls.22/35; fls.36/38 e fls.39/40).

Acesso ao Sumário

Os documentos trazidos ao instrumento não indicam a transferência da propriedade objeto da reintegração, como mencionado pelo juiz.

Além disso, o endereço constante na petição inicial, sobre o qual recaiu a reintegração de posse, não coincide com o endereço da agravante.

Todavia, em vistoria realizada no local, a fiscalização atestou que a casa da agravante foi edificada dentro da área pública objeto da reintegração.

O croqui detalha a área invadida e indica a existência dos dois lotes vizinhos.

Em nova vistoria, realizada posteriormente à interposição do agravo, foi

constatado que o lote invadido pela agravante está inserido na área objeto da reintegração de posse (laudo, fls.238/262).

A própria agravante reconhece que o imóvel ocupado é vizinho ao objeto da reintegração de posse, mas apesar disto não comprova sua propriedade.

É viável obter a reintegração de posse de imóvel ocupado por outro possuidor, na mesma demanda, desde que inserida na área objeto da sentença, daí decorrendo a legitimidade da agravante.

Configura esbulho a ocupação de bem público sem autorização que é sempre precária, e o simples decurso do tempo não gera direito ao usucapião, sendo portanto irrelevante que a invasão tenha se dado de boa-fé ou tenha se prolongado por muitos anos.

Todavia, a agravante não participou do processo, nem nele apresentou defesa. Foi incluída somente na fase de cumprimento de sentença.

Antes que se determine a demolição do imóvel, medida irreversível, deve ser observado o contraditório e a ampla defesa, mas tal não é viável nesse processo, na fase em que se encontra, cabendo à agravante buscar a tutela em ação própria, como, por exemplo, os embargos de terceiro possuidor.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2093931-33.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante IRACEMA YARA DA SILVA, são agravadas SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 34.998)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 6 de julho de 2017.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA. Pretensão liminar à abstenção de cobrança de débito, imputado à ex-servidora aposentada, referente a acerto de benefício

Acesso ao Sumário

previdenciário a ela concedido, bem como em não inscrevê-la em dívida ativa, realizar descontos em folha de pagamento, ou ajuizar ação de cobrança ou execução fiscal. Admissibilidade. Presença dos pressupostos à concessão da liminar. Caráter alimentar da quantia recebida, associada à presença da perspectiva de dano de difícil reparação. Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado da decisão reproduzida a f. 47/8, pela qual foi negada liminar que visava determinar a abstenção de cobrança de débito, imputado à ex-servidora aposentada, referente a acerto de benefício previdenciário a ela concedido, bem como em não inscrevê-la em dívida ativa, realizar descontos em sua folha de pagamento, ou ajuizar ação de cobrança ou execução fiscal.

Sustenta a agravante que a decisão recorrida contraria princípios da boa-fé e da irrepetibilidade de alimentos (f. 1/10).

Deferida em parte a tutela recursal de urgência na decisão de f. 71.

Contraminuta a f. 78/83.

É o relatório.

1. A matéria não se enquadra na hipótese do art. 2-B, da Lei nº 6.494/97 por concernir a inibição de repetição de verba controvertida, o que é passível de apuração somente a final. Até lá mantém-se o *statu quo*. Bem por isso não cabe falar em esgotamento do objeto da ação.

2. A autora argumenta o pedido liminar na notificação por ela recebida do CADIN, acerca de saldo devedor decorrente de acerto do benefício previdenciário a ela concedido. Sustenta que a exigência, na via administrativa, de devolução da aludida reposição de vencimentos representa questão relativa a direito alimentar, razão pela qual devem ser observados os princípios da boa-fé e da irrepetibilidade de alimentos.

Acesso ao Sumário

O Juízo *a quo*, por sua vez, entendeu ausentes os pressupostos dela autorizantes, *in verbis* no que interessa (f. 47):

> "Processe-se sem a antecipação dos efeitos da tutela, pois os documentos anexados à petição inicial não consubstanciam prova inequívoca do direito alegado, tanto que a autora acena para a ampla dilação probatória, incluindo perícia, para demonstrar o acerto de suas teses.
>
> Ademais, inexistem sequer indícios de que as rés adotarão as providências que a parte contrária pretende inibir por meio de tutela provisória."

A concessão da tutela de urgência reclama a coexistência de requisitos,

quais sejam, relevante fundamentação do direito alegado e risco da ineficácia da medida proposta.

In casu, respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, em sede de cognição sumária e sem prejuízo de melhor e mais aprofundado exame no momento oportuno, verifica-se a presença dos pressupostos à concessão da tutela provisional, a fim de impedir a inscrição do débito em Dívida Ativa, entre outros meios de cobrança combatidos.

Ora, não se pode negar o caráter alimentar da quantia recebida pela servidora, ainda que, futuramente, venha se reconhecer a legalidade do dever de restituição. Além disso, mostra-se nitidamente presente a perspectiva de dano de difícil reparação.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, a questão é recorrentemente aferida por esta E. Corte:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE. TUTELA INIBITÓRIA DE DESCONTOS. Proventos pagos a maior. Descontos no valor da pensão. Tratando-se de verba de caráter alimentar, o pagamento indevido por culpa exclusiva da Administração Pública não está sujeito à restituição, salvo na hipótese de má-fé. No plano da cognição sumária, é possível identificar a hipótese de violação ao direito da impetrante, vez que os valores foram recebidos de boa-fé pela servidora. Configuração dos pressupostos para a concessão da liminar. Decisão mantida. CONCESSÃO DE LIMINAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. Inaplicabilidade do artigo 2º, da Lei n. 9.494/97. Restrição legal contida no § 2º do artigo 7º da Lei n. 12.016/2009 e no artigo 1º da Lei n. 9.494/97. Inocorrência de oneração do Poder Público. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO."[1]

Referida posição também é firmada no Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA. VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE POR ERRO EXCLUSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO EQUIVOCADA DO SERVIDOR. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. CARÁTER ALIMENTAR. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é lícito efetuar o desconto de diferenças pagas indevidamente a servidor ou pensionista em decorrência de erro da própria Administração Pública, quando se constata que o recebimento pelo beneficiado se deu de boa-fé, como no caso em análise. Precedentes: AgRg no AREsp 6.788/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 30/9/11; AgRg no

1 TJSP, Agravo de Instrumento nº 2066474-60.2016.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Maria Câmara Junior, j. 27.4.2016, v.u.

Ag 1.424.798/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/2/12; AgRg no Ag 1.422.169/RN, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29/2/12; AgRg no REsp 1.336.996/AP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/10/12; AgRg no AREsp 172.115/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/11/12; AgRg no REsp 1329172/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/08/12.

3. Agravo regimental não provido".[2]

É de ressaltar, no ponto, que a possibilidade de restituição de valores recebidos a título de benefício previdenciário é matéria controvertida. Mercê disso, a concessão da liminar pretendida é de rigor, assim atendido *si et in quantum* o pedido formulado.

O mérito, todavia, haverá de ser aferido no momento oportuno, sendo suficiente nesta fase de cognição sumária a existência dos pressupostos ensejadores da tutela recursal, os quais dou por presentes na hipótese dos autos.

3. Posto isso, dou provimento ao recurso.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046468- 95.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTÔNIO HEBERT LANCHA JUNIOR, são agravados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUALITY OF LIFE ATIVIDADES FÍSICO CORPOREO LTDA. - EPP e VITA CLÍNICAS MEDICINA ESPECIALIZADA LTDA.

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 11.921)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 12 de julho de 2017.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

2 AgRg no AREsp 174.359/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15.8.2013, DJe 2.9.2013.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DO CARGO. USO INDEVIDO DE BEM PÚBLICO. O afastamento cautelar da função pública somente deve ser deferido quando necessário para a instrução processual, nos termos do disposto no artigo 20 da Lei nº 8.429/92. No caso, afastar o réu da docência e das demais atividades acadêmicas em nada contribuirá para a instrução do processo. Decisão reformada. Recurso provido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído de Ação Civil Pública (nº 1058195-40.2016.8.26.0053), interposto contra a r. decisão de fls. 1271/1272, proferida pela **MM. Juíza da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que deferiu a antecipação da tutela para afastar, provisoriamente, o corréu Antônio Herbert Lancha Junior do cargo que ocupa junto à Escola de Educação Física e Esportes da Universidade de São Paulo, pois entendeu que o provável desvio de conduta afronta os princípios norteadores da Administração Pública e por haver prova inequívoca suficiente para convencimento da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano de difícil reparação e não haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O particular interpôs o recurso sustentando, em síntese, que a inicial foi recebida **inaudita altera pars** e que eventual utilização da máquina era restrita e apenas para fins de pesquisa. Menciona que houve deturpação da realidade dos fatos e que a ação não contém a descrição mínima da prática de atos de improbidade administrativa, de modo que não restou demonstrado qualquer desvio de conduta. Alega que não há nada que macule a sua carreira e que nada foi apontado em face de sua pessoa, sendo que desnecessário e injusto o afastamento de suas funções.

O efeito suspensivo foi deferido (fls. 1578/1579).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1591/1606).

Não houve oposição quanto à forma de julgamento virtual (fl.1607).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público por ato de improbidade administrativa em face de Antônio Herbert Lancha Junior, professor titular da Escola de Educação Física e Esporte da USP, que supostamente fez uso indevido do aparelho BOD POD Body Composition Trecking, adquirido com verba da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado

de São Paulo – FAPESP e doado à USP, em consultas particulares realizadas nas dependências da Vita Clínica Medicina Especializada S/A.

Em que pese o decidido, forçoso reconhecer que o afastamento cautelar da função pública, como previsto no artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, está autorizado quando a medida se fizer necessária para a instrução processual.

No caso, o permissivo legal não está presente, nem se entrevê dos fundamentos da decisão recorrida, qualquer motivo que reclamasse o provimento cautelar, para a garantia da instrução processual.

Ainda que se argumente com indícios de responsabilidade, e mesmo a afirmação de verossimilhança da acusação, o certo é que tais fundamentos são estranhos ao provimento cautelar deferido, e não configuram o permissivo legal para afastamento preventivo da função pública, tal como está previsto.

A perda da função pública é pena que só pode ser aplicada, uma vez observado o devido processo legal.

O afastamento cautelar da função pública, por sua vez, apenas está obrigado quando necessária à instrução processual.

Afastar o réu da docência e das demais atividades acadêmicas em nada contribuirá para a instrução do processo. Aliás, nem isso foi posto na respeitável decisão agravada.

Assim, sem que esteja aqui antecipando, de qualquer modo, o desfecho da ação, quando o julgamento de mérito, nem muito menos considerando o cabimento ou não de eventual sanção consistente na perda da função pública na forma do artigo 20 da Lei nº 8.429/92, a reforma da decisão agravada, pelos motivos acima, é de rigor.

Por tais razões, a r. decisão comporta reparos, para que a antecipação da tutela seja indeferida e o particular não seja afastado do cargo que ocupa junto à Escola de Educação Física e Esportes da Universidade de São Paulo.

Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de qualquer recurso, incidental ou não, relacionado ao processo n° 1058195-40.2016.8.26.0053, 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 C. 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048128-27.2017.8.26.0000, da Comarca de Cardoso, em que é agravante DALVA APARECIDA SCAPIM, são agravados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE CARDOSO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.354)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Improbidade Administrativa – Cumprimento de sentença – Pedido de apreensão de passaporte, CNH e bloqueio de cartões de crédito – Impossibilidade – Medida inócua que gera constrangimento ao devedor e não altera a situação de inexistência de bens em nome do devedor – Ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Decisão reformada.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado por Dalva Aparecida Scapim, tirado contra r. decisão de fls. 61/62, exarada pela mma. Juíza Helen Komatsu que, na fase executiva, nos autos da ação de improbidade administrativa, deferiu a apreensão da CNH e passaporte da Agravada, até o pagamento da dívida.

Sustenta que a suspensão indefinida de sua carteira de habilitação impossibilita a sua locomoção, pois diz ser responsável pelos cuidados de sua genitora, razão pela qual necessita levá-la a consultas médicas.

Pleiteia a reforma da decisão.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido (fls. 90/91).

Contraminuta do Ministério aduzindo que o pedido de apreensão da CNH e passaporte e cartões de crédito da Agravante se deu em razão das inúmeras tentativas infrutíferas de penhora, em observância ao disposto no artigo 139, IV do Código de Processo Civil (fls. 98/105).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 108/111).

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que deferiu o pedido formulado pelo Agravado consistente na apreensão da carteira de habilitação e do passaporte da Executada, como medida coercitiva para forçá-lo ao pagamento do débito.

Razão assiste à Agravante.

Assim dispõe o artigo 139, IV do Código de Processo Civil:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Por sua vez, o artigo 8º do CPC, estabelece:

Artigo 8º - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Como se vê, o novo Código de Processo Civil permite ao Juiz adotar medidas coercitivas para dar efetividade à execução, garantindo o resultado almejado pelo Exequente.

Entretanto, os dispositivos citados devem ser analisados em conjunto, de modo a atender os interesses do credor, e respeitado o princípio da menor onerosidade do devedor, inserto no artigo 805 do CPC.

Acesso ao Sumário

Assim, analisando-se o caso em comento à luz dos dispositivos legais citados, conclui-se que não se mostra razoável a apreensão do passaporte, CNH e cartões de crédito para compelir o Agravado ao pagamento de sua condenação.

A apreensão do passaporte, CNH e cartões de crédito, em verdade, só punem o devedor na medida em que o coloca em situação de constrangimento, sem a obtenção do resultado almejado pela execução.

A esse respeito, ensina Marcus Vinícius Rios Gonçalves ("Direito Processual Civil Esquematizado", coordenador Pedro Lenza, 6ª ed. Saraiva, 2016, p. 289, 290):

"o art. 139, IV, determina que as medidas estabelecidas para a efetivação das ordens judiciais se apliquem também às obrigações que tenham por objeto a prestação pecuniária, isto é, as obrigações por quantia. Como a lei não faz nenhuma ressalva, parece-nos que todas as medidas coercitivas ou subrogatórias previstas para as obrigações de fazer ou não fazer estendem-se às obrigações por quantia, inclusive a relativa ao pagamento de multa diária ("astreintes"), o que, de maneira geral, não era admitido na legislação anterior. Porém, a imposição de meios coercitivos, como a multa, nas obrigações por quantia deverá ser de aplicação excepcional ou subsidiária, quando os meios de sub-rogação não foram eficazes. Se o devedor tiver bens, o cumprimento da obrigação continuará sendo feito, primacialmente, com o arresto e a penhora deles para oportuna expropriação e pagamento do credor. Apenas nos casos em que os meios de sub-rogação não se mostrarem eficazes, porque o devedor oculta maliciosamente os bens ou causa embaraços ou dificuldades à sua constrição, o juiz poderá valer-se dos meios de coerção. Não faz sentido o juiz deles valer-se quando ficar evidenciado que o executado não oculta ou sonega bens, mas apenas não os possui."

Não há comprovação de que o Agravado está ocultando ou sonegando bens para impedir a execução, mostrando-se correta a decisão.

No mesmo sentido:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Diligências para efetivação da penhora e pagamento, por meio do Infojud e Bacenjud que restaram frustradas – Pedido de bloqueio de cartões de crédito da executada – Medidas indutivas e coercitivas previstas no artigo 139 do NCPC que devem respeitar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e menor onerosidade do devedor – Cancelamento dos cartões de crédito que não se presta ao fim desejado, no caso, o pagamento do débito – Recurso não provido.

Agravo de Instrumento nº 2260027-72.2016.8.26.0000, Comarca de Americana,13ª Câmara de Direito Privado, Relator Heraldo de Oliveira, julgado em 3 de março de 2017.

Agravo de Instrumento. Ação de prestação de contas. Fase de cumprimento de sentença. Decisão do juízo a quo que indeferiu o pedido do credor, no sentido de determinar a apreensão do passaporte e CNH do devedor, além de bloquear eventuais cartões de crédito. Manutenção. O artigo 139, IV, NCPC deve ser interpretado em conjunto com os artigos 8º e 805, NCPC. A finalidade do processo de execução é excussão de bens do devedor para pagamento ao credor, e não a punição pessoal do inadimplente. Como se não bastasse, as medidas requeridas afiguram-se inócuas em relação

Acesso ao Sumário

ao resultado da execução. Com efeito, além de abusivas não interferem diretamente no resultado da demanda. De fato, a apreensão da CNH ou passaporte, não altera a circunstância de inexistência de bens em nome do devedor. Recurso desprovido.

Agravo de Instrumento nº 2209970-50.2016.8.26.0000, Comarca de Barretos, 29ª Câmara de Direito Privado, Relator Themístocles Neto Barbosa Ferreira, julgado em 15 de fevereiro de 2017.

Agravo de instrumento. Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. Exequente que, não tendo localizado bens penhoráveis, pleiteia a suspensão do direito de dirigir, a retenção de passaportes e o cancelamento de cartões de créditos pertencentes aos executados. Indeferimento. Medidas coercitivas previstas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, que devem estar pautadas nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Deferimento que, no caso, não se mostra razoável, posto que implicaria em violação de direitos fundamentais do cidadão, atingindo, inclusive, direito de terceiros. Decisão mantida. Recurso improvido.

Agravo de Instrumento nº 2235359-37.2016.8.26.0000, Comarca de Araraquara, 32ª Câmara de Direito Privado, Relator Ruy Coppola, julgado em 9 de fevereiro de 2017.

Tais medidas se mostram abusivas e inócuas, e não interferem diretamente no resultado da demanda, pois não altera a circunstância de inexistência de bens em nome do devedor.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2115726-95.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado KI FOTO PRODUÇÕES FOTOGRÁFICAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.011)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 4 de agosto de 2017.

Acesso ao Sumário

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – INCLUSÃO DOS SÓCIOS DA EXECUTADA NO POLO PASSIVO DA COBRANÇA – Insurgência contra a decisão que determinou a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes dos arts. 133 e seguintes do NCPC, para apreciar o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da demanda – Descabimento – Incidente que não se coaduna com as regras específicas da cobrança dos créditos públicos, disciplinadas pela Lei nº 6.830/80 – Precedentes desta 15ª Câmara de Direito Público – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal, determinou a observância do disposto no art. 133 do NCPC para inclusão dos sócios no polo passivo da cobrança por entender que o referido pleito deve ser feito por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Busca a agravante a reforma do *decisum* aos seguintes argumentos, em resumo: o incidente previsto na nova legislação processual civil não é aplicável nas situações de responsabilidade tributária prevista no art. 135, III do CTN; a pretensão da agravante não trata de desconsideração, mas sim de mera inclusão do responsável tributário no polo passivo da execução fiscal, não se aplicando o incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazida pelo CPC/2015; verifica-se, ainda, por meio de uma análise sistemática a incompatibilidade do mencionado incidente com as disposições da Lei nº 6.830/80; tanto é assim que o procedimento de instauração do incidente suspende o curso do processo, mas não prevê, de outro lado, a correspondente suspensão do prazo prescricional.

Regularmente processado, sem efeito suspensivo, dispensando-se a intimação do agravado, tendo em conta que não se formou a relação jurídica processual.

É o relatório.

Comporta acolhida o recurso.

Em que pese o entendimento esposado no *decisum* agravado, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, disciplinado no Novo Código de Processo Civil, revela-se aplicável apenas no âmbito das execuções civis ordinárias.

Acesso ao Sumário

É que as execuções de créditos públicos são regidas por legislação especial – no caso a Lei nº 6.830/80 – que possui diversas peculiaridades que se mostram incompatíveis com o procedimento previsto no NCPC.

Dispõe a Lei de execuções fiscais, por exemplo, que a defesa do executado somente será aceita após a garantia do Juízo (Art. 16, § 3º da LEF). Somente em hipóteses excepcionais que tratem de matéria de ordem pública ou que não haja a necessidade de dilação probatória, tem-se admitido o exercício do contraditório pelo executado sem que seja cumprida tal formalidade, sendo possível a oposição de exceção de pré-executividade.

O procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, por outro lado, possibilita que os sócios da pessoa jurídica executada requeiram, inclusive, a produção de provas (Art. 135 do NCPC), sem nada dispor sobre a garantia do Juízo.

O incidente previsto na nova legislação processual ainda dispõe que o processo principal ficará suspenso até a sua decisão final. Tal previsão, como bem ressaltou a Municipalidade-agravante, acaba por criar uma nova hipótese de suspensão da cobrança, não abarcada pela Lei de Execuções Fiscais e, também, sem que haja a correspondente suspensão do prazo prescricional.

Além disso, essa disposição impediria a penhora dos bens dos sócios nas hipóteses em que não houvesse pagamento do débito ou oferecimento de garantia, na forma como estabelece o Art. 10 da Lei nº 6.830/80.

Ademais, nos casos em que o pedido de inclusão dos sócios funda-se na dissolução irregular da sociedade empresária, como é o caso dos presentes autos, a responsabilização dos sócios prescinde do exercício do contraditório num primeiro momento, uma vez que esta hipótese de responsabilidade decorre da própria legislação tributária (Art. 135 do CTN) e, inclusive, do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 435).

Nesta mesma linha, vale a pena mencionar, o entendimento exposto por JOÃO AURINO DE MELO FILHO (coord.) et al (Execução Fiscal Aplicada: Análise pragmática do processo de execução Fiscal. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 450/451):

"...como o incidente trata, apenas, da responsabilização em razão da desconsideração da personalidade jurídica em sentido estrito (conforme disciplina o artigo 50 do Código Civil e outras normas especificas, que prescrevem a desconsideração em nichos delimitados, como o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor), não de outras formas de responsabilização dos sócios, que não exigem a desconsideração; entendemos que não se aplica no caso de responsabilização em razão da dissolução irregular, que não é realizada com base no artigo 50 do CC (nem em normas de ramos do direito específicos), mas, sim, no caso de débitos tributários, do artigo 135, II, do

Acesso ao Sumário

Código Tributário Nacional – e, tratando-se de débitos não tributários, com base no artigo 10 do Decreto nº 3.708/19 ou no artigo 158 da Lei nº l.404, de 15 de dezembro de 1976[...]

As normas citadas [...] prescrevem a responsabilização do sócio, sem afastar a responsabilidade da pessoa jurídica, em razão de atos específico pelos sócios praticados, não se confundindo com a responsabilização em razão da desconsideração da personalidade, que tem pressupostos próprios.

O próprio NCPC, ao analisar, no artigo 790, quem se sujeita à execução de bens, diferencia, tratando-os em incisos distintos, 'o sócio, nos termos da lei' (inciso II) e o 'responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica'. A responsabilização do sócio, portanto, 'nos termos da lei' [...], dispensa o incidente de desconsideração, que se aplica, apenas, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica em sentido estrito".

Em iguais, circunstâncias, aliás, esta 15ª Câmara de Direito Público já teve a oportunidade de se pronunciar favoravelmente à pretensão recursal da Municipalidade de São Paulo, apenas para exemplificar, no âmbito dos Agravos de Instrumento nºs 2091904-14.2016.8.26.0000 (Relator Des. Rodrigues de Aguiar, v.u., j. 18.07.2016), 2100038-30.2016.8.26.0000 (Relator Des. Rezende Silveira, v.u., j. 06.07.2016), 2111488-67.2016.8.26.0000 (Relator Des. Silva Russo, v.u., j. 15.09.2016), 2139472-26.2016.8.26.0000 (Relator Des. Eutálio Porto, v.u., j.) e 2149386-17.2016.8.26.0000 (Relator Des. Raul de Felice, v.u., j. 29.09.2016).

Na conformidade do exposto, então, meu voto propõe dar provimento ao recurso a fim de que o requerimento de inclusão dos sócios no polo passivo da execução seja apreciado pelo Juízo *a quo*, sem a necessidade de instauração do procedimento previsto no art. 133 e seguintes do Novo Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2098338-82.2017.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante BÁRBARA KRAUSE DE ALENCAR (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.337)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 4 de agosto de 2017.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Tratamento cirúrgico. Autora diagnosticada com ceratocone, sendo recomendado o tratamento de *cross linking* para ambos os olhos. Insurgência contra decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal. Direito à saúde. Art. 196, da CF. Agravante que demonstrou a presença dos requisitos necessários para antecipação da tutela. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado por **Bárbara Krauser de Alencar** da R. Decisão de fls. 19 (dos autos principais) que indeferiu a antecipação da tutela pleiteada na Ação que move em face da **Fazenda Pública Estadual** e do **Município de Araraquara**, no qual objetiva obter junto ao serviço de saúde pública a realização da cirurgia denominada *cross linking*, para tratar da doença *ceratocone* (CID10 H18.6) cujos sintomas podem conduzir à cegueira irreversível.

O Meritíssimo Juiz *a quo* não entreviu o *periculum in mora*, necessário para antecipação da tutela, sob o fundamento de que não há prescrição médica informando a urgência na realização do procedimento.

Pretende a agravante a reforma do *decisum.*

Assevera, na minuta, que restou devidamente caracterizado o requisito da urgência, pois o caso é de extrema gravidade do caso e há risco real de perda da visão.

Adicionalmente, afirma a plausibilidade do direito na necessidade de efetivação do valor da saúde pública inscrito no artigo 196, da Constituição Federal; bem como na obrigação ditada pela Lei nº 8.080/90 de o Estado executar ações de assistência terapêutica.

Pretende, nestes termos a obtenção de efeito suspensivo ativo ao agravo; e, ao final, a reforma da decisão, concedendo a antecipação da tutela requerida (fls. 01/06).

Indeferida a antecipação da tutela recursal (fls. 46/47), sobreveio

Acesso ao Sumário

contraminuta às fls. 52/67.

Não houve oposição ao julgamento virtual (cf. certidão de fls. 80).

Há pedido de reconsideração da decisão que negou a antecipação da tutela recursal (fls. 73/79), cuja análise resta prejudicada com o presente julgamento.

É o relatório.

Assiste razão à agravante.

Na espécie, não se questiona a sua enfermidade (fls. 18, dos autos principais), os altos custos da cirurgia (fls. 25) ou a insuficiência de seus recursos para custeá-la (fls. 21/22).

Ressalte-se que a execução das políticas públicas destinadas ao tratamento pleiteado devem ocorrer de maneira adequada às necessidades do reclamante; e uma vez que devidamente comprovada a enfermidade que acomete a parte autora, a indicação do tratamento e da dispensação adequada à necessidade da paciente é questão de competência exclusiva do médico que a acompanha (Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina - Código de Ética Médica); o qual, no caso, foi quem prescreveu a substituição (fls.24) e, por ora, o atestado por ele elaborado milita em favor da agravante.

Ademais, o objetivo posto na inicial é de nítido caráter emergencial, porquanto se trata de doença degenerativa que ocasiona deformidade da córnea, leva à progressiva perda da acuidade visual e tem como tratamento convencional dos casos graves o transplante de córnea – indicado em cerca de 10% a 20% dos casos de ceratocone –, consoante relatório da Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias o SUS)[1], cuja recomendação levou o Ministério da Saúde a incorporar o *cross linking* no âmbito do SUS[2] – não se cuida portanto de método alternativo, não eleito como padrão pela Administração.

De outro, trata-se de tutela a direito fundamental à saúde do indivíduo, e não se revelando, de plano, a presença de indícios de inidoneidade na avaliação e na prescrição, não haveria como negar à agravante a imediata efetivação do valor da saúde pública.

O interesse público assinalado pelo art. 196 da Constituição Federal está em se prestar, a cada uma das pessoas que necessite de amparo médico, os cuidados adequados à peculiaridade de seu caso.

Sendo assim, em que pese a cautela demonstrada pelo Douto Magistrado, é caso de se conceder a antecipação da tutela buscada, para determinar à ré que providencie, no prazo de 30 (trinta) dias, o tratamento prescrito, sob pena de não o fazendo ser autorizado o tratamento particular a ser custeado com recursos

1 Disponível: (Endereço eletrônico constante do texto original).

2 Portaria n° 30, de 20.09.2016, pub. DOU nº 183, Seção I, p. 41.

Acesso ao Sumário

públicos.

Fixa-se multa diária, ademais, para o caso de se ultrapassar o prazo em questão, no valor de R$ 1.000,00, até o limite de 24 salários mínimos.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao agravo**, nos termos deste voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2078328-17.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SÃO PAULO TRANSPORTE S/A, é agravado VIAÇÃO SANTO AMARO LTDA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.170)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 19 de julho de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença. Rejeição da impugnação. Impenhorabilidade de contas bancárias gerenciadas pela SPTrans. Constrição de valores em "Conta Sistema". Descabimento. Valores destinados, exclusivamente, à gestão financeira do serviço de transporte coletivo (CPC, art. 833, IX). Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo de instrumento contra r. decisão que rejeitou impugnação ofertada em ação ordinária em fase de cumprimento de sentença, interposto sob fundamento de não haver *como reconhecer a penhorabilidade do patrimônio da agravante, especificamente das chamadas "conta-sistema" e "contas-gestão"*, por se tratar de *sociedade de economia mista prestadora de serviço público*, a impor aplicação do artigo *100 da Constituição Federal e artigo 910 do Código de Processo Civil, tendo em vista a necessidade de garantir a continuidade*

desse serviço público de transporte coletivo.

Recurso bem processado. Foi deferido o efeito suspensivo. Contraminuta a fls. 211/228.

É o relatório.

A agravada ajuizou ação contra a agravante e a Prefeitura Municipal de São Paulo, ora interessada, para receber encargos moratórios por atraso em pagamentos referentes a contratos administrativos de prestação de serviço de transporte coletivo.

Sentença de parcial procedência (117/124), mantida no cerne por v. acordão por mim relatado, visto por cópia a fls. 126/139, alterado o percentual da multa e reconhecida a *prescrição quanto ao período de setembro de 1998 a 23 de agosto de 1999,* mantida a Municipalidade no polo passivo.

Posto o jugado em execução, a agravante impugnou e o D. Juiz decidiu: A *SPTrans não é entidade da administração direta, não é autarquia ou fundação pública. É empresa pública, dedicada ao gerenciamento do sistema de transporte coletivo. Como tal, não sendo equiparada a Fazenda Pública, não tem direito à execução pelo sistema de precatórios. As decisões do STF a respeito do tema não são vinculantes e não há suspensão obrigatória de todos os processos que envolvem o tema, como bem esclarecido pelos credores em sua manifestação. Aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça é conflitante, devendo prevalecer a interpretação restritiva a respeito do benefício da execução (cf. AI 2016161-15.2016.8.26.0000, rel. Des. Oscild de Lima). A rigor, o problema das chamadas 'conta sistema' e 'conta gestão' é um falso problema. Sendo empresa pública, indiferente a conta utilizada por ela; a partir do momento em que o dinheiro é entregue a ela, deve ser utilizado para a sua finalidade social, ou seja, o gerenciamento, como um todo, do sistema de transporte. Não é relevante o destinatário direto desses valores, mas o atingimento, como um todo, dessa finalidade. Daí, ser possível o bloqueio tanto de uma como de outra conta. Consequentemente, a execução é possível, nos termos em que efetuada. A impugnação a respeito dos valores resvala na inépcia. Como, entretanto, a impugnante juntou relatório de contador a respeito, possível conhecer da questão, de vez que a demanda fez referência expressa a tanto. Ao Contador, para que informe sobre a correção dos cálculos apresentados por uma ou outra parte. Intime-se* (fls. 32/34), contra o que vem a insurgência recursal.

O E. Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado *serem impenhoráveis os bens de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, desde que destinados à prestação do serviço ou que o ato constritivo possa comprometer a execução da atividade de interesse público*[1].

A gestão financeira do Serviço de Transporte Coletivo Público, com a

1 AgRg no AREsp 37545/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/02/2012.

Acesso ao Sumário

participação de representantes dos concessionários, constitui atribuição da ora agravante, a termo do artigo 39, da Lei Municipal nº 13.241/01, devendo para tanto, *manter contas bancárias específicas, destinadas exclusivamente à gestão financeira desse serviço* (parágrafo único).

Dessarte, preservado o entendimento original, tenho que os valores depositados em "Conta Sistema", têm cunho de impenhorabilidade absoluta, a termo do artigo 833, IX, do Código de Processo Civil, por serem destinados exclusivamente à gestão financeira do serviço de transporte coletivo.

Sobre o tema, confira-se precedente desta Corte, em v. acórdão sob relatoria do I. Desembargador Moreira de Carvalho: *AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de cobrança. Liberação de ativos bloqueados por tratar-se de sociedade de economia mista, prestadora de serviço público de caráter essencial, subsidiado pelo Município de São Paulo, que é pessoa equiparada à Fazenda Pública. Impossibilidade. Empresa que submetendo-se as regras de direito privado, podendo, em tese, sofrer execução forçada. Impenhorabilidade apenas do valor depositado em CONTA SISTEMA. Decisão parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido*[2].

Confira-se, ainda: *EXECUÇÃO. Diferenças remuneratórias. Contrato de transporte coletivo de passageiros. Decisão atacada que recebeu ação de embargos de terceiro e suspendeu execução. – Pedido formulado nos embargos de exclusão de penhora da Conta Sistema da SP TRANS, por se tratar de bem público. Conta destinada a armazenar recursos transferíveis às empresas permissionárias e concessionárias, responsáveis pela prestação do serviço de transportes. Efeito concedido para suspender a execução em relação à constrição judicial da Conta Sistema – Agravo provido*[3].

Colho do voto que *o numerário existente na CONTA SISTEMA destina-se ao pagamento do valor líquido da remuneração às concessionárias e permissionárias que operam no sistema, já descontada a arrecadação em dinheiro feita na catraca. Como bem defendido pela Municipalidade (fls. 196) nos embargos de terceiro, a conta sistema aludida no parágrafo único do artigo 39 da lei destina-se a concentrar o montante arrecadado quando da operação no sistema de transporte público pelas concessionárias e permissionárias, mais o dinheiro transferido por esta embargante a título de subsídio, para que, depois de auferido o valor devido a cada uma dessas operadoras, sejam a elas depositados os seus créditos, não pertencendo, assim, tais valores, a São Paulo Transporte S.A, o que impede a sua penhora. Realmente, analisando, que o dinheiro existente na CONTA SISTEMA é dirigido para o gerenciamento, planejamento e fiscalização do transporte coletivo no município, por interpretação teleológica*

Acesso ao Sumário

2 Agravo de Instrumento nº 2114331-39.2015.8.26.0000, j. 09.09.15.

3 Agravo de Instrumento nº 994.09.246178-5, rel. Desa. Maria Laura de Assis Moura Tavares, j. 29.03.10.

ao artigo 649, IX, do CPC, que dispõe serem impenhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social, toda evidência sugere ser esta conta impenhorável, exame que, de fato, será feito pelo juízo a quo, por ocasião do julgamento dos embargos de terceiro. Assim, esclarecendo-se que em sede de recurso de agravo de instrumento, não cabe adentrar no efetivo mérito da ação, por ora, mantém-se o efeito para determinar a continuidade da execução, somente impedindo a penhora da CONTA SISTEMA DA SPTRANS.

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2135967-90.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SERMOTEC SERVIÇOS TÉCNICOS E INSTALAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.089)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 10 de agosto de 2017.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Execução fiscal – ISS – Exercícios de 1996/2000 – Decisão que condicionou pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da ação ao rito do art. 133, do CPC/2015 – Pretensão à reforma – Admissibilidade – Inadequação da exigência para instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133, do CPC/2015 – Enunciados n.ºs 53 da ENFAM e 6 do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec) – Pedido de inclusão do sócio-administrador – Possibilidade – Presunção de encerramento irregular da empresa, que não informou aos órgãos competentes haver deixado de

Acesso ao Sumário

funcionar em seu domicílio – Súmula n.º 435, do C. STJ – Decisão agravada reformada – Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de São Paulo** da r. decisão digitalizada na pág. 101, que em execução fiscal proposta em face de **Sermotec Serviços Técnicos e Instalações Ltda**., cobrando ISS dos exercícios de 1996 a 2000, no valor de R$ 1.016.066,66, condicionou a inclusão do sócio no polo passivo da ação à observação do rito do art. 133, do CPC/2015 (incidente de desconsideração da personalidade jurídica).

Insurge-se o Município-agravante sustentando que não é aplicável o disposto no art. 133, do CPC/2015, que não tem aplicação à responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN. Alega que não se trata de desconsideração da personalidade jurídica da executada, mas sim de inclusão no polo passivo da execução fiscal dos sócios, motivo pelo qual não se aplica o NCPC ao caso. Requer provimento ao agravo.

Regularmente processado, o recurso foi encaminhado à mesa independentemente de ulteriores providências, porquanto ainda não formada a relação processual.

É o relatório.

O agravo comporta provimento.

Trata-se de execução fiscal proposta pelo **Município de São Paulo** contra **Sermotec Serviços Técnicos e Instalações Ltda**., cobrando ISS dos exercícios de 1996 a 2000 (CDA's – págs. 11/16), no valor de R$ 1.016.066,66.

O Município-exequente requereu a inclusão dos sócios-administradores no polo passivo da ação, entendendo pela sua responsabilidade tributária pessoal, mas o MM. Juízo '*a quo*' submeteu tal inclusão ao regime do art. 133, do CPC/2015.

Sem razão, contudo, com a devida vênia.

Acesso ao Sumário

Em se tratando de execução fiscal, tem aplicação o disposto no art. 135, inciso III, do CTN:

"São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

Assim sendo, no caso vertente, descabe a determinação para que se observe o rito do art. 133, do CPC/2015.

Nesse sentido o escólio de Leandro Paulsen:

"Não se pode deduzir do art. 135, III, do CTN que este encerre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois apenas cuida da responsabilidade pessoal daqueles que representam a pessoa jurídica quando agem com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" (SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. Quartier Latin, 2007, p. 230 e 232)" (PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 16.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 1086) – grifei –

Cumpre destacar, a respeito, o enunciado n.º 53, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM que assim dispõe:

"O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133, do CPC/2015".

E também o enunciado n.º 6, do Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec):

"A responsabilidade tributária regulada no art. 135, do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133, do CPC/2015".

Assim, merece reforma a r. decisão agravada, uma vez que se mostra inadequada a determinação para que seja observado o rito do art. 133, do CPC/2015, conforme explicitado.

Nesse sentido já se posicionou a E. 14.ª Câmara de Direito Público:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal. Decisão que condicionou a inclusão dos sócios no polo passivo à instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento irregular da empresa configurado. **Possibilidade de redirecionamento. Prescindível a instauração do incidente**. Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 2090310-62.2016.8.26.0000, rel. Des. João Alberto Pezarini, j. 19/05/2016). – destaquei –

Por sua vez, o redirecionamento do feito para o sócio da empresa pode ser autorizado, desde que demonstrada eventual dissolução irregular da empresa.

A esse respeito o C. STJ já se pronunciou:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 544 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ART. 174 DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª

Acesso ao Sumário

SEÇÃO, NO RESP 1.101.708/SP, DJ 23//03/2009. JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. 1**. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa**, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, **ou na hipótese de dissolução irregular da empresa**. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.06.2005. 2. (...). Agravo regimental desprovido". (AgRg no Ag 1157069/SP, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 18/02/2010, DJe 05/03/2010). – destaquei –

De fato, no caso vertente, o redirecionamento do feito para os sócios é medida que se impõe, porquanto houve tentativas de citação da empresa em seu domicílio fiscal, as quais restaram infrutíferas.

Verifica-se, pois, que não houve desídia por parte do Município-exequente, que tomou todas as providências para obter a citação da executada, não logrando êxito.

Dessa forma, tem-se que a falta de comunicação aos órgãos públicos municipais e a inadimplência da obrigação tributária, somadas à ausência de quitação do débito ou oferecimento de bens à penhora, representam indícios de dissolução irregular da empresa, o que autorizaria o redirecionamento do feito para o sócio.

Nesse sentido o enunciado da Súmula 435, do C. STJ: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*".

Cumpre mencionar o seguinte julgado do C. STJ a esse respeito:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. **REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. SUMULA N. 435 DO STJ**. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. Cinge-se a controvérsia em saber se a informação de que a empresa devedora não mais opera no local serve para caracterizar a dissolução irregular da empresa e, em consequência, para autorizar o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. 2. O Tribunal de origem consignou expressamente a respeito da existência de certidão do oficial de justiça atestando a inoperabilidade da empresa no local

Acesso ao Sumário

registrado.

3. Esta Corte consolidou entendimento no sentido de que a certidão emitida pelo Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, a este competindo, se for de sua vontade, comprovar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, ou ainda, não ter havido a dissolução irregular da empresa. Inteligência da Súmula n. 435 do STJ. 4. Agravo regimental a que dá provimento" (1.158.759/RJ, 2.ª T., min. Mauro Campbell Marques, j. 21/09/2010, DJe 08/10/2010).

Acerca da possibilidade de redirecionamento do feito para os sócios, também já se posicionou este E. TJSP:

"EXECUÇÃO FISCAL – Desconsideração da personalidade jurídica – Cabimento – **Presunção de encerramento irregular da empresa, eis que esta não informou aos órgãos competentes que deixou de funcionar em seu domicílio – Súmula 435, STJ** – Infração à lei – Decisão reformada – Recurso provido". (Agravo de instrumento n.º 2184786-63.2014.8.26.0000, 14.ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Henrique Harris Júnior, j. 11/06/2015). – destaquei –

Por conseguinte, de rigor a reforma da r. decisão agravada para julgar prescindível , por inaplicação no caso, do art. 133 do CPC/15, cujo pedido será apreciado na origem.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2206565-06.2016.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é agravante COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DE SÃO PAULO CDHU, é agravado MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA.

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 12.480)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e

MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 16 de agosto de 2017.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU de 2011 a 2014 – Objeção Prévia de Executividade – Imunidade recíproca reconhecida – CF, art. 150, VI, letra "a", parágrafos 2º e 3º – Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em execução fiscal para a cobrança de IPTU no período de 2011 a 2014, rejeitou a objeção prévia de executividade por considerar a agravante como parte legítima passiva, uma vez que não comprovado o registro de transmissão da propriedade a terceiro, sem gozar de isenção ou de imunidade tributária.

Sustenta a CDHU, em síntese, ter firmado cessão de posse com promessa de venda e compra e outras avenças, sem exercer a posse direta sobre o imóvel, mas fazendo jus à isenção tributária nos termos do art. 3º, da Lei Municipal nº 2.155/99. Por fim, também alega imunidade tributária recíproca, por prestar serviço público em regime de monopólio estatal, nos termos do artigo 23, inciso IX e 150, da Constituição Federal.

Recurso regularmente recebido, processado e contrariado.

Relatado.

O fato do imóvel ter sido compromissado à venda não comprova a transmissão da posse nem da propriedade por falta do necessário registro imobiliário em nome do compromissário comprador, até porque, as convenções particulares não servem de fundamento para a pretendida desoneração da obrigação tributária, como preconizam os arts. 123 e 130, do CTN, de modo a prevalecer o disposto nos artigos 32 e 34, do CTN e, na Súmula 399, do STJ – *Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.* Dessa maneira, tanto o proprietário promitente vendedor como o possuidor promitente comprador respondem solidariamente pelos tributos incidentes sobre o imóvel e, portanto, podem figurar como sujeito passivo da execução fiscal respectiva, cabendo à Fazenda Pública optar pela manutenção de ambos ou escolher um deles para obter a satisfação do crédito tributário, sem embargo de eventual direito de regresso.

Nesse sentido, o entendimento expresso no REsp nº 1.204.294/RJ, do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro MAURO CAMPBELL,

Acesso ao Sumário

da 2ª Turma, julgado em 14/05/2011, e diversos outros julgados daquela mesma corte: REsp 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18/06/2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 17/04/2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 08/02/2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 11/09/2007; REsp 8689.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 01/08/2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 20/02/2006.

Já em relação à imunidade, o parágrafo segundo, do artigo 150 e o inciso VI, letra "a", da Constituição Federal, estendem as prerrogativas estatais *às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às destas decorrentes*. Assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal para conferir às empresas públicas e às sociedades de economia mista, que prestam serviços públicos essenciais e/ou inerentes à atividade estatal, a chamada imunidade recíproca, conforme a ementa que segue:

> *CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE. 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis). 2 . A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea "a" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral.* (RE 580264, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator (a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-192 DIVULG 05-10-2011 PUBLIC 06-10-2011 EMENT VOL-02602-01 PP-00078).

No caso, a Lei Estadual nº 905/1975, define a *Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU* como sociedade de economia mista, integrante da Administração Pública Indireta, *tendo como finalidade promover a ascensão social das famílias urbanas com renda equivalente a até cinco salários mínimos e a propiciar, em relação a essas famílias: I - redução gradual, até sua eliminação do déficit habitacional; II - atendimento da demanda de habitações das novas famílias; III - condições para melhoria e ampliação de habitações já existentes; IV - aceso aos serviços*

Acesso ao Sumário

urbanos essenciais; e V - estímulo e fornecimento da capacidade de organização comunitária, realçando a função delegada pelo Estado, sem intuito de lucro e assim, fazendo jus à imunidade recíproca, conforme entendimento majoritário nesta Col. 14ª Câmara de Direito Público:

> *Apelação – Execução fiscal – Exceção de pré-executividade – Configurada hipótese de cabimento – Tributos municipais – Imunidade recíproca – Isenção fiscal concedida por lei municipal – Extinção da execução – Recurso não provido. (...) Partindo a Corte de uma interpretação teleológica da Carta Magna, vem estendo a imunidade recíproca às sociedades de economia mista e empresas públicas que prestem serviços públicos essenciais e próprios do Estado, ainda que haja contraprestação pelo serviço. Decidiu, com efeito, o STF em caso análogo, no qual o Plenário da Corte, no julgamento do RE nº 253.472 Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 01.02.11, reconheceu, por efeito da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CF), a inexigibilidade, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela CODESP - entidade delegatária de serviços públicos a que se refere o art. 21, XII, f, da CF, na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. (Precedentes: RE nº 253.394, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.04.03; AI nº 458.856, Relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 20.04.07; RE nº 265.749-Ed-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.08.11; AI nº 738.332-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 26.11.10, entre outros)* - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO nº 0519220-65.2010.8.26.0554, Comarca de Santo André, Relatora Des. MÔNICA SERRANO, 14ª Câmara de Direito Público do TJSP, j. em 11/09/2014).

> *APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDHU. Sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos. Cobrança de IPTU pelo Município de Penápolis. Lei Municipal nº 273/1993 que concede isenção de tributos municipais para imóveis pertencentes à CDHU destinados à implantação de moradias populares. Imunidade tributária recíproca configurada. Não sujeição às normas que regulam a livre iniciativa. Artigo 150, VI, "a", §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. Decisão mantida. Recurso não provido. (...). Daí que as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, como instrumentos que são da descentralização da atividade estatal, não podem receber o mesmo tratamento dispensado às sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas. Isto porque, embora sujeitas ao regime de direito privado, quando exercentes de atividades públicas, sofrem influxos do*

Acesso ao Sumário

direito público e, por tal razão, devem gozar de privilégios e prerrogativas atribuíveis a entidades estatais centralizadas. (...) (APELAÇÃO nº 0010382-82.2012.8.26.0438, Comarca de Penápolis, Relator Des. HENRIQUE HARRIS JUNIOR, 14ª Câmara de Direito Público do TJSP, j. em 24/07/2014).

Pelas mesmas razões, a CDHU se enquadra no benefício da isenção tributária concedido pelas Leis Municipais n nº 2.155/1.999 e 2.217/2000.

Daí porque, **dá-se provimento ao recurso** para acolher a objeção prévia de executividade e extinguir a execução em relação à CDHU, nos termos do artigo 485, inc. VI, do CPC, condenando o Município no pagamento das custas, despesas processuais e na verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da execução.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2081181- 96.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRISCILA MAYRINK DE MIRANDA, são agravados SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.235)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 23 de junho de 2017.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Interposição contra decisão que indeferiu a tutela antecipada recursal, para fornecimento de medicamentos e insumos, pela ausência do *periculum in mora* – Demora incomum no retorno do aviso de recebimento

– Contraminuta a ser apresentada no prazo de 30 dias úteis pelo agravado – Alteração do quadro – *Periculum in mora* verificado na hipótese - Reforma da decisão - Recurso provido.

VOTO

A decisão ora agravada foi lavrada nos seguintes termos:

"1. A recorrente, Priscila Mayrink de Miranda, impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, com o intuito de obter o fornecimento gratuito e por tempo indeterminado dos medicamentos e insumos Insulina Listro, bomba de infusão contínua de insulina Paradigma Veo MMT 754, Cateter "quickset" 9mm/60cm para bomba Paradigma Veo, aplicador para conjunto de infusão "quickset", reservatório de 3ml para bomba Paradigma Veo, sensor de glicose Enlite, Sistema Transmissor MiniLink, Carelink USB MMT7305, tira reagente para glicemia capilar, lancetas e glicosímetro, por ser portadora de Diabetes Mellitus tipo I e não possuir disponibilidade financeira para custear o tratamento. Requereu a concessão de medida liminar (fls. 22/50).

Sobreveio r. decisão de deferimento da liminar, "para que a autoridade inscreva a impetrante no programa oficial de dispensação de remédios, providencie os exames necessários, forneça dos remédios legalmente previstos e o equipamento previsto em normas legais de padronização do atendimento público." (fls. 236).

Inconformada, recorre a impetrante, na busca de alcançar o efetivo deferimento da liminar, pois os insumos e medicamentos pleiteados na inicial não são padronizados pelo Sistema Único de Saúde, razão pela qual o deferimento da liminar nos termos indicados inviabilizará o fornecimento pretendido. Pede a antecipação da tutela recursal (fls. 01/21).

2. Não se concede a tutela antecipada neste recurso, pois, não obstante a presença do fumus boni iuris, consubstanciado no fato de padecer a impetrante de doença grave e a obrigação de assistência à saúde imposta ao Estado pelo art. 196, da Constituição Federal, ausente o periculum in mora, pois, caso concedida a liminar ao final, terá sua eficácia alcançada. Ressalte-se, ademais, a celeridade de julgamento de recursos como o presente e o fato do mal que acomete a agravante não apresentar risco de morte (Diabetes).

3. Intime-se o agravado, para oferta de contraminuta, na forma do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

4. Comunique-se, com urgência, via email ou outra forma de igual rapidez, ao C. Juízo de primeiro grau, a respeito da presente decisão.

5. Após, tornem os autos conclusos para continuidade do julgamento."

Acesso ao Sumário

Nesta oportunidade, interpõe **Priscila Mayrink de Miranda** o presente agravo regimental, com o intuito de reforma da decisão e concessão da antecipação da tutela recursal, a qual reputa urgente, em atenção à gravidade da doença da qual padece, Diabetes Mellitus tipo I, não passível de controle pelos recursos já fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (fls. 01/14).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão agravada.

A princípio, como destacado, está-se diante de agravo de instrumento, interposto com intuito de se alcançar deferimento de liminar em mandado de segurança, para fornecimento de medicamentos e insumos não contemplados pela rede pública de saúde, à paciente portadora de Diabetes Mellitus tipo I, a qual não dispõe de condições para custeio do tratamento.

Ante a celeridade de processamento dos agravos de instrumento nesta Corte, preferiu-se oportunizar ao agravado a apresentação de contraminuta, sem concessão da antecipação da tutela recursal, em atenção ao princípio do contraditório e ampla defesa, mormente por já se encontrar notificada a autoridade impetrada nos autos do mandado de segurança (fls. 203, dos autos principais).

No entanto, passado mais de mês desde a determinação de intimação do agravado, apenas aos 13.06.2017 foi possível a juntada do aviso de recebimento enviado pelos correios, razão pela qual somente a partir de tal data deu-se início à contagem do prazo de 30 dias úteis para apresentação de contraminuta.

Com esse quadro, inverte-se a situação fática vigente até então, e verifica-se a presença de ambos os requisitos para concessão da tutela antecipada em sede recursal, o *fumus boni iuris*, consistente na gravidade da doença da qual padece a agravante, conforme atesta relatório médico acostado aos autos, e o *periculum in mora*, caracterizado pela premente necessidade de fornecimento dos medicamentos e insumos, a fim de controlar o avanço da doença, sem possibilidade de se aguardar o normal trâmite deste recurso para deferimento da medida (fls. 96).

ENRICO TULLIO LIEBMAN, com sua autoridade, já definia que "*no tempo que flui enquanto se espera para poder iniciar o processo, ou enquanto este se realiza, pode acontecer que os meios necessários a ele (isto é, as provas e os bens) fiquem expostos ao perigo de desaparecer ou de, por alguma outra forma, serem subtraídos à disponibilidade da Justiça; ou, mais genericamente, pode acontecer que o direito cujo reconhecimento se pede esteja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável. Nesses casos, à parte interessada é permitido pedir aos órgãos jurisdicionais que conservem e ponham a salvo as provas ou os bens, ou eliminem por outra forma aquela ameaça, de modo a assegurar que o processo possa conduzir a um resultado útil.*" (Manual de Direito Processual Civil, vol. I, pág. 216, Ed. Forense, 1984).

Acesso ao Sumário

É, exatamente, o caso em tela.

Não se olvida, ainda, ter o Superior Tribunal de Justiça, em 26.04.2017, por votação unânime, decidido afetar o Recurso Especial nº 1.657.156-RJ, tema 106, sobre a "**obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde**" e determinado a suspensão do processamento de todos os processos pendentes individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão em trâmite no território nacional.

No caso vertente, pretende-se o fornecimento de medicamentos e insumos não constantes dos referidos atos normativos (*Insulina Listro, bomba de infusão contínua de insulina – Paradigma Veo – MMT – 754, Cateter "quickset" 9mm/60cm para bomba Paradigma Veo, aplicador para conjunto de infusão "quickset", reservatório de 3ml para bomba Paradigma Veo, sensor de glicose Enlite, Sistema Transmissor MiniLink, Carelink USB – MMT7305, tira reagente para glicemia capilar, lancetas e glicosímetro*).

Todavia, o art. 982, § 2.º, do Cód. Proc. Civil, ora aplicado supletivamente, autoriza a análise da matéria liminar pleiteada, de molde a não se verificar óbice à concessão da medida.

Nesse sentido, inclusive, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, em decisão nos mesmos autos do REsp 1.657.156 – RJ, aos 24.05.2017, *"(...) torna-se patente que a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas.*"

O caso é, assim, de **provimento** do agravo regimental interposto por **Priscila Mayrink de Miranda** nos autos do agravo de instrumento interposto em relação ao mandado de segurança impetrado contra ato do **Secretário de Saúde do Estado de São Paulo** (ref. proc. nº 1002665-17.2017.8.26.0053, 16º Ofício da Fazenda Pública de São Paulo), para concessão da tutela antecipada recursal e determinação de fornecimento dos medicamentos e insumos pleiteados na exordial, nos termos da prescrição médica acostada aos autos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2131524- 96.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é agravante EDUARDO JONNY ALDANA FERNANDES, é agravado MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.429)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 7 de agosto de 2017.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO no AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – Exceção de pré-executividade – IPTU e taxas de 2012, 2013 e 2015 – Município de Santana de Parnaíba – Instrumento particular de dação em pagamento, de 10/09/2014 – Alegada ilegitimidade passiva *ad causam* – Inocorrência, pois o executado transmitente do imóvel consta no polo passivo da execução a título de proprietário do imóvel tributado, na medida em que o título de transmissão não foi registrado no respectivo Registro de Imóveis – Inaplicabilidade do art. 130 do CTN face ao que dispõe o art. 1.245, CC/02 – Mantido o improvimento monocrático do agravo de instrumento – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto pelo executado EDUARDO JONHY ALDANA FERNANDEZ, contra r. decisão de fls. 27/8, proferida em Execução Fiscal proposta pelo MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA, referente a IPTU e taxas de 2012, 2013 e 2015 (CDA de fls. 50/2), pelo qual o recorrente pretende a extinção da execução, alegando em suma ilegitimidade passiva *ad causam*, haja vista que a propriedade e a posse do imóvel tributado foram transferidas a terceiros em 2014 por instrumento de dação em pagamento, sendo, pois, o adquirente o responsável pelo crédito em tela.

2. Tal pretensão foi indeferida pela r. decisão agravada, que, ao apreciar exceção de pré-executividade, fundamentou que o ato de transmissão não foi registrado na respectiva Matrícula do imóvel, motivo pelo qual o executado continua proprietário do bem.

3. Recurso tempestivo, com preparo (fls. 57/8) e com peças obrigatórias (fls. 27/8, 29, 32), sendo, contudo, improvido por decisão monocrática, ao fundamento de que o executado transmitente do imóvel consta no polo passivo

Acesso ao Sumário

da execução a título de proprietário do imóvel tributado, na medida em que o título de transmissão não foi registrado no respectivo Registro de Imóveis, de sorte que inaplicável o art. 130 do CTN face ao que dispõe o art. 1.245, CC/02.

4. Sobreveio tempestivo agravo interno (fls. 1/5) em que o agravante insiste na pretensão acima, repetindo os mesmos argumentos trazidos no agravo de instrumento, enfatizando que o possuidor deveria responder pelo tributo. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

5. A execução foi ajuizada em 01/04/2016 contra o ora recorrente (fls. 49) com o fim de receber valor referente a IPTU e taxas de 2012, 2013 e 2015, conforme CDA de fls. 50/2, em que o agravante aparece como devedor.

Por meio de exceção de pré-executividade a parte executada alegou ilegitimidade passiva, ao argumento de que teria transmitido o imóvel a terceiro em 2014 (fls. 33/44).

Há nos autos instrumento particular de escritura de dação em pagamento, datado de 10/09/2014 (fls. 45/ss), pelo qual o executado transmitiu o imóvel tributado a duas pessoas jurídicas como forma de pagamento de dívida relativa ao próprio imóvel.

Contudo, segundo Certidão de Matricula do imóvel, o executado ainda é proprietária do imóvel desde 03/01/2011 (fls. 55/6), nada constando que o instrumento de dação em pagamento tenha sido averbado em tal Matrícula.

Dessa forma, não configurada a aquisição a que se refere o art. 130 do CTN, especialmente, se considerado o art. 1.245 do CC, segundo o qual *Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.*

Assim, considerada a prova existente nestes autos, por ora, não é possível reconhecer a alegada ilegitimidade passiva *ad causam*, em que pese a natureza *propter rem* da obrigação.

Lembrar que de acordo com a CF art. 156, I, depreende-se que o sujeito passivo tributário do IPTU é o proprietário do imóvel, qualidade que a recorrente ainda tem.

O CTN, por sua vez, ao especificar regras referentes ao IPTU, no art. 34, estabelece que o contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

O IPTU pretendido por meio da execução fiscal em questão foi lançado de acordo com Lei Municipal citada na CDA de fls. 50/2, a qual, relativamente ao sujeito passivo do IPTU, está em harmonia com a CF e o CTN, tanto que referida lei aponta como sujeito passivo do IPTU o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, o usufrutuário, ou o seu possuidor a qualquer título.

Acesso ao Sumário

HUGO DE BRITO MACHADO, ao comentar o art. 34 do CTN, quando discorre sobre promitente comprador assinala que, embora havendo um possuidor do imóvel, não se pode excluir da qualidade de contribuinte do IPTU o proprietário. Confira-se:

> **"Como se disse nos comentários ao art. 31, a expressão *possuidor a qualquer título* há de ser entendida em seus devidos termos, e não se pode considerar contribuinte o possuidor de um imóvel se existir um proprietário" (Comentários ao Código Tributário Nacional, arts. 1º a 95, Vol. I, Atlas, 2003, p. 382).**

AIRES F. BARRETO, ao discorrer sobre o art. 34 do CTN, especificamente em relação ao sujeito passivo do IPTU, dá a ideia de que o contribuinte do IPTU pode ser todo aquele que detém qualquer direito de gozo pertinente ao imóvel, seja pleno ou limitado, de modo que, enquanto não houver a extinção de tal direito, o seu titular pode ser contribuinte do imposto em questão.

Aludido autor ainda ressalva que o legislador poderá optar pelo proprietário, pelo titular do domínio útil, ou pelo possuidor, o que autoriza a Municipalidade a escolher, no caso de compromisso de compra e venda, o proprietário do bem, o promissário comprador imitido na posse, ou ambos.

Confira-se:

> **"A sujeição passiva direta alcança todo aquele que detém qualquer direito de gozo, relativamente ao imóvel, seja pleno ou limitado. É nessa relação patrimonial que vamos encontrar o substrato econômico tributável.**
>
> **Titulares desses direitos são, pois, o proprietário pleno, seja de domínio exclusivo, seja na condição de co-proprietário ou condômino, inclusive nas hipóteses de condomínio especial. Também o é o fiduciário que tem a propriedade, embora sob condição resolutiva. Enquanto não se dá a extinção desse direito, o gozo econômico do direito de propriedade lhe pertence; daí o fundamento da sujeição.**
>
> **Da mesma, elege-se o enfiteuta, porque titular do domínio útil, ou seja, dos direitos de uso, gozo e disposição do imóvel, relativamente ao qual o senhorio direto tem apenas o domínio eminente.**
>
> **Diga-se o mesmo em relação ao usufrutuário, porquanto titular dos direitos de usar, de administrar a coisa e, sobretudo, de dela fruir. Assume, ainda, a condição de contribuinte o possuidor do imóvel, como o compromissário-comprador imitido na posse, o usuário e o titular do direito real de habitação.**
>
> **O legislador poderá optar, para a decretação do tributo, por qualquer das situações previstas no Código Tributário Nacional. Vale dizer, poderá escolher, *verbi gratia*, o proprietário de imóvel, compromisso**

Acesso ao Sumário

à venda, ou o promitente-comprador imitido na posse.

Poderão ser previstas, ainda, hipóteses de sujeição passiva indireta, em virtude de transferência da responsabilidade tributária, através de expressa disposição na lei municipal.

Gandra Martins lembra que:

"Nos arrendamentos, nas locações, o proprietário pode transferir ao locatário ou arrendatário a responsabilidade tributária, permanecendo, entretanto, como co-responsável pela eventual inadimplência do sujeito passivo responsável"(Comentários ao CÓDIGO tributário nacional, arts. 1º a 95, Ed. 2002, Saraiva, Vol. 1, Ives Gandra da Silva Martins, Coordenador, p. 259).

Aliás, a doutrina acima transcrita está em conformidade com a súmula nº 399, cujos os termos são os seguintes:

Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.

Assim, as razões acima expostas conduzem à conclusão de que, no caso, a Municipalidade poderia ajuizar e prosseguir a execução contra o transmitente proprietário do imóvel, de modo que consideram-se prequestionados os dispositivos da legislação mencionados nas razões recursais.

Note-se que no agravo interno o recorrente não inova em termos de argumentos e não traz nenhuma prova diferente daquela encartada com o agravo de instrumento, motivo pelo qual é caso de manter o improvimento do primeiro agravo.

Pelo meu voto, **agravo interno improvido.**

Apelações

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1041221-59.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO VOLKSWAGEN S/A, são apelados DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRANSITO DE SÃO PAULO - DETRAN e PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

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

integra este acórdão. **(Voto nº 15.209)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 14 de junho de 2017.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória proposta com o objetivo de afastar a responsabilidade de instituição financeira em relação a multas, diárias de estadia e demais taxas decorrentes da apreensão de veículo objeto de contrato de alienação fiduciária Infrações cometidas pelo condutor do veículo – Ausência de notícias de que a instituição financeira busque a restituição do veículo ou possua a posse direta do bem, o que afasta sua responsabilidade sobre multas e despesas de estadia – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação proposta pelo **Banco Volkswagen S/A** em face do **Departamento de Trânsito do Estado de São Paulo – DETRAN** e da **Prefeitura Municipal de São Paulo** a fim de obter provimento jurisdicional que declare a inexistência de relação jurídica entre as partes no que concerne à existência de diárias de estadia em pátio e demais taxas originárias da apreensão do veículo VW/Fox, placa DLM-3811, que é objeto de contrato de financiamento firmado entre a autora e Waldiney de Souza Barros.

A sentença de f. 124/126 entendeu que a autora não possuía interesse processual, uma vez que não há nos autos notícia de atribuição de débito à instituição bancária, e julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015.

Inconformada, recorre a autora. Argumenta que seu interesse processual decorre do fato de que a liberação do veículo objeto dos autos está condicionada ao pagamento de despesas que não são de sua responsabilidade, mas do devedor fiduciário despesas estas, por sua vez, que, caso não saldadas, levarão o veículo a leilão. Requer o afastamento da extinção do processo por ausência de interesse processual e, no mérito, a procedência de seu pedido (f. 129/139).

As contrarrazões foram apresentadas a f 144/151 e 153/155.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Ao contrário do afirmado pelas rés, o interesse processual da autora decorre dos próprios termos da notificação a ela encaminhada:

> *"Fica vossa senhoria notificado(a) de que o veículo abaixo identificado, que consta ser de vossa propriedade, conforme pesquisa PRODESP/ DETRAN-SP, encontra-se recolhido no Pátio (...) Outrossim, se no prazo de 20 (vinte) dias, a contar do recolhimento da presente e, após 90 (noventa) dias da apreensão V. Sa. não manifestar interesse pelo referido veículo junto a este órgão, o mesmo será levado a hasta, através de leilão público (...),* ***ficando V. Sa. responsável pela quitação dos débitos existentes de tributos (IPVA), taxas, multas, remoção e estadias incidentes até a data do leilão que não forem possíveis de pagamento com o saldo da venda do veículo****."* (f. 29)

Há utilidade e necessidade, portanto, na obtenção do provimento jurisdicional pleiteado, que objetiva à declaração de inexistência de referida relação jurídica entre as partes.

Afastado o reconhecimento da ausência de interesse processual, passa-se ao julgamento do mérito, nos termos do artigo 1.013, §3º, I, do Código de Processo Civil de 2015.

O recurso versa sobre a pretensão de Administração em atribuir ao Banco Volkswagen a responsabilidade pelas multas de trânsito e despesas de estadia e remoção do veículo VW/Fox, placa DLM-3811.

A instituição financeira celebrou com o Sr. Waldiney de Souza Barros contrato de alienação fiduciária do veículo, registrado sob o nº 31308025 (f. 32/35).

A autora foi notificada sobre a apreensão do veículo, com a informação de que este seria encaminhado a leilão caso a instituição financeira não manifestasse interesse no bem, com o pagamento dos valores de estadia e liberação (f. 29).

Com efeito, deve ser afastada a responsabilidade da autora sobre débitos relativos a multas e estadia do veículo apreendido, principalmente porque não há nos autos notícia de que a autora tenha praticado ato tendente à restituição do bem apreendido.

Isso porque, no contrato de alienação fiduciária, tal como ocorre nos contratos de arrendamento mercantil, a instituição financeira mantém apenas a posse indireta do veículo e o domínio resolúvel do bem com o objetivo de garantir o pagamento do financiamento. O devedor ou arrendatário detém a posse direta, com todas as responsabilidades e encargos.

É evidente, portanto, que não cabe à autora (possuidora indireta) responsabilizar-se por despesas decorrentes de conduta atribuível àquele que detém a posse direta do bem e, por isto, é obrigado a responder pelos ilícitos causados em razão de sua guarda.

Nesse sentido, os seguintes comentários ao art. 1.363, caput e inciso I, do Código Civil:

> *"O devedor (fiduciante), na qualidade de possuidor direto, detém exclusivamente o direito de usar e gozar da coisa e o de conservá-la em seu poder, antes do vencimento do débito, desde que observada a sua destinação, agindo na qualidade de depositário (...).*
>
> *O devedor, como depositário, deverá empregar toda cautela na conservação e guarda da coisa como se sua fosse (...)."* (COSTA MACHADO e SILMARA JUNY CHINELLATO *in* "Código Civil Interpretado", 3ª ed., 2010, p. 1094-1095).

De se destacar, ainda, que a questão aqui analisada já foi objeto de pronunciamento do C. Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTOVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. DESPESAS DE REMOÇÃO E ESTADIA DE VEÍCULO APREENDIDO. RESPONSABILIDADE DO ARRENDATÁRIO.*
>
> *1. As despesas relativas à remoção, guarda e conservação de veículo apreendido no caso de arrendamento mercantil, independentemente da natureza da infração que deu origem à apreensão do veículo e ainda que haja posterior retomada da posse do bem pelo arrendante, são da responsabilidade do arrendatário, que se equipara ao proprietário enquanto em vigor o contrato de arrendamento (cf. artigo 4º da Resolução Contran nº 149/2003)*
>
> *2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil."* (REsp 1.114.406/SP, 1ª Seção, j. 27/04/2011, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido)

E, ainda que referido acórdão não faça referência a multas, o mesmo raciocínio pode ser a elas estendido.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

> *APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – Ação anulatória – Instituição financeira – Contrato de alienação fiduciária – Multas de trânsito, despesas com remoção e estadia do veículo alienado fiduciariamente – Responsabilidade do condutor, possuidor direto do veículo – Jurisprudência do STJ em Recurso Especial representativo de controvérsia – Sentença mantida – Reexame necessário não acolhido e recurso das rés não provido.*
>
> (Apelação Cível nº 1017825-19.2016.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, j. 10/04/2017, Des. Rel. Antonio Celso Faria)

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO CIVIL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – MULTAS DE TRÂNSITO, DESPESAS DE ESTADIA E REMOÇÃO. Instituição financeira que não é responsável por infrações de trânsito praticadas por arrendatário ou devedor fiduciário. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Honorários mantidos. Recursos não providos.

(Apelação Cível nº 1041217-22.2015.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, j. 04/04/2017, Des. Rel. Camargo Pereira)

APELAÇÃO – Ação anulatória e declaratória de inexistência de relação jurídica – Ilegitimidade de parte da Fazenda Pública Estadual, ante o ajuizamento da ação ao tempo em que o DETRAN já tem a natureza de autarquia (Lei Complementar Estadual nº 1.195/2013) – Alegação de débitos referentes à multa por infração de trânsito e por despesas decorrentes de apreensão de veículo objeto de contrato de alienação fiduciária, exigidos apenas da entidade financeira – Ausência de responsabilidade da entidade financeira – Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível nº 1054138-47.2014.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, j. 14/02/2017, Des. Rel. Vicente de Abreu Amadei)

Nesses termos, dou provimento ao recurso da autora para, afastada a preliminar de falta de interesse processual, julgar procedente a ação, a fim de declarar a inexistência de relação jurídica entre ela e aos réus com relação à exigência do pagamento de diárias de estadia e demais taxas originárias da apreensão do veículo descrito na inicial.

Invertido o resultado do julgamento, são os réus responsáveis pelas custas e pelas despesas processuais, bem como pelos honorários advocatícios, que fixo em 12% sobre o valor da causa, já consideradas as fases de conhecimento e recursal, nos termos do artigo 85, §11º, do Código de Processo Civil de 2015.

O caso, assim, é de dar provimento ao recurso interposto pelo **Banco Volkswagen S/A** nos autos da ação por ela movida em face do **Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo - DETRAN** e da **Prefeitura do Município de São Paulo** (processo nº 1041221-59.2015.8.26.0053 – 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SP).

Resultado do Julgamento: deram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002509-

04.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante FRANCISCO CARLOS DE MACEDO PINTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO - DETRAN-SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 6 de junho de 2017.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO. COMUNICAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO. APLICAÇÃO DE PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Multas de trânsito aplicadas em momento posterior à comunicação de venda. Responsabilidade do proprietário. Alegação de ausência de notificação para as multas de trânsito. Divergência entre o endereço constante do cadastro mantido pelo DETRAN e o declinado na inicial. Ausência de comprovante de residência juntado aos autos. Endereço apontado no banco de dados do DETRAN oriundo do documento de transferência do veículo. Falta de prova pré-constituída apontando para a ocorrência de falha da Administração nos atos de notificação.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Apreensão do veículo em contexto de prisão em flagrante por crime previsto na Lei de Drogas. Dado omitido na causa de pedir. Os documentos oficiais produzidos nos autos informam que a apreensão do automóvel efetivamente decorreu do atraso no licenciamento. A omissão qualifica conduta reprovável, mas diz respeito a dado irrelevante para o julgamento, motivo pelo qual se considera que não ocorreu a conduta punível na forma da lei processual. Recurso provido neste ponto.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

FRANCISCO CARLOS DE MACEDO PINTO, inconformado com a respeitável sentença de fls. 132/137, que julgou improcedente o pedido mediato e condenou o impetrante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, (i) o desconhecimento das circunstâncias em que o veículo foi apreendido, porquanto na ocasião era conduzido pelo neto do então procurador dele, impetrante; (ii) o desconhecimento, por ocasião em que adquiriu o automóvel, de que o veículo estava avariado e cheio de vícios ou defeitos; (iii) a inocorrência da prática de ato qualificador de litigância de má-fé; (iv) a ausência de responsabilidade pelas diversas multas pendentes em relação ao veículo em questão.

Com contrarrazões da Fazenda (fls. 153/157), o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

O apelante impetrou mandado de segurança pleiteando a anulação do ato administrativo de apreensão do veículo descrito na inicial. A causa de pedir anuncia a recente aquisição do bem (em relação ao momento da impetração, em 17.3.2016) e a ocorrência de acidente doméstico que exigiu o uso do veículo até sua residência, oportunidade em que, no trajeto, o veiculo foi alvo de fiscalização ostensiva e apreendido por estar com multas e licenciamento atrasados. Informa não ter jamais recebido qualquer notificação.

É fato inequívoco que a as multas aplicadas ao veículo (fls. 77 e ss.) são posteriores à data em que houve a comunicação da venda do bem ao DETRAN (fls. 26 e 75 - 4.5.2015).

Daí porque as circunstâncias inerentes a eventual erro, dolo ou fraude que tenha vitimado o impetrante por ocasião da aquisição do bem são de todo inteiramente irrelevantes para determinar a responsabilidade do impetrante pelas infrações.

Em sede de informações, a autoridade impetrada noticiou a apreensão do veículo em razão do emprego para a prática de crime previsto na lei de drogas (fls. 55), sustentando que a liberação do veículo depende de ato da autoridade policial responsável pela constrição.

Foram atravessadas petições em que os procuradores do impetrante e da antiga proprietária – que não é parte nos autos – trocam mútuas acusações, envolvendo questões inteiramente estranhas ao objeto do mandado de segurança.

Diante do quadro formado, o juízo "*a quo*" julgou improcedente o pedido mediato e, por considerar que o impetrante alterou a verdade dos fatos ao omitir o verdadeiro motivo da apreensão do automóvel, aplicou-lhe pena por litigância de má-fé.

O recurso pretende afastar a aplicação da pena processual e a reforma da

Acesso ao Sumário

sentença para seja julgado procedente o pedido mediato.

No que se refere à matéria de mérito, como já dito anteriormente, necessário destacar que as multas foram aplicadas em momento posterior à comunicação de venda, de modo que a responsabilidade pelas infrações é, presumidamente, do impetrante, à luz do que estabelece o artigo 257, §§7º e 8º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Por outro lado, percebe-se que o endereço do impetrante constante do cadastro do DETRAN (fls. 75) não é o mesmo do declinado por ele na inicial (fls. 1), o que o levou a sustentar, no recurso, que a divergência dos dados é a causa de não ter recebido as notificações.

Ocorre que o apelante não apresentou qualquer comprovante de residência para demonstrar que ele mora no endereço declinado na inicial, e não naquele que consta do banco de dados do DETRAN. Do mesmo modo, como bem destacado pela autoridade impetrada, o endereço apontado no cadastro é oriundo das informações contidas no CRV, e anotada no momento em que o antigo proprietário aliena o bem. Deste modo, sem que se tenha produzido prova documental no sentido de que a comunicação foi corretamente encaminhada, e que o erro cadastral é da autarquia, e não das partes envolvidas no negócio jurídico, não há como se atribuir para o DETRAN a responsabilidade por eventual insucesso das notificações.

Todo esse cenário determina, realmente, a improcedência do pedido mediato, percepção corroborada pelo fato de que o veículo em questão foi apreendido por autoridade policial (fls. 55), a bem revelar que a anulação do ato de constrição depende da revisão daquela medida de persecução penal, o que evidentemente não constitui o objeto do presente mandado de segurança.

Resta enfrentar a questão atinente à aplicação da pena por litigância de má-fé.

A litigância de má-fé considera a conduta da parte ou do interveniente "*que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC14*" (**Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11ª edição, 2010, p. 226**).

"In casu", o juízo "a quo" considerou determinante para aplicação da sanção o fato de que a apreensão decorreu do emprego do veículo na prática de crimes, enquanto que a causa de pedir anuncia ter havido a constrição em razão do licenciamento atrasado.

Acesso ao Sumário

É preciso ponderar que o documento de fls. 18 efetivamente informa que a apreensão decorreu do fato de que o veículo estava em circulação sem o devido licenciamento, o que é corroborado pelo Boletim de Ocorrência copiado a fls. 55/58, do qual consta a seguinte passagem: "*Entorpecente, mochila, numerário e veículo apreendidos em auto próprio, haja vista que este último encontra-se em nome de terceiros e licenciamento atrasado*" (fls. 57).

Consta do referido documento, ainda, que o condutor do automóvel foi preso em flagrante.

Dada a prisão, não há como atribuir credibilidade à versão do impetrante no sentido de que ele não soubesse do ocorrido.

Mas o dado objetivo é o de que o automóvel realmente foi apreendido por estar sem licenciamento, e a prisão do condutor não tem qualquer relevância para a discussão atinente à higidez da apreensão, cujo motivo repousa em elemento estranho ao comportamento de pessoa que conduzia o automóvel.

Em suma, há contundentes sinais de que o impetrante deliberadamente faltou com a verdade, mas a omissão diz respeito a fatos irrelevantes para o julgamento.

Daí porque não lhe deve ser aplicada a pena de multa.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015115-50.2013.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA, é apelado ANA PAULA DE ALMEIDA TOME (JUSTIÇA GRATUITA).

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 27.342)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES e SOUZA NERY.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

EDSON FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DANOS. Indenização. Atendimento médico em unidade de saúde conveniada com o Município. Falta de requisição de exame laboratorial que não

permitiu diagnosticar nódulo no seio esquerdo, apesar de visível diferença de tamanho com o seio direito. Responsabilidade objetiva do Município pela deficiência do serviço. Código de Defesa do Consumidor, artigos 14 e 23. Não comprovada negativa de atendimento. Jovem de apenas dezenove anos de idade que permaneceu por longo período em situação de perigo, angústia e sofrimento, por falta de diagnóstico, o que a obrigou a procurar atendimento particular para solucionar o problema, que era visível e constrangedor. Retirada de nódulo do seio. Dispensada prova pericial diante dos documentos e fotografias apresentados. Condenação solidária do Centro Médico, que sequer contestou, e do Município, ao pagamento das indenizações por danos materiais e morais. Despesas comprovadas, sem impugnação específica. Demanda procedente. Indenização por dano moral, fixada em dezoito mil reais, sem motivo de redução. Recurso não provido.

VOTO

A sentença, proferida em 07 de janeiro de 2014, pelo eminente juiz, Doutor Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, julgou procedente demanda de indenização por erro médico, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de dezoito mil reais, corrigidos da sentença, acrescido de juros de mora de um por cento ao mês a contar da primeira citação, mais indenização por dano materiais, no valor comprovado de R$ 2.728,28, corrigido do ajuizamento, com juros de mora de um por cento ao mês, contados da citação, tendo fixado honorários advocatícios em vinte por cento do valor corrigido da condenação (fls. 132).

Apela Município de Sorocaba pela inversão do resultado, alegando inépcia da inicial por falta de informações e documentos necessários; cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado, deixando de conceder oportunidade para a realização de prova.

Ainda, os fatos narrados pela autora não são verdadeiros e não existe prova sobre o fato; não encontrou em seus arquivos o atendimento feito à autora, em 12 de novembro de 2008, tampouco ela comprovou que foi atendida; ausente a relação de causalidade; não se trata de responsabilidade objetiva; responsabilidade com base no Código de Defesa do Consumidor que é subjetiva e deve ser provada a culpa pela vítima; o valor do dano moral é excessivo e

Acesso ao Sumário

caracteriza abuso de direito e os danos materiais não foram comprovados (fls. 135/150).

Recurso respondido (fls. 152/154).

Distribuído para esta Câmara (fls. 159), houve representação ao Presidente desta Seção de Direito Público, em dezembro de 2015, em virtude da competência da Seção de Direito Privado para conhecer da matéria relacionada a erro médico (fls. 161).

Redistribuído para a 10ª Câmara de Direito Privado, por julgamento datado de 31 de maio de 2016, o recurso não foi conhecido e suscitado conflito de competência (fls. 167/174), que foi julgado procedente pelo Órgão Especial desta Corte, em 21 de setembro de 2016, para reconhecer a competência desta Câmara de Direito Público (fls. 191/198), retornando os autos (fls. 203);

É o relatório.

Narra a petição inicial que em 12 de novembro de 2008 a autora foi atendida no Centro de Saúde do Jardim Simus, para consulta ginecológica, marcada porque lhe preocupava o fato do seu seio esquerda estar com maior volume que o direito e ainda por sentir dores quando do exame de toque.

Examinada por profissional daquele nosocômio, lhe foi dito nada havia de anormal e se tratava de problema estético, com o que não tinha que se preocupar, deixando de solicitar exame gráfico ao argumento de que autora era muito jovem e que com o tempo os seis se igualariam de tamanho Apesar da insistência, não foi solicitado nenhum exame da mama.

Justifica que procurou o centro de saúde próximo de sua residência, porque não tinha condições financeiras para pagamento de tratamento particular, pois auferia renda pouco mais do que um salário mínimo.

Como o seio esquerdo não parava de crescer e sentia incômodo, pois ao usar roupas mais justas o problema era visível, procurou um profissional particular, em 19 de maio de 2010, mediante o pagamento da consulta de duzentos reais, que lhe solicitou exames de laboratório e ficou constatado um Lipoma (nódulo) no seio esquerdo, que necessitou ser retirado.

Acesso ao Sumário

Procurou o Hospital Mogi D'Or, em Mogi das Cruzes, onde se submeteu a cirurgia, tendo sido retirado o corpo estranho do seio esquerdo, diagnosticado como exérese de nódulo de mama fibroadenoma mamário, ficando afastada das suas funções por quinze dias, obrigando-a a desembolsar a quantia de R$ 2.728,27, com consulta médica, exames de laboratório, internação hospitalar, anestesista, remédios e outras despesas comprovadas.

Durante o período da consulta no centro de saúde do Município de Sorocaba e a retirada do nódulo, ficou "aterrorizada, imaginando ser portadora de câncer de mama e já imaginava a retirada do seu seio esquerdo", fato que lhe causou muito sofrimento, por longo período.

Diante da negligência do Centro de Saúde do Jardim Simus, deixando de solicitar um simples exame de ultrassom e diagnosticar o problema, seu sofrimento foi prolongado e teve que arcar com os gastos comprovados, que busca o ressarcimento, postulando a responsabilização do nosocômio e do Município de Sorocaba, mantenedor daquele, pelos danos materiais comprovados e os danos morais, estimados em cinquenta salários mínimos.

Trata-se de pessoa jovem, nascida em 18-05-1989 (fls. 22), que era atendida pela unidade de saúde do Município de Sorocaba, como se constata pelos cartões de identificação e atendimento de fls. 24, não impugnados pelo Município.

O exame de ultrassonografia das mamas, realizado em 19-05-2010, a pedido do médico particular, revelou um "aumento volumétrico à esquerda ao nível dos quadrantes inferiores, dado por volumosa massa ovalada" (fls. 25).

A autora foi submetida a procedimento cirúrgico no Hospital e Maternidade Mogi D'Or Ltda., em 7 de junho de 2010 (fls. 32/36), para a retirada do nódulo, conforme relatório médico de fls. 37/41 e exame anatomopatológico de fls. 46 , sendo instruída a permanecer em repouso por quinze dias (fls. 42).

As fotografias de fls. 47/56 dão guarida às alegações da autora com respeito a visível anormalidade do seio esquerdo e a cirurgia realizada.

O documento de fls. 24 evidencia que a autora passou por consulta no centro de saúde do Município de Sorocaba, em 12 de novembro de 2008, e que lá cuidava de sua saúde, tanto que em 14-08-2008, se submeteu a exame citopatológico de colo de útero, a pedido do Centro de Saúde Jardim Simus (fls. 105).

A prova pericial solicitada pelo Município (fls. 121) não se faz necessária, na medida em que os documentos médicos anexados demonstram o problema relatado pela autora e a necessidade de cirurgia, não havendo justificativa idônea para sua realização.

Ainda que sucinta, a fundamentação da sentença considerou todo o conjunto probatório, com ênfase às alegações da autora, não infirmadas pelos documentos anexados, de modo que não incorreu em motivo de nulidade por cerceamento de defesa.

Poderia o Município anexar documentos sobre o atendimento da autora no centro de saúde ou justificar o não atendimento das consultas marcadas para 12 de novembro de 2008, 30 de janeiro, 03 de fevereiro, 04 de março, 11 de junho e 21 de junho de 2010, não se justificando a afirmação de que "não existem queixas a respeito da mamária da autora", nos cartões de comparecimento ou no laudo de exame do colo de útero (fls. 24 e 105).

Não é crível que a autora não tenha comparecido em nenhuma das consultas marcadas, embora comprovado que buscava auxílio médico no centro

Acesso ao Sumário

de saúde mantido pelo Município.

Convém ressaltar que o Centro de Saúde Jardim Simus, citado na pessoa que se identificou como "Drª Mara", em 23 de maio de 2013, permaneceu inerte, deixando de apresentar sua defesa.

O conjunto probatório não favorece os argumentos do Município, o mesmo não ocorre com as alegações da autora, que encontra ressonância na prova documental e na própria descrição como os fatos ocorreram, até ser submetida à cirurgia para retirada do nódulo no seio esquerdo.

Mostra-se suficiente, para fins de averiguação da responsabilidade que haja prova da omissão negligente do Município, o dano e o nexo causalidade entre eles. E, de acordo com os elementos de informações contidos nos autos, não há como se afastar a conduta negligente dos profissionais médicos vinculados ao Município de Sorocaba, no atendimento prestado à autora, que por desídia ou despreparo profissional, não requisitaram os procedimentos possíveis para diagnosticar em tempo oportuno o mal que acometia da autora, de nódulo no seio esquerdo, deixando de prescrever tratamento adequado, mesmo com as reclamações de dor da autora e a aparente diferença entre os dois seios.

Reconhecida a culpa subjetiva do profissional prestador de serviços no centro médico, a responsabilidade do Município é objetiva pelos danos causados em decorrência da prestação defeituosa dos serviços médicos praticados por seu preposto, nos termos do artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável aos entes públicos, por força de seu artigo 22:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Ainda, estabelece o § 3º deste artigo 14, a possibilidade de elidir a responsabilidade se demonstrada a ausência de vício na prestação de serviços ou na hipótese de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Todavia, o Município insiste que a autora não foi atendida pelo centro médico nas datas designadas para consultas e ao mesmo tempo alega que não houve queixa sobre o problema da mama, sem apresentar os prontuários médicos.

O Município responde de forma solidária com os atos praticados por seus prepostos, qualquer que tenha sido o regime de contratação do médico que prestava atendimento no centro médico administrado pelo Município, daí a

legitimidade de ambos os réus.

Diante do quadro descrito, com a exposição da autora a situação de perigo e angústia, obrigando-a a procurar atendimento particular para solucionar o problema que era visível e constrangedor, principalmente para uma jovem com dezenove anos de idade à época, o dano moral está caracterizado e merece ser indenizado.

Nesse aspecto, considera-se compreensível o padecimento e o desassossego da autora, que certamente lhe causara dor, angústia, sofrimento e outros de impossível mensuração, notadamente diante do fato de ser ainda bem jovem.

O dano material está devidamente comprovado pelos documentos de fls. 27/31, 44/45 e 57, não impugnados de forma específica pelo Município, no total de R$ 2.728,28, corrigidos na forma da sentença, que deve permanecer por falta de recurso da autora e a impossibilidade de *reformatio in pejus*.

Quanto ao valor da indenização por dano moral, o seu arbitramento deve observar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas, a natureza e extensão do dano e o grau de reprovabilidade da conduta, sem motivar indevido enriquecimento para o ofendido. Valor de dezoito mil reais fixado pela sentença que não desborda desses parâmetros, por isso sem motivo de redução.

Mantendo, pois, a sentença, por estes e pelos seus próprios fundamentos, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016103-47.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELIZABETE RAMOS ANTIQUERA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DIRETOR DA DIVISÃO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.094)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS

GANZERLA (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e JARBAS GOMES.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Concurso público. Posse. Não apresentação de diploma superior de graduação. Desrespeito ao edital. Impossibilidade. O edital é a lei interna da Administração e, com essas característica e natureza, impõe e vincula seu conteúdo a tantos quantos estejam envolvidos no evento. Impossibilidade de reclassificação para a última vaga dentre do número de vagas, porque não prevista no edital. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, aqui adotado, acrescenta-se ter sido improcedente mandado de segurança para declarar nulo ato administrativo que impediu a impetrante de tomar posse em cargo para o qual foi classificada após aprovação em concurso público, assim como deferir sua reclassificação para a última colocação dentro do número de vagas, contra o que veio com apelação (fls. 65/69).

Recurso bem processado, respondido. Parecer da D. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 77).

É o relatório.

O ajuizamento deste mandado de segurança propunha, em liminar, a ser confirmada na r. sentença, a suspensão de ato administrativo de recusa de nomeação e posse da impetrante em cargo de Investigador de Polícia, por aprovação em concurso público, assim como deferir sua reclassificação para a última colocação dentre do número de vagas.

Ela inscreveu-se, prestou as provas e obteve a 34º classificação em concurso promovido pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, para o cargo de Investigador de Polícia, cuja exigência de escolaridade é nível superior, com exigência de diploma de graduação (fls. 15).

Convocada para posse (fls. 22), apresentou *Diploma de Curso Superior de Formação específica em Administração de Recursos Humanos* (fls. 25), não aceito por infringência ao item 1.12 do Capítulo IV do Edital, determinante de apresentação de diploma de curso superior de graduação (fls. 15).

Então, requereu ao Diretor de Administração de Pessoal da Polícia Civil

sua reclassificação para a última posição dentre do número de vagas, para que pudesse cursar graduação correspondente a sua formação, na mesma instituição de ensino.

Além, alegou desconhecimento sobre a divergência entre curso superior de formação específica e curso superior de graduação, exigência do certame para posse (fls. 18/20 e 21). O pedido foi indeferido (fls. 14), a redundar, **ipso facto**, na *retirada* do ato administrativo de posse[1].

Por isso, veio com este mandado de segurança, improcedente (fls. 60/61), contra o que apela, mas, pese embora ao esforço, entendo correta a r. sentença, que será mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Como é de rematada sabença, o edital é a lei interna da Administração e, com essa característica e natureza, impõe e vincula seu conteúdo a tantos quantos estejam envolvidos no evento, sejam os candidatos, seja a própria Administração.

Não controvertem as partes quanto à exigência editalícia de curso superior de graduação, não portado pela impetrante, pois tinha formação superior de formação específica, coisa diversa.

Em sendo assim, não houve preenchimento de requisito para posse, motivo por que escorreita a *retirada* desse ato administrativo objurgado, consoante enunciado da Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça: *o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.*

E, à míngua de expressa previsão editalícia a facultar ao candidato a reclassificação para a última colocação dentre do número de vagas, igualmente se mostra correto o ato da autoridade coatora que indeferiu esse pedido na esfera administrativa (fls. 15).

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NÃO ATENDIMENTO À PRIMEIRA CONVOCAÇÃO. TRANSFERÊNCIA PARA A ÚLTIMA COLOCAÇÃO DA LISTA DE APROVADOS. AUSÊNCIA DE QUEBRA DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. 1. Não tem direito líquido e certo a ser nomeado dentro do número de vagas previsto em edital de concurso público o candidato que, impossibilitado de atender à primeira convocação, é transferido para o final da lista do total de aprovados no certame, em obediência à expressa previsão do instrumento convocatório. Precedentes. 2. Recurso ordinário improvido. (RMS 19.110/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA,

Acesso ao Sumário

1 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 440.

julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008).

Isso considerado, não se vislumbra violação de direito líquido e certo da impetrante e, com a devida vênia, entendo não merecer reforma a r. sentença, também diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida.

Como visto, a tese da recorrente não pode vingar, com nota de que, tanto neste julgamento quanto no proferido em primeiro grau de jurisdição, e por óbvio, nada se violou da ordem jurídica ou constitucional, nem houve afronta a quaisquer preceitos legais ou constitucionais, pois foi dada plena vigência aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis referência numéricas expressas (cf. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. Ministra CARMEN LÚCIA, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.4.2006, rel. Ministro FELIX FIXCHER).

Observo, mais, que inconformidades, na Câmara, em razão deste julgamento estarão sujeitas a julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028944-33.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENSAIOS NÃO DESTRUTIVOS E INSPEÇÃO ABENDI, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.736)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL – IMUNIDADE – ISSQN – Sustenta a apelante que é OSCIP reconhecida no âmbito federal e credenciada

junto aos órgãos federais e internacionais e que não tem finalidade lucrativa, com dedicação às atividades culturais, assistenciais e educacionais, tendo como finalidade a "difusão", normatização, ensino e pesquisa das técnicas de ensaios não destrutivos e inspeção. Alega preencher todos os requisitos previstos no art. 14 do CTN, para o reconhecimento da imunidade, conforme laudo pericial – Sentença de improcedência ante ausência dos requisitos do art. 14 do CTN – Apelante não logrou comprovar as atividades educacionais e assistenciais – Juiz não está adstrito ao Laudo Pericial (art. 479, do CPC/2015) – Precedentes Jurisprudenciais. Só o fato de ser OSCIP não lhe assiste como decorrência lógica a imunidade – É dever a comprovação da atividade educacional e assistência para reconhecimento da Imunidade – Precedentes Jurisprudenciais – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Associação Brasileira de Ensaios Não Destrutivos e Inspeção ABENDI em face da Prefeitura Municipal de São Paulo contra a sentença de fls. 1117/1120, que julgou improcedente a ação declaratória, e extinguiu o processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, I do NCPC. Condenou a parte autora ao pagamento de custas processuais e verba honorária, fixado o percentual mínimo do valor da causa, a ser apurado em execução.

Nas razões recursais a autora, ora apelante, alegou que desenvolve atividade de caráter assistencial e educacional, comprovada pelo laudo pericial contábil. Que a sentença não levou nenhum argumento apresentado pela apelante em consideração e desqualificou a imunidade sem fundamentação consistente na tese desenvolvida, bem como de forma desconectada aos argumentos apresentados, como também não explica o motivo pelo qual as atividades de qualificação e certificação prestadas pela autora não constituem atividades educacionais e assistenciais. Também alega que a entidade não possui fins lucrativos e age em nome do Governo Federal em setores fundamentais para a preservação da segurança em todos os processos e procedimentos industriais. Suas atividades são homologadas e credenciadas por diversos órgãos do setor público nacional e internacional, com destaque em duas atividades primordiais para o desenvolvimento nacional, são elas a Normalização e a Certificação. Alegou, ainda, que nos exercícios de 2016 a Municipalidade apontou sua

Acesso ao Sumário

imunidade; que preenche os requisitos para a fruição da imunidade constitucional – art. 14 do CTN. Assim, levando em consideração o laudo pericial e com tais argumentos requer o provimento do recurso. (fls.1139/1165).

O recurso foi recebido – fls. 1171, e contrarrazoado – fls. 1174/1178verso. Os autos subiram ao Tribunal – fls. 1184.

É o Relatório.

Trata-se de ação declaratória ajuizada pela Associação Brasileira de Ensaios Não Destrutivos e Inspeção ABENDI, objetivando provimento jurisdicional para declarar a imunidade tributária da Apelante, conforme art. 150, VI, "C", da CF.

Sustenta a apelante que não tem finalidade lucrativa e dedica-se às atividades culturais, assistenciais e educacionais, tendo como finalidade a "difusão", normatização, ensino e pesquisa das técnicas de ensaios não destrutivos e inspeção. Demonstra sua qualidade de OSCIP, reconhecida no âmbito federal e credenciada junto aos órgãos federais e internacionais. Com esses argumentos, alega preencher todos os requisitos previstos no art. 14 do CTN para o reconhecimento da imunidade. Houve prova pericial contábil. A sentença julgou o pedido improcedente, fundamentando que os requisitos do art. 14 do CTN não foram preenchidos. Inconformada, recorreu da sentença.

A Constituição Federal ao estabelecer imunidades tributárias (não incidência do fato gerador do tributo), almejou a garantia do exercício de atividades inerentes a inúmeros direitos fundamentais. Assim, é possível fazer a afirmação de que a imunidade tributária tem por objetivo a proteção de valores constitucionalmente garantidos.

Muito se discutiu se a imunidade deve alcançar as OSCIPs, que atuam no terceiro setor, sem objetivar lucro, em parceria com o Poder Público, no exercício de atividade de interesse público, o que já restou superado.

Cabe ressaltar que a qualificação das OSCIP's, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, se dá ante o atendimento dos requisitos, objetivos sociais e normas, que estão estabelecidas na Lei Federal nº 9.790/99, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99, e alterada pela Lei 10.539/02.

Acesso ao Sumário

O título é conferido pelo Governo Federal, se atendidos os requisitos legais, visando à proteção jurídica de valores prestigiados pela Constituição Federal. Trata-se de atividade de inequívoco interesse social, exercida em parceria e fomentada pelo Poder Público para salvaguardar direitos fundamentais e para a garantia do Estado Democrático de Direito.

A imunidade tributária é prevista no art. 150, inciso VI, alínea "c", da CF. Ademais, o §4º do referido dispositivo legal aduz que a renda e o patrimônio das referidas entidades devem estar relacionados com suas finalidades essenciais para obter o benefício tributário. Entretanto, é de suma importância expor a

respeito de atividades essenciais que são aquelas previstas no estatuto social da entidade, bem como no art. 8º, III da Constituição Federal: "a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas".

Assim, sentença recorrida fundamenta que, embora o Laudo pericial foi no sentido de que a apelante preenche os requisitos do art. 14 do CTN, adota a alegação da apelada de que os objetivos previstos no art. 3º do Estatuto Social, não estão em consonância com o referido dispositivo legal apontado na perícia contábil de fls. 702/705.

Nesse ponto a sentença tem razão. Contudo, em que pese a indiscutível credibilidade daquele profissional que realizou a perícia, a verdade é que os demais elementos trazidos aos autos lança dúvida do exercício das atividades educacionais e assistenciais para declarar a imunidade tributária da apelante, pois analisando todos os objetivos elencados no art. 3º do Estatuto Social, não permite inferir o preenchimento das condições previstas no art. 14 do CTN, abaixo transcrito:

> *Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:*
>
> *I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;*
>
> *II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;*
>
> *III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.*
>
> *§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.*
>
> *§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.*

A prova do exercício das atividades educacionais e assistenciais é essencial à solução da presente lide. Só o fato de obter qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público não é suficiente para comprovar condição de entidade beneficente de assistência social. A apelante apenas lançou mão da prova pericial que não faz prova da existência das atividades educacionais e assistências e apenas exibe análise da documentação contábil, mas não deixou claro a existência das referidas atividades (fls. 702/705).

É certo que o juiz não está adstrito à perícia realizada, podendo formar seu convencimento com outros elementos colacionados aos autos – conforme art. 479 do CPC/2015: "*O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou*

Acesso ao Sumário

a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito".

Nesse sentido é a jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MODELO DE UTILIDADE. ARTS. 131, SEGUNDA PARTE, 458, II, 535, I E II, DO CPC. CONTRARIEDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. LAUDOS PERICIAIS. PERITO NOMEADO PELO JUÍZO. AVALIAÇÃO TÉCNICA DO INPI. LIVRE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. É improcedente a argüição de contrariedade aos arts. 131, segunda parte, 458, II, 535, I e II, do CPC quando o Tribunal *a quo* examina e decide, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitam a controvérsia, expedindo regularmente as razões de seu convencimento. 2. O magistrado, ao formar sua convicção com base nos elementos probatórios carreados aos autos, inclusive em avaliação técnica do INPI, legitimando-os de maneira devidamente motivada, não está obrigado a sujeitar-se ao laudo do perito nomeado pelo juízo, conforme regras prescritas no diploma processual e a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça. 3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" – Súmula n. 7 do STJ. 4. Recurso especial não-conhecido. (REsp 999.757/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 09/03/2009)

Conquanto, a apelante não cuidou de provar as atividades educacionais ou assistenciais. Nesse sentido foi a sentença, conforme fls. 1120:

"(...)

Não obstante, resta o requisito de saber se a autora presta serviços educacionais ou assistenciais.

Neste ponto, entendo que, apesar dos esforços da autora em comprovar tal requisito, ele não se mostrou preenchido.

A certificação de que fala a autora não se confunde com atividade educacional. Apenas indireta e tangencialmente ela envolve treinamento de indivíduos. A certificação, atividade que desempenha, é destinada a pessoas jurídicas, como ela própria admite na petição inicial ao indicar uma série de entes públicos e privados para quem prestou serviços.

Normatização, outra que desempenha, não se confunde com educação. É atividade que tem por finalidade padronizar normas a partir de estudos técnicos. Não se identifica nem com educação, nem, naturalmente, com assistência social. Se, por fim, realiza programas de responsabilidade social com menores carentes, nem por isso exclui-se sua atividade principal, quer não se confunde com a assistência social.

Assim, não verifiquei plenamente caracterizados os requisitos do art. 150, VI, "c" da Constituição, pelo que não se pode acolher a pretensão da parte autora.

Acesso ao Sumário

(...)."

Logo, o conjunto probatório colacionados aos autos não converge no sentido de que a apelante preenche os requisitos do art. 14 do CTN. O próprio Estatuto Social não faz previsão da prestação assistência social e educacional – fls. 36/37. A prova pericial foi apenas contábil. Não ficou provado de fato as atividades essenciais à caracterização educacional e assistencial, conforme demanda o art. 14 do CTN.

Portanto, o recurso de apelação interposto não comporta provimento, é dever manter a decisão do juízo *a quo* de não reconhecer a imunidade tributária, referente, ao ISSQN, por não preencher os requisitos do art. 14 do CTN, pelos seus próprios fundamentos.

Posto isto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação.

Deixa-se de aplicar as regras do NCPC em razão do enunciado administrativo n. 07 do STJ, o qual prevê que somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais, na forma do art.85, §11, do novo CPC.

Ficam prequestionadas todas as normas legais e matérias constitucionais suscitadas e discutidas pelas partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1018533-15.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante RENATO LUIZ CARDUCCI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO - DETRAN.

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 13.662)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente), COIMBRA SCHMIDT e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 7 de agosto de 2017.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Autor que se volta contra auto de infração lavrado com base na regra do art. 277, §3º, da LF nº 9.503/97, com redação

dada pela LF nº 11.705/08 – Constitui violação aos princípio *nemo tenetur se detegere*, ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da isonomia, a aplicação, àquele que opta por não se submeter ao teste de alcoolemia, das mesmas sanções administrativas previstas para a hipótese de dirigir sob influência de álcool – Dar tratamento idêntico a condutas absolutamente diferentes (dirigir sob influência de substância alcoólica e negar-se a se submeter ao teste de alcoolemia), é política legislativa que se estabelece na base de presunção absoluta, cuja prova em contrário deixaria de ter qualquer relevância – De mais a mais, quem deixa de se submeter ao referido exame, a ele não se recusa, exercendo, de outra forma, simples opção resultante da garantia segundo a qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei, prevista na Constituição da República (art. 5º, II) – Recurso provido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária movida por Renato Luiz Carducci em face do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo – DETRAN/SP e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, no qual o autor busca a suspensão de todos os efeitos decorrentes do Auto de Infração nº 3B9432423, lavrado com base na regra do artigo 277, §3, da Lei Federal nº 9.503/97, ainda com a redação que lhe dera a Lei Federal 11.705/08, então vigente (recusar-se a se submeter a exame de alcoolemia), argumentando o requerente com a ausência de constatação de sinais de alteração da capacidade psicomotora, na oportunidade da lavratura do AIT, em consonância com o resultado de exame clínico posteriomente realizado.

O magistrado julgou extinto o processo sem resolução do mérito em relação à Fazenda Pública, julgando improcedente a ação no que concerne ao DETRAN, oportunidade na qual condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade judiciária.

Em apelação, o autor suscita preliminar de nulidade por cerceamento do contraditório, buscando, no mérito, a reforma da sentença, na base dos mesmos argumentos desenvolvidos na inicial.

O DETRAN, em contrarrazões, sustenta a manutenção da sentença.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A sentença comporta reforma, pelo que prejudicado o exame da preliminar.

É certo que o apelante não foi atuado por dirigir sob influência de álcool, mas por se recusar à realização do teste de alcoolemia, conduta para a qual a regra do artigo 277, §3º, da Lei Federal nº 9.503/97 impõe as mesmas penalidades e medidas administrativas previstas na norma do artigo 165-A.

Todavia, ao aplicar àquele que se recusa a se submeter ao mencionado teste as mesmas sanções administrativas previstas para a hipótese de dirigir sob influência de álcool, vê-se violado não só o princípio *nemo tenetur se detegere*, como também os princípios da proporcionalidade e da isonomia, pois, ao tratar de igual forma condutas absolutamente diferentes (dirigir sob influência de substância alcoólica e negar-se a se submeter ao teste de alcoolemia), o legislador ordinário acaba simplesmente por estabelecer presunção absoluta, cuja prova em contrário deixaria de ter qualquer relevância.

Observe-se que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". E norma nenhuma do ordenamento jurídico brasileiro obriga qualquer pessoa a se submeter ao teste de alcoolemia. De outra forma, obrigasse, e desatendendo o interessado da ordem à determinação do agente da autoridade de trânsito, estaria aquele, em tese, cometendo o crime de desobediência.

Mais que isto, a equiparação legal investe contra o princípio da isonomia, pois submete às mesmas penas aquele que se acha em estado de embriaguez e o incauto motorista que, por haver experimentado um simples bombom de licor, ao ser depois surpreendido pela ação dos agentes de trânsito, opta – na dúvida, pois não se sabe ao certo o que a "tolerância zero" pode mitigar, no espectro da razoabilidade – por não realizar o teste de alcoolemia, afastando com isto o risco de ser conduzido à delegacia de polícia.

Impõe-se, portanto, a reforma da r. sentença para, julgando procedente a ação, desconstituir o Auto de Infração de Trânsito nº 3B9432423, e, por consequência, todos seus efeitos. Diante da sucumbência da ré, condeno-a ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00, nos termos da regra do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003199-23.2014.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BEBEDOURO, é apelado SISTEMA DE COMUNICAÇÃO O JORNAL LTDA. (ME).

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 20.392)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – Ação ordinária objetivando direito de resposta em virtude de lesão à honra objetiva da Municipalidade, uma vez que a ré supostamente incutiu na população local a imagem de que o Canil Municipal e respectiva administração eram omissos e negligenciavam no trato com os animais ali guarnecidos – Descabimento – Matéria jornalística com cunho meramente informativo e pautada em informações verídicas, sem qualquer caráter ofensivo ou enganoso – Tom crítico da reportagem pautado no livre direito de expressão – Inexistência de ato ilegal ou abusivo – Exercício regular do direito constitucional de expressão e liberdade de imprensa – Sentença de improcedência confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do art. 252 do Regimento Interno do TJSP.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada pelo Município de Bebedouro contra o Sistema de Comunicação 'O Jornal' Ltda. – ME, alegando que teve sua honra objetiva maculada pela ré, que incutiu na população local a imagem de que o Canil Municipal e sua respectiva administração eram omissos e negligenciavam no trato com os animais ali guarnecidos. Acrescenta que na edição nº 559, de

15 a 21 de março de 2014, a ré publicou em seu periódico matéria na primeira página, em letras garrafais, redigindo e endossando a versão de um particular insatisfeito com a prestação do serviço do Canil Municipal. Afirma que, após tomar conhecimento da matéria publicada, remeteu à ré os aclaramentos necessários, solicitando que fossem divulgados nos mesmos moldes em que narrada a notícia originária, o que não foi voluntariamente acatado. Deste modo, requereu a concessão de tutela antecipada, no sentido de que a ré disponibilize espaço em seu periódico, no prazo de 10 dias, para que exerça o direito de resposta e, ao final, a procedência do pedido.

A decisão de fls. 18 indeferiu a tutela antecipada.

A r. sentença de fls. 123/127 julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC, condenando o autor, em razão da sucumbência, ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00, atendidas as disposições do art. 20, §3º, do CPC.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação a fls. 145/151, requerendo a reforma do julgado. Para tanto, sustenta que a r. sentença não observou todas as provas existentes nos autos, ignorando inúmeras circunstâncias que pesam sobre a lide. Afirma que não se está diante de análise de simples existência de ofensa à honra objetiva do Município, mas também da necessidade de lhe oportunizar, em igualdade de condições, meios para garantir que a população alvo do periódico seja informada acerca da veracidade dos fatos. Caso não haja direito de resposta, uma realidade distorcida e adulterada permanecerá na consciência do leitor, o que não se pode admitir, especialmente porque a estrutura física do Canil Municipal foi considerada regular, bem como inexistiu omissão do Poder Público.

O recurso foi respondido a fls. 156/159.

Decorreu *in albis* o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual do presente recurso (fls. 163 e 165).

É o relatório.

A r. sentença bem analisou as questões debatidas nos autos, conferindo a melhor solução ao caso, devendo, portanto, ser adotada como razão de decidir, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que assim dispõe: *"nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motiva, houver de mantê-la"*.

Em que pese a irresignação do Município, a análise detalhada das publicações veiculadas permite concluir, sem sombra de dúvidas, que a matéria teve cunho meramente informativo, sem qualquer caráter ofensivo ou enganoso.

Vale dizer, a matéria jornalística ressaltou que o Ministério Público instaurou investigação visando à apuração de possíveis irregularidades no Canil

Acesso ao Sumário

Municipal, o que não ostenta conteúdo inverídico ou difamatório, representando a realidade dos fatos. Em continuação, esclareceu que referido procedimento foi instaurado após denúncia do munícipe Luiz Longuine, presidente da Associação dos Anjos Protetores de Animais (fls. 14), informando os fatos que teriam motivado tal denúncia.

De mais a mais, como bem anotou o juízo *a quo*, "*o tom crítico da reportagem é plenamente justificável, pois pautado no livre direito de expressão, respeitados os limites constitucionais. Não se vislumbra, quanto à crítica exposta, qualquer abuso. A matéria expôs que um munícipe, devidamente identificado, alega ter presenciado ou ouvido as denúncias expostas. Também informa a instauração de um inquérito pelo Ministério Público para apurar eventuais irregularidades. Ou seja, a matéria não ultrapassa o limite informativo, ainda que tenha sido redigida em tom crítico, e não visou ultrajar o autor. Por seu turno, não se percebe nela a veiculação de conteúdo enganoso*".

Diante da veracidade da notícia e da mera crítica opinativa, há de se privilegiar o regular exercício do direito constitucional de expressão e liberdade de imprensa, não havendo que se falar em ilegalidade e consequente direito de resposta, razão pela qual a improcedência do pedido é medida de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida integralmente a r. sentença.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003365-05.2009.8.26.0695, da Comarca de Nazaré Paulista, em que são apelantes MARIO ROSA (ESPÓLIO) e NEUZA PINTO ROSA (ESPÓLIO), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE BOM JESUS DOS PERDÕES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e VERA ANGRISANI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 11 de julho de 2017.
CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Ação ordinária. Rescisão de contrato administrativo cumulado com indenização. Locação de área rural para depósito de lixo domiciliar. Ausência de cumprimento de normas da CETESB. Prova pericial que demonstrou degradação ambiental do imóvel. Necessidade de recuperação. Dano moral não configurado. Reconvenção. Restituição de aluguel. Não cabimento. Sentença de parcial procedência. Recurso não provido.

VOTO

É ação ordinária em que os autores, proprietários de área rural locada para o Município de Bom Jesus dos Perdões para utilização de depósito de lixo domiciliar, pretendem a condenação do réu à recuperação ambiental da área, a desocupação integral do imóvel, ao pagamento dos aluguéis vencidos e vincendos até efetiva entrega da área devidamente saneada e rescisão do contrato havido.

Foi proferida sentença que julgou improcedentes a ação e a reconvenção, desafiando recurso de apelação ao qual foi dado parcial provimento para anular a decisão e determinar a abertura da dilação probatória (acórdãos fls. 215/220 e 231/236), com trânsito em julgado (fls. 238).

Restituídos os autos ao Primeiro Grau, produziu-se prova técnica pericial (laudo – fls. 284/334, esclarecimentos – fls. 380/382, 408/409 e 425).

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a Municipalidade a recuperar a área descrita na inicial com observância das normas ambientais e sanitárias correspondentes, de modo que possa ser utilizada com segurança pelos proprietários, bem como a desocupar a área de modo que fique livre de coisas e pessoas, sujeitando-se em caso de descumprimento a multa diária de R$ 500,00, limitada a R$ 30.000,00. Julgou improcedente o pedido reconvencional. Diante da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais serão repartidas entre as partes litigantes, em iguais proporções e cada qual arcará com os honorários dos seus respectivos patronos.

Os autores apelaram alegando que a recuperação ambiental e sanitária da área levará anos, período em que não poderão utilizar o imóvel que lhe pertencem, fazendo jus à indenização que deverá ser, no mínimo, no valor locatício fixado, além de danos morais. Requereram a reforma do julgado com a total procedência da ação, carreando-se os ônus de sucumbência exclusivamente

Acesso ao Sumário

ao réu.

O Município de Bom Jesus dos Perdões apresentou contrarrazões alegando que os locadores renunciaram ao direito de receber indenização, por expressa dicção da cláusula nona do contrato locatício. Aduz que o laudo pericial foi tendencioso e contraditório, e que todas as medidas de recuperação da área já foram tomadas. Defendeu a reforma da r. sentença para a total improcedência da ação.

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 494/498).

É o Relatório.

Os autores firmaram contrato de locação da área rural de sua propriedade com o Município de Bom Jesus dos Perdões, para ser utilizado como depósito de lixo domiciliar pela técnica de aterro em vala, com observância do projeto fornecido pela CETESB, iniciando a vigência em 01/06/2001 (contratos – fls. 128/135).

Alegam os requerentes que o réu não teria cumprido com as disposições contratuais, deixando de proceder como descrito no projeto ambiental, permitindo a invasão e apossamento parcial da área por terceiros, inadimplindo o pagamento dos alugueres.

Os contratos, um firmado com a inventariante do espólio (fls. 128/130) que previa prazo locatício de 120 meses (cláusula quinta), e outro firmado com a inventariante e todos os herdeiros (fls. 131/134) que previa prazo da locação de 24 meses, admitida prorrogação (cláusula quarta), não foram precedidos de processo licitatório, nem empenho prévio das despesas, conforme alegado pelo réu, carecendo dos requisitos de validade dos atos administrativos, forçando o reconhecimento da nulidade de referidos ajustes, tal qual deliberado pelo E. Juízo sentenciante.

Não demonstrada a devolução do imóvel, pelo Município, antes do vencimento do locativo que se pretende restituir, não procede o pedido reconvencional.

Contudo, incontroverso que o Município de Bom Jesus dos Perdões se utilizou da área descrita na inicial, de propriedade dos autores, para depósito de lixo domiciliar em aterro de valas desde 2001 até pelo menos 31/05/2009 (6º termo de prorrogação – fls. 135), pagando aluguéis mensais (extrato de pagamentos – fls. 137).

Produzida prova técnica pericial, o laudo foi conclusivo ao afirmar que utilizada cerca de 60% da área locada para aterro em valas no bairro Serra Negra, "*há evidências de degradação ambiental constatada pela falta de equipamentos que deveriam estar instalados na área, bem como através dos resultados obtidos para o solo superficial*", complementando que "*a área avaliada tem restrições*

de uso imediato, a não ser os voltados a sua recomposição ambiental" (fls. 308/309).

Assim, demonstrada a degradação ambiental no terreno de propriedade dos autores, devendo ser recomposto pelo Município-réu.

O argumento do Município de que a degradação da área já teria sido objeto de recomposição ambiental, não foi comprovado, pois, ao que tudo indica, a área constante da informação técnica nº 62/14 da CETESB (fls. 390/393) é distinta do objeto da presente ação, distando 9 Km da área em questão (esclarecimento pericial – fls. 408/409).

A recomposição da área deve ser realizada pelo réu, não só para propiciar que os autores possam utilizar plenamente sua propriedade, mas também considerando os danos ambientais e sanitários, de interesse de toda coletividade.

A pretensão dos autores de serem indenizados pelo período necessário à recomposição da área não merece acolhida, pois firmaram contratos em que expressamente renunciaram à indenização pela desvalorização do imóvel (cláusulas oitava – fls. 129 e sétima – fls. 133). Ademais, nula a avença locatícia, não se justifica a incidência de aluguéis até a conclusão da recuperação ambiental da área, e, ainda, não haverá utilização ou exploração da área pelo Município, durante o período necessário à recuperação, que pudesse justificar obrigação de ressarcimento.

Também, inviável o pleito de indenização por danos morais, uma vez que a degradação da área era previsível, tendo os autores anuído com a finalidade da locação, não restando configurado dano moral indenizável.

A restituição do bem, livre e desembaraçado de pessoas e coisas, é dever que se impõe ao réu, vez que durante a utilização da área se comprometeu a proteger o imóvel de invasões e esbulhos possessórios.

Logo, acolhidos apenas em parte os pedidos dos autores, de rigor a manutenção da sucumbência recíproca e dos ônus dela decorrentes, nos termos do art. 21 do CPC/73, aplicável à hipótese, porquanto proferida a sentença sob sua vigência.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantida, na íntegra, a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001578-32.2015.8.26.0144, da Comarca de Conchal, em que é apelante/apelado JOÃO VITAL, é apelado/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso do autor, e deram parcial provimento ao recurso Fazendário, v.u. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.133)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 3 de julho de 2017.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: MEDICAMENTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA CONCEDIDA – Resistência da entidade pública em fornecer medicamentos para portador de Dor Neuropática Crônica (CID R 52.2) – Presentes os requisitos para a concessão – Atribuição do Sistema Único de Saúde do Estado de assistência clínica integral, inclusive medicamentos – Inteligência do disposto nos artigos 196 da Constituição Federal e 219 da Estadual – Jurisprudência dominante que estabelece o dever inarredável do Poder Público – Insurgência do autor contra os honorários advocatícios arbitrados – AGRAVO RETIDO – Aplicação de multa diária de R$ 1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso que se mostra exagerada para o caso, cumprindo a sua redução para R$ 200,00 (duzentos reais) limitada a R$ 5.000,00 (cinco mil reais) – Agravo retido conhecido e provido em parte – Decisão reformada em parte – Fixação de honorários recursais (art. 85, par. 11º, do CPC/15) – Recurso do autor improvido – Agravo Retido e Recurso Fazendário, parcialmente providos, apenas para reduzir o valor da multa diária, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de Obrigação de Fazer com pedido de antecipação da tutela, movida por João Vital em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, visando o fornecimento dos medicamentos: Lamotrigina C1 50mg (90caps/mês); Tramadol 50mg (90cps/mês); Famotidina 20mg(90cps/mês) e Harpagiphytum Procumbens 400mg(90cps/mês), necessários ao tratamento da patologia que acomete o autor, portador de Dor Neuropática Crônica, derivada de patologia da coluna vertebral já operada (CID R 52.2).

A tutela foi concedida (fl. 31), sob pena de multa diária fixada em R$ 1.000,00 (hum mil reais).

Sobreveio a interposição do pedido de reconsideração convertido em Agravo Retido às fls. 38/41, insurgindo-se contra a decisão que determinou que o fornecimento dos medicamentos pleiteado na exordial, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária fixada em R$ 1.000,00 (hum mil reais).

O autor apresentou resposta ao Agravo Retido à fls.69/80.

A r. sentença de fls. 84/86 julgou procedente o pedido, para condenar a requerida ao fornecimento ao autor dos medicamentos pleiteados na inicial, podendo ser substituídos por genéricos, desde que com igual princípio ativo e comprovada a eficácia por profissional especializado, tornando definitiva a tutela antecipada à fl. 31. Condenou-a, ainda, a arcar com os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (hum mil reais).

Inconformadas, apelam as partes.

O autor (fls.92/102) alegando, em síntese, que o valor arbitrado para seus honorários não corresponde à remuneração digna que deve receber o advogado por seu trabalho. Postula a majoração dos honorários advocatícios.

A Fazenda do Estado, por sua vez (fls. 105/110), reiterando, os termos do agravo retido, insurgindo-se contra a multa diária fixada.

Recursos tempestivos, isentos de preparo e sem contrarrazões (fl. 113).

Acerca do despacho de fls. 117/118, as partes não se manifestaram (fl. 120).

É o relatório.

Registro que se faz imprescindível o fornecimento dos medicamentos pleiteados para o tratamento da patologia que acomete o autor, portador de Dor Neuropática Crônica, derivada de patologia da coluna vertebral já operada (CID R 52.2).

Com efeito, a própria Carta Magna, em seu artigo 196, assenta que "a saúde é um direito de todos e dever do Estado", cujo atendimento deve ser integral (art. 198, II).

Desse sentir, há também precedente do Colendo Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal, no RE-AgR nº 393.175, julgado em 12.12.2006, de relatoria do Min. Celso de Mello, assentando que:

> *"O direito público subjetivo à saúde representa a prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da república (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público a quem cabe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar".*
>
> *"O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional".*

Ademais, o artigo 196, da Constituição Federal constitucional não pode ser considerado como mera norma programática, que dependa de previsão orçamentária para a sua execução, daí inexistir violação ao princípio da independência dos Poderes. Aliás, conforme já advertiu o Colendo Supremo Tribunal Federal.

> *"O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (Ag no RE nº 271.286-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000).*

Acesso ao Sumário

Outrossim, agindo dessa forma, o Judiciário não está sendo arbitrário; tampouco está havendo usurpação das funções de um Poder sobre as de outro. Ao Judiciário cabe aplicar a lei, interpretando-a, e é isto o que ocorre na hipótese dos autos. A pretensão do autor é ver o Estado compelido a cumprir o dever constitucional de preservar a saúde dos indivíduos (Constituição Federal, artigo 196), fornecendo-lhe os medicamentos necessários para o tratamento do mal que o acomete.

Vale lembrar que não cabe ao Poder Público decidir qual tratamento é melhor para a doença que aflige o autor, mas sim ao médico, que acompanha

o paciente pessoalmente, fazer o que achar mais conveniente para a melhora e cura do enfermo. Ademais, sua capacidade profissional não foi questionada nos autos.

Ademais, inexiste nos autos qualquer elemento que possa indicar a ausência de verba para a aquisição urgente dos medicamentos prescritos, de forma que a emergência na compra poderá até ensejar a dispensa de licitação, haja vista o disposto no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93.

Quanto ao pleito do autor para majoração dos valores relativos aos honorários advocatícios, estes encontram-se corretos, eis que ao arbitrar os honorários, o Juízo "a quo" agiu com razoabilidade e ponderação, não vislumbrando falta de parcimônia em fixá-los em R$ 1.000,00 (hum mil reais) , levando-se em consideração as particularidades do caso em tela, sua dificuldade e a diligência do patrono, e a teor do artigo 85, § 8º do Código de Processo Civil/15.

De outra banda, merece reparo a r. decisão de primeiro grau em relação à cominação de multa aos entes públicos pelo eventual descumprimento de ordem judicial, isto porque, o montante arbitrado de R$ 1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso se mostra exagerado, sendo cabível agora a sua redução para R$ 200,00 (duzentos reais) por dia de atraso, limitada ao valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É de se convir que não existe qualquer vedação legal de fixação de multa às Fazenda Pública do Município e Estadual no caso de descumprimento de decisão judicial, não sendo possível torná-la impermeável às sanções pecuniárias previstas na legislação processual em vigor. Pode, assim, ser condenada à sucumbência e também às multas, ainda que tenha a natureza de entidade de direito público.

É inadmissível a concessão à Fazenda do Município e Estadual de privilégio não previsto em Lei, malgrado a sujeição às multas que lhes são impostas pelo descumprimento de ordem judicial.

Na feliz lição de Hely Lopes Meirelles – "A Fazenda Pública, como autora ou ré, assistente ou opoente, litiga em situação idêntica à do particular, salvo quanto aos prazos para contestar, que os terá em quádruplo, e para interpor recurso, que os terá em dobro (CPC, artigo 188), a não ser para informações em mandado de segurança, que, como ação de rito especial e sumário, não admite dilatação de prazos além dos estabelecidos nas leis que o regulam" ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros, 18ª edição, pg. 619).

Como é perceptível verificar pela leitura do artigo 644, Código de Processo Civil, cabível aplicar à sentença relativa à obrigação de fazer o artigo 461 que, segundo nota 7b, procedida em conhecida obra de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia, 41ª edição, 2009, p. 571, "As 'astreintes' podem ser fixadas

Acesso ao Sumário

pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público, que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado" (STJ-RF 370/297: 6ª T., REsp 201.378). No mesmo sentido: STJ-5ª T., REsp 267.446-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 3.10.00, deram provimento, v.u., DJU 23.10.00, p. 174; STJ-1ª T., REsp 690.483-AgRg, rel. Min. José Delgado, j. 19.4.05, negaram provimento, v.u., DJU 6.6.05, p. 208; STJ-2ª-T, REsp 810.017, rel. Min. Peçanha Martins, j. 7.3.06, deram provimento, v.u., DJU 11.4.06, p. 248; RT 808/253, 855/255".

Por fim, como a r. sentença foi proferida após a vigência do Novo Código de Processo Civil, convém anotar que aplicável os critérios admitidos pelo Enunciado Administrativo nº 7, do STJ, segundo o qual: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, par. 11, do Novo CPC".

Então, em razão da improcedência do recurso do autor e da parcial procedência do recurso da Fazenda, cabível a fixação dos honorários recursais, a ser pago pelas partes, no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais) para ambos litigantes, observada a gratuidade da justiça de que goza o autor.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do autor, e dá-se parcial provimento ao recurso Fazendário, tão somente para reduzir a multa diária fixada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024270-33.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS EFETIVOS DE BAURU - FUNPREV, são apelados IDELBRANDO GONÇALVES (REPR OS MENORES) (JUSTIÇA GRATUITA), MONIQUE ALVES NUCITELLI (MENOR REPR POR) e DEIVID ALVES NUCITELLI (MENOR REPR POR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.030)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de julho de 2017.
FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – Inclusão de crianças sob guarda de servidor, como suas dependentes previdenciárias – Debate pautado na prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre Lei Municipal bauruense – Apelação distribuída à Seção de Direito Público – Competência da Câmara Especial desta Corte para julgamento deste recurso de apelação – Exegese do disposto no artigo 33, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça – Determinada a redistribuição, com as homenagens de estilo.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela FUNPREV - Fundação de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Bauru contra r. sentença do digno Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca local (fls 425/428), que julgou procedente ação ajuizada pelas crianças Deivid Alves Nucitelli e Monique Alves Nucitelli reclamando sua inclusão como dependentes previdenciárias de Ildebrando Gonçalves, seu guardião e representante legal.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) negativa de inclusão das crianças como beneficiárias da previdência com fundada na observância do princípio da legalidade; b) inaplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente no caso; c) a lei bauruense nº 4.830/2002 que não previu a inclusão de crianças postas sob guarda judicial como beneficiárias da previdência municipal; d) inversão dos honorários de sucumbência (fls 431/457).

Apelo respondido (fls 460/467).

É o relatório.

Nos termos estritos da competência recursal (interna), deixo de conhecer a apelação.

Com efeito, dispõe o atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça:

Art. 33 - A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.

Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar:

IV - os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude.

Acesso ao Sumário

No caso, discute-se a prevalência da regra do artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à Lei Municipal nº 4.830/2002, na qual se funda a recusa da municipalidade para inclusão dos autores como beneficiários da previdência do guardião.

Ante o exposto, voto pela redistribuição destes autos à Colenda Câmara Especial com as homenagens de estilo.

Ficam as partes e respectivos procuradores cientificados que eventuais recursos interpostos contra esta decisão poderão ser submetidos a julgamento virtual.

Eventual oposição deverá ser formalizada no momento de sua interposição ou resposta.

O silêncio será interpretado como anuência ao julgamento virtual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001787-02.2014.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EDSON RADAMES VEROLEZ.

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 26.797)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 4 de julho de 2017.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – Perda de motocicleta em favor da União como efeito da condenação em ação penal – Artigo 243, da Carta Magna – A apreensão do veículo exime o Autor da responsabilidade em arcar com as infrações de trânsito lavradas após o ato – A própria Administração Estadual entregou o bem ao arrematante, mas deixou de efetivar as anotações pertinentes em seu Órgão de Trânsito – Cobranças indevidas. R. Sentença mantida.

Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela FESP contra a r. sentença de fls. 129/131, cujo relatório é adotado, que julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inexigibilidade de todo e qualquer débito incidente a partir de 20/01/2008 de decorra da posse ou propriedade da motocicleta Honda CG Titan, placa DLX-2057, expedindo-se ordem ao Posto Fiscal de Ourinhos para excluir pendências existentes e impedir a inclusão de novas pendências com a mesma origem em nome do autor no CADIN Estadual, mantida a exigibilidade dos débitos de outras origens. Reconheceu a sucumbência recíproca, condenando ambas as partes ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em 20% do valor atualizado da causa, de acordo com o art. 85, §§ 3º e 4º, III, do CPC, observada a Justiça Gratuita.

Sustenta que o apelado era proprietário da motocicleta no período em que ocorrerem os fatos geradores do tributo e a Administração Pública não pode ser responsabilizada pela falta de observância dos requisitos legais para a transferência do veículo.

Assevera que o Autor é responsável pelas imposições até o momento da efetivação da comunicação, bastando apenas o envio de cópia da sentença condenatória para registro no órgão de trânsito (fls. 135/139).

Contrarrazões do Autor a fls. 143/144.

Instadas, as partes não se manifestaram acerca do julgamento virtual, conforme certificado a fls. 148.

É o Relatório.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito fiscal, cumulada com indenização por danos morais, em razão da cobrança de multas de trânsito incidentes em motocicleta que pertencia ao Autor, cuja propriedade foi perdida em janeiro de 2008, por força de sentença penal condenatória.

A demanda foi julgada parcialmente procedente em Primeiro Grau, com interposição de recurso apenas por parte da Fazenda Estadual.

Com efeito, a motocicleta Honda/CG 150 Titan ESD, placa DLX 2057/SP, já pertenceu ao Autor (fls. 06), todavia, por conta de condenação na esfera criminal, foi decretada a perda da propriedade do bem (fls. 13/18), apreendida pela Autoridade Policial aos 20.01.2008 (fls. 92).

Observe-se que o veículo foi declarado definitivamente perdido em favor da União, leiloado e arrematado como sucata por terceiros no dia 05.12.2012 (fls. 112/115).

Acesso ao Sumário

O Autor foi despojado da propriedade do veículo em 20.01.2008, mas em momento bem posterior recebeu várias notificações de infrações de trânsito cometidas com a motocicleta que lhe pertencia (dia 27.08.2013 – AITs nºs 3B4195337 – fls. 04, 3B4195335 – fls. 05, 3B6365839 – fls. 07, 3B6365840 – fls. 08, 3B4195334 – fls. 09, 3B4195333 – fls. 10 e 3B4195336 – fls. 11).

De fato, o artigo 243, da Carta Magna, determina o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo, sendo o efeito da condenação aplicada ao Apelado.

Cumpre ressaltar que não se tratou de mera venda e compra, mas sim de caso de pena de perdimento do bem, com assinatura do "*Termo de Transferência de Bem do Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD*", em procedimento com participação da Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo, representado pelo Coordenador de Políticas Sobre Drogas do Estado de São Paulo – COED (fls. 114).

Vale dizer, a própria Administração Estadual entregou a motocicleta ao arrematante, como sucata, mas deixou de realizar a transferência e a anotação do sinistro em seu Órgão de Trânsito, situação que afasta a aplicação do artigo 134, do Código de Trânsito Brasileiro, já que comprovado que o bem não mais pertencia ao Apelado.

Tal solução é a que melhor se coaduna ao caso dos autos, de modo a impedir que a parte autora seja penalizada por infrações que não cometeu.

E assim bem decidiu o MM. Juízo *a quo*:

"Os documentos apresentados pela Advocacia Geral da União comprovam, ainda, que a Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo transferiu a propriedade do veículo em favor do arrematante, como sucata (fls. 114). No entanto, o autor recebeu sete notificações de autuação autos de infração nº 3B41955333, 3B41955334, 3B41955335, 3B41955336, 3B41955337, 3B6365839, 3B6365840 todas referentes a infrações de trânsito cometidas com a indigitada motocicleta em 27/08/2016. Não há qualquer dúvida de que, após a apreensão do veículo, o autor não pode responder pelas infrações cometidas pelo arrematante ou por seu sucessor na posse do bem. Assim, a ré agiu de forma ilegal ao emitir os autos de infração citados, eis que tinha ou deveria ter conhecimento de que se tratava de motocicleta apreendida e leiloada como sucata, cabendo apenas ao arrematante os débitos posteriores à data do leilão."

Acesso ao Sumário

Destarte, deixa o recorrido de ser o responsável pelos débitos incidentes sobre a motocicleta Honda CG Titan, placa DLX-2057, a partir de 20.01.2008, sendo de rigor a manutenção da r. sentença.

No sentido dos autos, julgou-se nesta C. Corte de Justiça:

"INEXIGIBILIDADE DE IPVA E MULTAS – VEÍCULO ALIENADO APREENDIDO EM PROCESSO CRIMINAL – A apreensão do veículo e posterior decretação de perdimento do bem em sentença criminal condenatória exime o adquirente do bem da responsabilidade pelo pagamento dos débitos fiscais incidentes sobre o veículo – Débitos inexigíveis – Sentença de procedência da ação mantida. Recurso da Fazenda não provido." (Apelação nº 0010007-27.2013.8.26.0477, Rel. Des. Leonel Costa, j. 09.03.2016).

Por fim, deixo de majorar a verba honorária fixada em Primeiro Grau, em observância ao art. 85, par. 11, do CPC/2015, tendo em conta que a fixação já se deu no patamar máximo.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002121-25.2015.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que é apelante FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS - FEBRABAN, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI.

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 13.090)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO PÚBLICO – APELAÇÃO DA AUTORA – AÇÃO ORDINÁRIA – PRETENSÃO À ANULAÇÃO DE AUTOS DE INFRAÇÃO E PROIBIÇÃO DE NOVAS AUTUAÇÕES COM BASE EM LEI MUNICIPAL – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA QUE REGULAMENTA PRESENÇA DE SEGURANÇA ARMADO EM AGÊNCIAS FORA DO EXPEDIENTE BANCÁRIO – NÃO CONFIGURAÇÃO – Compete

ao município legislar sobre assunto de interesse local (artigo 30, I, da C.F.), como, no caso, medidas que propiciem segurança aos serviços bancários – Arquétipo adotado pelo legislador que revela-se razoável e proporcional e, portanto, isonômico – Maior vulnerabilidade daqueles que utilizam o autoatendimento em local ermo e desprotegido – Ademais, ausência de infringência, direta ou indireta, ao estatuto do desarmamento – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela autora contra a r. sentença de fls. 191/194, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente a ação que objetivava a anulação dos autos de infração lavrados e a proibição de novas autuações com base nas Leis Municipais nos 5.797/14 e 5.852/14, porquanto seria inconstitucional a determinação de manutenção de vigilância armada nas agências bancárias após o encerramento do expediente.

Opostos embargos de declaração (fls. 197/202), foram rejeitados (fls. 226).

Em apelação (fls. 228/242), a requerente sustentou que as Leis nº 5.797/14 e 5.852/14 do município de Birigui, ao determinar a permanência de vigilante armado nos estabelecimentos bancários em horários e dias em que não há expediente, violaria a Constituição Federal, pois:

a) não seria isonômica na medida em que não impõe a mesma obrigação a estabelecimentos congêneres que também possuem caixas eletrônicos;

b) apenas duas interpretações seriam possíveis, ou as leis municipais disciplinariam o horário de funcionamento bancário e, com isso, usurpariam a competência federal; ou as normas seriam desarrazoadas e desproporcionais na medida em que imporiam a permanência de vigilante armado sem nada para proteger;

c) alcançaria objetivo inverso do almejado pelo legislador, na medida em que aumentaria o risco de assaltos ao invés de diminuí-los;

d) violaria o estatuto de desarmamento.

O recurso, preparado (fls. 243/244), foi processado (fls. 247) e contra-arrazoado (fls. 249/253).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2) FUNDAMENTOS

A apelação não merece provimento.

Inicialmente, para melhor compreensão da controvérsia, imperiosa a transcrição da redação final do dispositivo legal apontado como inconstitucional, *in verbis*:

> *"Ficam os estabelecimentos bancários obrigados a manter sob vigilância armada o espaço de acesso do cliente aos caixas eletrônicos, das 16:00 (dezesseis) às 22 (vinte e duas) horas nos dias úteis, aos sábados, domingos e feriados no horário de funcionamento."* (fls. 86)

Dessa norma não emerge qualquer inconstitucionalidade.

No que concerne suposta violação ao estatuto do desarmamento, cumpre consignar que eventual incompatibilidade entre norma municipal e lei federal não causa, por si só, sua inconstitucionalidade, desde que respeitada a distribuição de competência legislativa prevista na Constituição.

Todavia, no caso dos autos, sequer há a aventada incompatibilidade entre as normas.

Com efeito, as dificuldades indigitadas pela apelante são de fácil solução, bastando mínima vontade de cumprir as leis para compatibilizar a presença do segurança armado no estabelecimento e a desnecessidade de sua circulação, na via pública, com o armamento.

Nesse sentido, além da possibilidade de o vigilante possuir cópia da chave da agência (o que, apesar da relutância da apelante, não se afigura nenhum absurdo), poder-se-ia instalar armários na parte em que se localizam os caixas eletrônicos onde o material poderia ser armazenado.

Note-se que, diversamente do alegado, a norma municipal não determina (direta ou indiretamente) que os seguranças circulem com as armas de fogo, mas sim que as portem nas agências, competindo aos bancos a implementação dos meios materiais para atender essa determinação.

Tampouco merece guarida a alegação de violação ao princípio da isonomia.

A distinção adotada pelo legislador municipal, apesar de desagradar à apelante, é dotada de razoabilidade e racionalidade.

Isso porque os caixas eletrônicos localizados em pontos comerciais (tais como *shopping center*, supermercados etc.) funcionam enquanto o referido estabelecimento estiver aberto ao público (ninguém consegue acesso, por exemplo, ao *shopping center* apenas para utilizar o caixa eletrônico). Esse fato garante considerável afluxo de pessoas no local, que, por si só, contribui para coibir práticas delitivas. Some-se a isso o fato de tais locais contarem com a presença de vigilantes, o que incrementa a segurança.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, as agências bancárias, após o encerramento do expediente bancário, ficam desertas e sem qualquer segurança, tornando-se ponto profícuo para condutas delituosas, que com a norma em questão se objetiva coibir.

Desse modo, constitucional a norma estabelecida pela lei municipal, ao eleger as agências bancárias como estabelecimentos que necessitem de atenção especial na vigilância.

E bem por isso não merece acolhida o argumento de que a lei, sob tal pretexto, atingiria finalidade oposta à almejada.

Beira a teratologia a alegação de que a norma em comento "*em vez de minimizar, aumenta o risco a que se sujeitam os bancos, seus funcionários e usuários*." (fls. 238).

A presença de vigilante armado constitui-se em fator que incrementa a segurança, coibindo a prática de delitos.

Ressalte-se que a nobre função de vigilante bancário ou 'segurança', implica, pela sua própria natureza, na assunção de riscos para a proteção de bens e integridade de terceiros.

Igualmente não exsurge da lei biriguiense qualquer comando direcionado ao horário de expediente bancário.

Com efeito, o comando normativo restringe-se a determinar a permanência de vigilância armada na região dos caixas eletrônicos em determinados dias e períodos.

Ressalte-se que a expressão "*no horário de funcionamento*", por óbvio, se refere ao funcionamento dos terminais de autoatendimento e não ao horário de funcionamento da agência, pois, como muito bem consignou a própria apelante, há lei federal determinando a presença de seguranças no período de expediente bancário.

Por fim, cumpre observar ser assente a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de serem os municípios competentes para legislar a respeito de condições de segurança nos estabelecimento bancários de sua região, por se tratar de interesse local.

Note-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DE MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ATIVIDADE BANCÁRIA. INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 610.221, da relatoria da ministra Ellen Gracie, reconheceu a repercussão geral da controvérsia sobre a competência dos Municípios para legislar sobre o tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias. Na oportunidade, ***esta nossa Casa de Justiça reafirmou a jurisprudência,***

no sentido de que os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários.

2. Agravo regimental desprovido." (RE 254172 AgR, Rel. Min. AYRES BRITTO, S.T.F., Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011 EMENT VOL-02593-01 PP-00063) – destaquei em negrito.

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. LEI MUNICIPAL. ESTABELECIMENTOS PORTADORES DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. INSTALAÇÃO DE PAINEL OPACO ENTRE OS CAIXAS E OS CLIENTES EM ESPERA. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ATIVIDADE BANCÁRIA. INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL. VÍCIO DE INICIATIVA. REEXAME DA LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem.

2. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelo dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

3. ***Os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I, da CF), tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários.*** *(Precedentes: RE n. 610.221-RG, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 20.08.10; AI n. 347.717-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 05.08.05; AC n. 1.124-MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 04.08.06; AI n. 491.420- AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ de 24.03.06; AI n. 574.296-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 16.06.06; AI n. 709.974-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lucia, 1ª Turma, DJe de 26.11.09; AI n. 747.245-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe 06.08.09;*

Acesso ao Sumário

RE n. 254.172-AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, DJe de 23.09.11, entre outros).

4. Deveras, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido – como deseja o recorrente – quanto à ocorrência de vício de iniciativa no diploma municipal (Lei n. 1.933/09), necessário seria o reexame da legislação local que o orientou, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, verbis: 'por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário'.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 694298 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, STF, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012) – destaquei em negrito.

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ***LEI MUNICIPAL QUE OBRIGA OS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS A INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA PARA OS SEUS CLIENTES. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ATIVIDADE BANCÁRIA. INTERESSE LOCAL****. PRECEDENTES. ALEGADO VÍCIO DE INICIATIVA. SÚMULA Nº 280/ STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."* (ARE 774305 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, STF, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 26-04-2016 PUBLIC 27-04-2016) – destaquei em negrito.

No mesmo sentido já se manifestou esta egrégia Corte Bandeirante:

"APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI N. 4.659/2011, DO MUNICÍPIO DE GARÇA. INSTALAÇÃO DE PAINÉIS OPACOS ENTRE OS CAIXAS E A FILA DE ATENDIMENTO. INVASÃO DA RESERVA DE INICIATIVA DO PREFEITO MUNICIPAL. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE PROCLAMADA PELO C. ÓRGÃO ESPECIAL DESTA E. CORTE. QUESTÕES DE INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. ARTIGO 30 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA DENEGATÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO." (Apelação nº 0001327-42.2012.8.26.0201; Rel. Des. Amorim Cantuária; TJSP; 3ª Câmara de Direito Público; julgado em 29/10/2013).

Acesso ao Sumário

Desse modo, ausente qualquer inconstitucionalidade na lei, não há porque reconhecer a nulidade dos autos de infração lançados ou impedir a lavratura de

novas autuações com base na lei municipal, razão pela qual nega-se provimento à apelação.

Observe-se, por oportuno, no que tange à majoração dos honorários em função do trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, §§ 1º e 11, do Novo Código de Processo Civil), não ser o caso de aplicação da referida norma, porquanto tal possibilidade advém, exclusivamente, do fato da interposição do recurso, o que mantém seu julgamento em conectividade com a legislação vigente à época de sua interposição (Lei nº 5.869/73), evitando-se, assim, surpresas às partes.

A propósito, na obra "*Coleção Grandes Temas do Novo CPC*", sob coordenação do Prof. Fredie Didier Jr., ao comentar o artigo retro, esclarece que:

> *"Um outro aspecto que merece reflexão é a possibilidade de fixação de honorários em fase recursal (disciplinada no art. 85, §11), instituída pelo novo diploma processual civil. A partir de quando se poderá aplicar tal inovação? Partindo sempre do critério de que a atividade jurisdicional deve ser previsível e segura, até para que possa nortear o agir dos litigantes (notadamente aqueles habituais), tem que se entender que* ***a fixação dos 'novos' honorários apenas poderá ocorrer no caso dos recursos interpostos na vigência da nova lei, quando a parte recorrente terá tido condição e possibilidade, antes de manejar o seu recurso, de avaliar a amplitude e as consequências do seu agir.***
>
> *Admitir a aplicação da regra para os recursos já interpostos antes de vir a lume o novo códex, mas julgados na vigência deste, seria violar o direito do litigante à manutenção do regime revogado, no qual interpôs o recurso, quando ainda não era previsto tal efeito (que poderá prejudicar e agravar sobremaneira a situação jurídica do recorrente) para o caso de insucesso do inconformismo apresentado.* ***A prevalecer entendimento diverso, estar-se-ia colhendo o jurisdicionado de surpresa e impondo-lhe 'pena' inexistente no momento em que decidiu recorrer, a qual, portanto, não foi por ele considerada ou levada em conta quando pautou o seu agir e, pesando os 'prós' e 'contras', decidiu recorrer****. Essa é o que a doutrina costuma denominar 'retroatividade ilícita', pois se estaria a impor o efeito da lei nova a ato praticado sob a égide da lei anterior, no momento em que tal 'efeito/consequência' ainda não existia."* ("*Coleção Grandes Temas do Novo CPC*", V.2, Honorários Advocatícios, coordenador geral Fredie Didier Jr. – LIMA, Lucas Rister de Sousa, 1ª ed., Ed. JusPodium, 2015, pág. 188 – destaquei em negrito).

A roborar tal entendimento, o Plenário do Colendo Superior Tribunal de Justiça, adequando-se ao novo Código de Processo Civil, aprovou o seguinte enunciado administrativo nº 7: "*Somente nos recursos interpostos contra decisão*

Acesso ao Sumário

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.".

3) CONCLUSÃO

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017209-44.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OPUS SOFTWARE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.039)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: PPI – Parcelamento que foi excluído, primeiramente, em razão do não pagamento da parcela – Dificuldades financeiras da empresa contribuinte – Prefeitura que aceitou prosseguir no parcelamento – Autorização de débito automático – Dúvida sobre a culpa pela não implantação dos descontos – Injusta recusa da Municipalidade em receber o valor da parcela neste momento – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por **Opus Software Comércio e Representações Ltda**. contra a **Municipalidade de São Paulo**. Diz a inicial que a empresa aderiu ao programa de parcelamento incentivado (PPI), com vistas à quitação dos débitos tributários descritos nos autos, procedendo ao pagamento de 105 das 120 parcelas estabelecidas (87,5 % da obrigação total assumida). Entretanto, em razão de dificuldades financeiras, atrasou os pagamentos efetuados, mas procurou

a ré para reestabelecer o PPI, o que lhe foi deferido. Sustentou que mesmo após a promessa de regularização do sistema, não houve o reestabelecimento do débito automático em conta corrente, configurando hipótese de recusa de pagamento. Requereu que seja determinado a ré que reestabeleça o parcelamento, aplicando-se a teoria da imprevisão ao caso concreto, bem como que os pagamentos efetuados sejam convalidados.

Liminar deferida parcialmente, para determinar a continuidade da emissão de notas fiscais sem a observância da IN/SF 19/11.

Citada, a ré contestou (fls.68), alegando inépcia da inicial por falta de causa de pedir, e pela impropriedade da via eleita. No mérito, sustentou que não há direito qualquer à consignação pretendida, pois ausentes causa jurídica para a aplicação da teoria da imprevisão. Alegou que a liminar deveria ser cassada, porque a restrição prevista em ato normativo tem base constitucional.

Réplica a fls. 79.

A ação foi julgada improcedente (fls.99) pelo juiz *Fausto José Martins Seabra.*

Insatisfeita, apela a autora, repetindo os argumentos trazidos na inicial.

Recurso tempestivo e contrariado (fls. 137).

É o relatório.

A autora ingressou com a presente ação de consignação em pagamento, com vistas a depositar os valores relativos à parcela do Programa de Parcelamento, pois afirma que após aderir ao programa, em razão de problemas financeiros, viu-se impedida de efetuar o pagamento de algumas parcelas. Entrou em contato com a Municipalidade, que aceitou realizar novo parcelamento.

Embora tenha entregue autorização para débito das parcelas em conta corrente, a Fazenda Municipal não providenciou referido débito, tratando-se de recusa no recebimento dos valores.

Pretende a recorrente que sejam recebidos os valores consignados, assim como seja determinado o reestabelecimento do parcelamento, forte na aplicação da teoria da imprevisão, pedindo que os pagamentos efetuados sejam convalidados.

Não está bem nítido nos autos a razão para a não implementação da continuidade do pagamento parcelado. A autora diz que foi a Municipalidade que não implementou o desconto automático das parcelas devidas. A Municipalidade diz que a fiscalização sobre os descontos era da empresa autora.

O que se percebe dos autos é que a autora pagou 105 das 120 parcelas devidas, isso antes de, por dificuldades econômicas, deixar de honrar seu débito.

Sensível a isso a Municipalidade manteve o parcelamento. Mas este não se implementou por circunstâncias não bem explicadas.

Acesso ao Sumário

É preciso que o poder público se aperceba de sua real função: servir ao contribuinte. E isso significa resolver os problemas que acabam surgindo, sem que signifique a Administração uma instituição que se caracterize como mera aplicadora de sanções.

O contribuinte pagou quase que integralmente o parcelamento de impostos que lhe estavam sendo cobrados. Não conseguiu favor, pois os impostos, neste país, beiram ao absurdo. Nem benefício no parcelamento, pois é patente que os juros e a correção aplicada nestes casos também fogem ao bom senso.

A Fazenda tem interesse em receber, não se justificando que não o tenha feito em relação às parcelas atrasadas que foram depositadas.

O litígio só existiu pela gana fazendária em cobrar ainda mais, aplicando penas e novos juros, em geral sobre todo o valor parcelado e não apenas sobre o atrasado.

Melhor é que se reconheça que, no caso dos autos, há boa fé na tentativa de pagar o devido. Por isso a Fazenda deve receber o que foi depositado. As parcelas não quitadas o devem ser pelo valor do parcelamento acrescidas de juros e correção monetária vencidos apenas a partir das datas em que deveriam ter sido pagas.

Dessarte dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002275-65.2015.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante ANA PAULA GOBERSZTEJN, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso, por V.U., em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 25.048)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "APELAÇÃO CÍVEL – Incorporação de vantagens – Processo que integrou acervo de Juiz Substituto em Segundo Grau promovido a

Desembargador – Distribuição por prevenção à Câmara em que auxiliava – Impossibilidade – Magistrado que não ocupava cadeira na Câmara e que apenas a auxiliava – Processos recebidos em nome dos Desembargadores sem diminuição da distribuição destes – Auxílio que na verdade se dá à Seção e não à Câmara – Inexistência de prevenção a teor do que dispõe os arts. 105, § 1º e 181, § 3º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Distribuição que deve se dar de forma livre na Seção – Recurso não conhecido."

VOTO

ANA PAULA GOBERSZTEJN, qualificada na inicial, ajuizou a presente demanda em face de **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO** alegando, em apertada síntese, que entre os períodos de 01.01.2000 a 31.12.2000; 01.01.2001 a 31.12.2004 e 01.01.2005 a 31.10.2005 ocupou cargos comissionados, de onde, por força da Lei Complementar 56/2004, faz jus à incorporação das respectivas vantagens, na proporção especificada em lei, o que lhe foi negada administrativamente.

A sentença de fls. 220/223, julgou parcialmente procedente a demanda para condenar MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO/SP a incorporar 10% para cada ano de efetivo exercício no cargo em comissão até o limite de 100% (cem por cento), segundo a LCM nº 840/1991, aos períodos anteriores a 06 de janeiro de 2005 e, após a vigência da Lei Complementar número 56/2004, a incorporar na fração de 20% a cada ano ou 10% a cada 08 meses, observando o período de 01.01.2000 a 31.12.2000; 01.01.2001 a 31.12.2004 e 01.01.2005 a 31.10.2005.

Apela a autora objetivando a total procedência da ação (fls. 320/324).

Apela adesivamente a ré objetivando a total improcedência da ação (fls. 528/550).

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso (fls. 523/527 e 553/557).

A apelação foi distribuída inicialmente ao Juiz Substituto em Segundo Grau que auxiliava a Câmara e que não proferiu voto, integrando seu acervo. Com sua promoção ao cargo de Desembargador, o processo veio distribuído por prevenção a essa Nona Câmara de Direito Público.

Processado o recurso, subiram os autos.

RELATEI.

Verifica-se que o recurso foi distribuído inicialmente ao Juiz Substituto

Acesso ao Sumário

em 27/11/16 que, auxiliando a Câmara, o recebeu, não tendo proferido voto e que passou a integrar seu acervo.

Com a promoção do Magistrado ao cargo de Desembargador, houve por bem a Presidência da Seção de Direito Público em determinar a distribuição deste processo e daqueles que integravam o acervo, aos demais componentes da Câmara, como se preventa estivesse.

Todavia, como se verá, inexiste a aludida prevenção.

Como se sabe, os Juízes Substitutos em Segundo Grau, a partir da edição do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, deixaram de ocupar "cadeiras" nas Câmaras da Corte, passando a auxiliá-las, recebendo os processos em nome dos Desembargadores que a integram, todavia, sem que houvesse para estes a diminuição dos recursos que lhe são distribuídos.

Na realidade, participam da distribuição de toda a Seção e a esta beneficiam.

E, referida distribuição é acrescida de um terço, já que tais Juízes não integram Turmas Julgadoras, salvo na condição de Relatores, tampouco os Grupos de Câmaras.

Na sistemática anterior ao Regimento de 2009, os Juízes Substitutos em Segundo Grau ocupavam "cadeiras" e desempenhavam plenas funções nas Câmaras em que designados.

Nesta situação, ocorrendo a promoção, os processos de eventual acervo eram redistribuídos na própria Câmara ou destinados ao novo Juiz Substituto.

Na atual sistemática, a solução deve ser outra.

De fato, o art. 181, "caput" e seus §§ 1º e 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça dispõem:

> **Art. 181**. Os feitos serão distribuídos aos desembargadores em audiência pública designada em dias certos da semana, segundo as cadeiras que ocupam nos órgãos julgadores, mediante sorteio, de forma ininterrupta e paritária, respeitadas prevenções e impedimentos, conforme a respectiva classe.
>
> **§ 1º.** No caso de vacância ou afastamento, a distribuição à cadeira prosseguirá, ficando sob a responsabilidade do substituto ou sucessor.
>
> **§ 2º** .....
>
> **§ 3º**. Os juízes substitutos, quando não integrarem a Câmara, participarão da distribuição auxiliando os desembargadores, na cadeira de cada um, em igualdade de condições.

De sua parte, o art. 105 do RITJSEP, estabelece a prevenção da Câmara, nos seguintes termos:

> **Art. 105**. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda

Acesso ao Sumário

que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

E, o § 1º do mesmo dispositivo estabelece:

Art. 105.....

§ 1º. O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

Vale dizer, só ocorrerá a prevenção para quem substituir ou assumir a cadeira vaga, o que não ocorreu na hipótese dos autos, já que não foi designado substituto nem havia cadeira a ser assumida dada a condição do Magistrado como auxiliar.

Desta forma, conclui-se que os Juízes Substitutos em Segundo Grau, na verdade, não auxiliam as Câmaras, mas a Seção como um todo, já que a integram em sua distribuição.

E, no sistema regimental atual, ocorrida a promoção do Juiz Substituto ao cargo de Desembargador, cessa qualquer prevenção da Câmara de origem, não só para os processos do acervo como daqueles em que tenha lançado voto.

Estes processos devem ser distribuídos na Seção.

Portanto, não é o caso de distribuição do recurso a esta Câmara por prevenção, mas de distribuição livre na Seção.

Ocorrendo isso, **NÃO CONHEÇO** do recurso e determino sua distribuição livre.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1058324-45.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAIS EFICIÊNCIA ENERGÉTICA LTDA., é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO - DETRAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.501/2017)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.
ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – Impetrante que foi impedida de efetuar licenciamento de veículo, diante da pendência de débitos referentes a 130 multas de trânsito – Possibilidade de autorização do licenciamento do veículo sem o pagamento das multas contestadas, enquanto ainda há procedimento administrativo pendente de julgamento definitivo – Direito líquido e certo – Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa Sentença reformada – Concessão da segurança – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Mais Eficiência Energética Ltda**. contra ato do **Diretor Geral do Departamento Estadual de Transito de São Paulo - DETRAN**, que impediu que a impetrante efetuasse o licenciamento do veículo descrito na inicial, de sua propriedade, diante da pendência de débito referente a multas de trânsito, no valor total de R$ 34.207,28. Alega a impetrante não ter recebido notificação das infrações para apresentação de defesa e indicação do condutor infrator e que, ao tomar ciência das mesmas, apresentou recurso administrativo, pendente de julgamento. Sustenta a arbitrariedade e ilegalidade do ato que a impediu de efetuar o licenciamento do automóvel. Aduz, ainda, a exigência de dupla notificação para cada infração de trânsito (da autuação da infração e da imposição da penalidade aplicável), devidamente comprovada, não bastando o argumento de sua expedição. Pretende a concessão de liminar, e sua confirmação ao final, para a autorização de licenciamento do veículo, com a imposição de multa cominatória no valor de R$ 500,00 por dia de atraso e advertência de tipificação de crime de desobediência em caso de não cumprimento, uma vez que as infrações questionadas estão pendentes de julgamento no âmbito administrativo, punindo indevida e antecipadamente a impetrante.

A r. sentença de fls. 123/130, cujo relatório se adota, denegou a segurança.

Inconformada, apela a impetrante, requerendo a inversão do julgado, com a total procedência da ação, nos termos da inicial (fls. 132/139).

Recurso processado regularmente, com contrarrazões às fls. 145/147.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento.

É dos autos que a impetrante possui em seu nome, débitos de 130 multas aplicadas e não pagas, cujos recursos administrativos encontram-se pendentes de julgamento. Sustenta a impetrante que não foi notificada acerca da autuação e penalidade das multas, nos termos dos artigos 281 e 282 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e da Súmula nº 127 do C. STJ.

Pois bem.

A Lei Federal nº 13.281/2016 alterou o art. 284 do CTB, passando a prever a impossibilidade de restrição ao licenciamento do veículo enquanto pendente de encerramento a instância administrativa de julgamento de infrações e penalidades:

> *Art. 284. O pagamento da multa poderá ser efetuado até a data do vencimento expressa na notificação, por oitenta por cento do seu valor.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º O recolhimento do valor da multa não implica renúncia ao questionamento administrativo, que pode ser realizado a qualquer momento, respeitado o disposto no § 1º. (**Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016**) (**Vigência**)*
>
> *§ 3º Não incidirá cobrança moratória e não poderá ser aplicada qualquer restrição, inclusive para fins de licenciamento e transferência, enquanto não for encerrada a instância administrativa de julgamento de infrações e penalidades*. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência). (Destaquei).

Dessa forma, visto que a apelante juntou aos autos cópia da consulta eletrônica quanto ao histórico dos recursos administrativos pendentes de julgamento (fls. 42/47), tem-se que há elementos suficientes para que seja reconhecido o direito líquido e certo de licenciar o veículo, independentemente do pagamento das multas que estão sendo discutidas administrativamente.

Vale aduzir que não se está reconhecendo a ausência de notificação quanto às infrações indicadas, muito menos sua inexigibilidade, mas apenas afastando-se qualquer sanção administrativa decorrente do procedimento instaurado para apurar tais fatos, até o seu julgamento final em sede administrativa.

Dessa forma, é de rigor a concessão da segurança para que a impetrante proceda ao licenciamento do veículo em questão, independentemente do pagamento das multas discutidas, **desde que não haja decisão administrativa desfavorável transitada em julgado em relação a nenhuma das infrações**, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Mutatis mutandis, é o entendimento desta E. Corte:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de segurança. CNH. Liminar. Negativa de renovação da carteira nacional de habilitação. Processo administrativo para cassação do direito de dirigir. Recurso pendente*

Acesso ao Sumário

de julgamento. Bloqueio no prontuário. Impossibilidade. Contraditório e ampla defesa. Resolução nº 182/05 do CONTRAN. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 0082008-20.2012.8.26.0000, rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, 2ª Câmara de Direito Público, j. 31.07.2012).

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, concedendo-se a segurança**, para que seja possível o licenciamento HYUNDAI/TUCSON GLSB, Ano 2013/2014, Tipo: MIS/CAMINHONETA, placa: EDU-3095, RENAVAM nº 00994010524, nos termos acima.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0002641-75.2014.8.26.0452, da Comarca de Piraju, em que são apelantes/apelados CREUSA APARECIDA PEREIRA DA SILVA EVANGELISTA, RODRIGO PEREIRA DA SILVA EVANGELISTA e JAQUELINE PEREIRA DA SILVA EVANGELISTA e Apelante JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.694)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 5 de junho de 2017.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL – ASSALTO – BALA PERDIDA – FALECIMENTO DO MARIDO E PAI DOS AUTORES – COMPROVAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DEVER DE INDENIZAR.

Particular alvejado em via pública por bala perdida em assalto efetuado em estabelecimento comercial.

Comprovação, através de perícia, que a bala que causou ferimento mortal foi deflagrada da arma da policia militar – comprovação de responsabilidade objetiva – dever de indenização.

PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS VALORES FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU IMPOSSIBILIDADE.

Valores adequadamente fixados, tomando por base fatores sociais e monetários dos autores. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

CREUSA APARECIDA PEREIRA DA SILVA EVANGELISTA e OUTROS apela nos autos da ação ordinária ajuizada contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO da r. sentença de fls. 181/184, cujo relatório integro ao presente voto, por meio da qual o DD. Magistrado houve por bem julgar procedente o feito, observando o dever de indenizar do Estado, uma vez que houve nexo causal entre a morte do marido da autora e o disparo utilizado por policial militar. Houve condenação de ressarcimento com as despesas do funeral, fixação de pensão mensal aos autores, indenização por dano moral, além de fixação em honorários advocatícios.

Inconformados, recorre buscando a reforma, pretendendo aumento da indenização por dano moral ao patamar de R$ 300.000,00.

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. Conheço da apelação, porquanto tenho por presentes pressupostos de admissibilidade. A reforma da sentença, contudo, não comporta o provimento almejado.

2. Trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais em razão do falecimento do Sr. Ângelo Evangelista no dia 19/11/2013, marido e pai dos autores posto que restou mortalmente vitimado por projétil de calibre 40" (bala perdida), resultado da troca de tiros entre meliantes e policiais após ocorrência de assalto seguido de tentativa de fuga na cidade de Piraju.

A hipótese contida nestes autos comporta a análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado sob o viés da modalidade objetiva, porquanto baseada na atuação estatal. Desta feita, exige a presença de quatro elementos para caracterizar o dever do Estado em indenizar o particular: o dano, a conduta

Acesso ao Sumário

e o nexo causal.

De início, é caso de se analisar os pressupostos da responsabilização civil administrativa extracontratual, qual seja, a de que o dano provenha da conduta ou de um "*comportamento humano voluntário que se exterioriza de uma ação ou omissão*" (Sérgio Cavalieri Filho, *In* Programa de Responsabilidade Civil, 9ª edição, Ed. Atlas, p. 24). Deve, além disso, estar presente o nexo causal, "*vínculo entre um determinado comportamento e um evento*" (idem, p. 47), sem se descurar do dano, a "*subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima*" (idem, p. 73). A responsabilidade civil exige, ainda, a oficialidade da atividade, na hipótese em que se busca a condenação da Administração, cabível exceto se presente alguma cláusula excludente de ilicitude.

Neste sentido, lúcidas as ponderações de Celso de Mello ao estabelecer o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público:

> RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRESSUPOSTOS. Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).
>
> (STF, Recurso Extraordinário n.º 291.035/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Pois bem.

3. Postos acima os elementos da responsabilidade civil, temos que o Instituto de Criminalistica observou que o núcleo do projétil que atingiu mortalmente o Sr. Ângelo reuniria características sugestivas de munição de calibre 40", condizente, portanto, com o calibre do armamento utilizado pela polícia.

Acesso ao Sumário

Neste ponto, como bem observa Hely Lopes Meirelles quando da análise da Teoria do Risco Administrativo:

> "Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e

na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946." (in Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 626).

Cabível, deste modo, o dever de indenizar, pois verificou-se a responsabilidade decorrente de risco administrativo de agentes da administração.

4. Entretanto, de toda análise do feito probatório, tenho por correta a sentença proferida, com especial destaque nos seguintes pontos:

"Importa sublinhar que mesmo atuando no cumprimento de seu dever legal, os policiais devem adotar as precauções necessárias às garantia da incolumidade pública. Dessa forma, a menos que existisse nos autos a inevitabilidade do "tiroteio", há que se concluir que os agentes policiais não empregaram a devida cautela, haja vista local e a hora em que o fato se desenvolveu (área de comércio/pouco antes das 18 h).

Sendo assim, configurado o nexo causal, o Ente Público está obrigado a indenizar os danos causados por seus agentes e somente estaria desonerado se provasse que o ato se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior (frise-se, por oportuno, que nenhuma destas excludentes forma comprovadas nos autos)".

...

"Quanto aos danos morais, ficou comprovado que o gasto de R$ 660,00 (seiscentos e sessenta reais) com o funeral. Assim, nos termos do art. 948, I do CC, devido o pagamento.

No que toca ao pagamento de pensão, sabe-se que é devido a quem dependia financeiramente do falecido. Portanto, indubitavelmente que, em regra, tanto o cônjuge supéstite quanto os filhos de pessoa falecida tenham direito ao recebimento de indenização em forma de pensão mensal".

...

"Quanto ao valor da pensão, deve ser calculada aplicando-se a fração de 2/3 sobre os rendimentos comprovadamente auferidos pelo falecido (considerada a redução de 1/3, que seria destinada ao consumo pessoal deste), sendo paga desde o evento danoso. Para tanto, infere-se dos autos

Acesso ao Sumário

que o falecido percebia rendimento mensal no valor de R$ 2.850,00 (dois mil, oitocentos e cinquenta reais) (fl. 41), devendo este montante ser utilizado como parâmetro para fixação do quantum indenizatório.

Quanto ao termo final da pensão, com relação à viúva, deve corresponder à data em que o "de cujus" completaria 74 anos, considerado a contempotânea expectativa de vida do brasileiro; já que os filhos, à data em que atingirem 25 anos, idade que deixam de ser considerados dependentes".

...

"Neste ponto, vale frisar que, na data do evento, os filhos do falecido contavam, respectivamente, com 32 anos (Rodrigo Pereira da Silva Evangelista) e 22 anos (Jaqueline Pereira da Silva Evangelista).

Portanto, a pensão, que deverá ser paga desde a data do óbito (19/11/2013), será rateada apenas entre a esposa e a filha do falecido, sendo que a partir do momento e que esta completar 25 anos, a pensão deverá reverter em sua totalidade à mãe, até que finde o prazo de pagamento".

...

"...considerando ainda que a indenização não pode constituir uma fonte de enriquecimento ilícito, tenho que seja cabível a fixação do montante de R$ 25.000,00 (vinte e cindo mil reais) para cada um dos filhos, tendo em vista que, embora já estivessem em idade adulta, ainda moravam com o pai, sendo portanto, privados deste convívio, bem como a fixação do valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais a título de indenização pro danos morais devidos à Sra. Creusa, hoje viúva".

Consigno, ainda, que correta a incidência de correção monetária e juros de mora a partir do evento danoso, assim como aplicados na decisão singular.

Correta, portanto, a decisão do douto prolator da r. sentença, uma vez que elegeu parâmetros adequados para compor os danos suportados pela família do "de cujos" – como frisei acima, não há o que reparar no "decisum" no tocante à quantificação.

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.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1000164-13.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelada PATRICIA LORENZETTI GERALDINI, é apelado/apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso do INSS não provido e recurso da autora provido, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.363)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), JARBAS GOMES e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: AUXÍLIO-ACIDENTE – Enfermidade de caráter permanente e nexo causal reconhecidos – Redução da capacidade laborativa – Benefício devido – Termo inicial e encargos corretamente fixados – Honorários nos termos da Sumula 111 do STJ – Recurso do INSS não provido e recurso da autora provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 460/462 julgou procedente pedido para concessão de auxílio-acidente (50%), diante da enfermidade comprovada e condições de redução da capacidade laborativa, fixando como termo inicial o dia seguinte a cessação do pagamento do auxílio-doença, com aplicação parcial das Lei 11.960/09.

Argumenta o INSS que não foi comprovado o nexo causal, questiona o termo inicial do benefício e defende a integral aplicação da Lei 11.960/09 (fls. 485/492).

Também apela a autora a fim de que os honorários advocatícios sejam arbitrados nos termos da Súmula 111 do STJ (fls. 470/484)

Recursos tempestivos, sem preparo; contrarrazões a fls.496/515 (apenas por parte da autora).

É o relatório.

Preliminarmente, o recurso do INSS merece ser conhecido. Isso porque não só o Enunciado nº 483 da Súmula do STJ isenta-o do pagamento das custas

Acesso ao Sumário

de preparo como o art. 27 do CPC/73 permite que pague as custas de porte de remessa e retorno ao fim do processo.

O art. 86 da Lei nº 8.213/91 não exige, para que o segurado faça jus ao recebimento do auxílio-acidente, que a incapacidade laboral seja total, mas que decorra de lesão consolidada e reduza, em qualquer grau, a capacidade para o trabalho que exercia. Esses dois requisitos, assim como o nexo causal, estão presentes neste caso, conforme consta do laudo pericial.

É verdade que o perito apontou que o nexo causal estava relacionado as condições de trabalho relatadas na inicial, notadamente, diante da natureza das enfermidade (quadro depressivo), contudo, o histórico de saúde da autora ali indicado (fls. 375 e 378), a natureza da atividade e a aceitação, ao menos da concausa como fator de agravamento, estão indicados no laudo e bastam para o reconhecimento do nexo causal.

É devido, portanto, o pagamento do benefício e o termo inicial está corretamente fixado, mesmo porque a r. sentença determinou a dedução dos períodos nos quais a autora gozou de idêntico benefício (fls. 462, item a).

As diferenças vencidas sofrem incidência de juros e correção na forma determinada.

Isto porque, declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/09 pelo STF nos autos da ADI nº 4357, a correção monetária é devida segundo a "Tabela Prática" divulgada por este Tribunal, com juros de mora de 0,5% ao mês, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, na redação dada pela MP nº 2.180-35/2001.

Não se desconhece que o plenário do STF, em recente decisão, conferiu eficácia prospectiva à citada declaração de inconstitucionalidade (modulação de efeitos), fixando o dia 25.3.2015 como termo *ad quem* de aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/09 e determinando a observância, a partir de então, do IPCA-E para a correção monetária dos débitos fazendários.

Todavia, a decisão daquela Corte é restrita ao cálculo dos precatórios já expedidos, o que não é o caso dos autos.

Sabe-se que tramita no STF o RE nº 870947,[1] no qual há discussão sobre a aplicação geral do art. 5º da Lei nº 11.960/09, não limitada ao cálculo dos precatórios expedidos e, eventualmente, já pagos.

Contudo, ausente nova orientação quanto à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade já confirmada, incabível, nesta fase, manter a forma de cálculo irregular, incidindo, assim, a sistemática prevista anteriormente.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, em se tratando de ação que discute o recebimento de benefício previdenciário, aplica-se o Enunciado nº 111 da Súmula do STJ, o que justifica o arbitramento em 10% sobre o valor da

Acesso ao Sumário

1 Pleno, rel. Min. LUIZ FUX. A repercussão geral foi reconhecida em 17.4.2015.

condenação, correspondente as parcelas vencidas do benefício ora concedido, com as deduções determinadas na r. sentença.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso do INSS e provimento do recurso da autora quanto aos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1000945-87.2017.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado RODOLFO ALVES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.745)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – LEI 500/74 – LICENÇA SEM VENCIMENTOS – Impetrante que se insurge contra o ato administrativo que indeferiu seu pedido de licença, com prejuízo dos vencimentos, para tratar de assuntos particulares, pelo prazo de 2 (dois) anos – Segurança concedida em primeiro grau – Sentença mantida – Benefício, previsto no artigo 202 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, que deve ser estendido aos servidores admitidos sob o regime da Lei nº 500/74 – Precedentes desta Corte – Negado provimento ao recurso e desacolhido o reexame necessário.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por RODOLFO ALVES DE SOUZA contra ato do DIRIGENTE REGIONAL DE ENSINO DA

DIRETORIA DE ENSINO DE CARAGUATATUBA, visando reconhecer o direito do impetrante ao afastamento pelo artigo 202 da Lei 10261/68, bem como autorizar o recolhimento do IAMSPE e o recolhimento da contribuição previdenciária, se assim desejar, uma vez que é facultativo ao servidor.

A r. sentença de fls. 74/76, cujo relatório ora se adota, concedeu a segurança.

Inconformada, apela a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, buscando a inversão do julgado, pelas razões expostas às fls. 81/88. Aduz, em apertada síntese, que o impetrante não teve a estabilidade assegurada pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT - da Constituição Federal de 1988, porquanto, quanto da Constituição Federal contava com 3 anos de idade, já que nascido em 31/05/1985, assim, impossível que na data da promulgação da Constituição, estivesse em exercício há pelo menos cinco anos continuados, para ser considerado estável no serviço público.

Assevera que, após 5 anos de exercício, o servidor efetivo, extranumerário e o admitido pela lei nº 500/74 (estável na forma da ADCT), poderá obter licença sem vencimentos ou remuneração, para tratar de interesses particulares, pelo prazo máximo de 2 anos. E que a licença poderá ser negada quando o afastamento do servidor for inconveniente ao interesse do serviço. Bem como, que referida licença poderá ser concedida aos servidores admitidos com fundamentos nos incisos I e II, do artigo 1º da Lei nº 500/74, que tenham adquirido estabilidade em decorrência do disposto no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal de 1988.

Defende que o exercício de "função-atividade" não o torna titular de cargo de provimento efetivo, tampouco lhe atribui a estabilidade a que alude o art. 19 do ADCT, de modo que a licença para tratar de assuntos particulares não lhe poderia ter sido concedida. E que não é possível fazer uma interpretação ampliativa de dispositivos infraconstitucionais, a fim de estender o direito à licença sem vencimentos ao impetrante, enfatizando-se que tal benefício não se confunde com a licença-prêmio, e possui requisitos próprios para concessão.

Alega que se a Lei só previu a vantagem da licença para tratar de assuntos particulares em favor dos funcionários públicos propriamente ditos (titulares de cargos públicos), é evidente que não se pode estendê-la a todos os demais servidores, termo genérico que abrange também os empregados públicos, contratados pela CLT, e os servidores temporários admitidos pela Lei nº 500/74, submetidos a regime jurídico administrativo especial, como é o caso da apelada. Por todo exposto, requer seja dado provimento ao Apelo.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, respondido (fls. 92/105) e regularmente processado.

Instadas, as partes não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 111).

É, em síntese, o relatório.

O presente reclamo recursal não comporta provimento.

Dispõe o art. 202 da Lei 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo):

"Art. 202. Depois de 5 (cinco) anos de exercício, o funcionário poderá obter licença, sem vencimentos ou remuneração, para tratar de interesses particulares, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos".

Ao passo que, o parágrafo único do art. 25 da Lei 500/74 dispõe:

Artigo 25 - Poderá ser concedida licença:

(...)

VII - para tratar de interesses particulares. Parágrafo único - A licença de que trata o inciso VII deste artigo somente poderá ser concedida aos servidores, admitidos com fundamento nos incisos I ou II do artigo 1º desta lei, que tenham adquirido estabilidade em decorrência do disposto no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Muito embora a Lei nº 500/74, conforme redação dada pela Lei Complementar nº 814/96, disponha que a licença pleiteada somente pode ser concedida aos servidores que tenham adquirido estabilidade nos termos do art. 19 do ADCT, a distinção é descabida, pois fere o princípio da isonomia.

Isso porque, ainda que contratada pelo regime da Lei nº 500, de 13/11/74, a Impetrante enquadra-se no conceito amplo de servidor público e, via de conseqüência, faz jus ao benefício previsto no artigo 202 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo.

Assim, preenchidos os requisitos para a concessão da licença para tratar assuntos particulares, todos os servidores públicos poderão dela usufruir, qualquer que seja seu regime da contratação, pois, o constituinte estadual (art. 124, CE) não traçou distinções entre funcionários efetivos e temporários.

Da mesma forma, o art. 202 da Lei 10.261/68 prevê que, depois de cinco anos de exercício, o funcionário poderá obter licença para tratar de assuntos particulares, por até dois anos, sem vencimento ou remuneração, sem fazer distinção ou restringir a aplicabilidade da lei. Assim, ao Impetrante deveria ter sido concedida a licença pleiteada, não incidindo a limitação apontada pela Fazenda Estadual.

Neste sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança – Pedido de concessão de benefício da licença não remunerada – Possibilidade de concessão àqueles que integram o quadro e que entraram pelo regime da Lei 500/74 – Lei que não distingue, não podendo o intérprete diferenciar, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia – Manutenção da sentença – Reexame necessário desacolhido. (Relator(a): **José Luiz Gavião de Almeida**; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público; Data do julgamento: 20/06/2017; Data de registro: 21/06/2017).

SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – LEI 500/74 – LICENÇA NÃO REMUNERADA PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES – EXTENSÃO DOS BENEFÍCIOS AOS SERVIDORES REGIDOS PELA LEI 500/74 – ADMISSIBILIDADE – BENEFÍCIO QUE, CUMPRIDOS OS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO ART. 202 DA LEI Nº 10.261/68, DEVE SER ESTENDIDO AOS SERVIDORES ADMITIDOS SOB O REGIME DA LEI Nº 500/74 – IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO CONSONÂNCIA COM O ART. 205 DA LEI Nº 180/78 E ART. 19 DA ADCT – PRECEDENTES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NEGADO. (Relator(a): **Danilo Panizza**; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/02/2017; Data de registro: 15/02/2017).

Servidora Pública Estadual ativa, admitida nos termos da Lei nº 500/74 – Pretensão ao reconhecimento do direito à licença não remunerada prevista no art. 202 da Lei nº 10.261/68 – Admissibilidade – Regime jurídico único estabelecido pelos arts. 39 da Constituição Federal e 124 da Constituição Estadual – Descaracterização da natureza temporária da contratação – Impossibilidade de distinção – Precedentes – Recurso do Estado de São Paulo desprovido. (Relator(a): **Luciana Bresciani**; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/02/2017; Data de registro: 09/02/2017).

De tudo resulta, pois, que a despeito dos argumentos expostos pelo recorrente, outros fundamentos são dispensáveis para que a r. sentença hostilizada seja integralmente confirmada.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao presente resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do ***decisum***, sendo, pois, 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).

Acesso ao Sumário

De qualquer modo, para viabilizar o 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, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1003261-91.2016.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes EFIGÊNIA ANA MARQUES DE SOUZA e JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCA.

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 20.008)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 7 de agosto de 2017.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DESAPROPRIAÇÃO NÃO CONCLUÍDA DO BEM IMÓVEL DE TITULARIDADE DA PARTE AUTORA – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Os elementos de convicção produzidos nos autos não demonstram a consumação do ato expropriatório. 2. Possibilidade de desistência da desapropriação, pela própria Administração Pública, sem a anuência da parte expropriada. 3. Impossibilidade de adimplemento da justa indenização. 4. Danos materiais e morais, passíveis de reconhecimento e reparação, não caracterizados. 5. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente. 6. Sentença, ratificada. 7. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 255/261, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de procedimento ordinário, objetivando o recebimento de indenização por danos morais e materiais, decorrentes do inadimplemento da justa indenização, referente à desapropriação de bem imóvel de titularidade da parte autora. Em razão da sucumbência, a parte autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no valor correspondente a 10% sobre o montante atribuído à causa, observados os benefícios da assistência judiciária gratuita.

A parte autora, nas razões recursais, sustentou, em síntese, o seguinte: a) existência de 5 processos para a desapropriação do bem imóvel e alguns deles extraviados pela parte ré; b) omissão da parte ré na resolução da desapropriação; c) a construção desmoronou, em razão da incidência de fortes chuvas; d) está aguardando o recebimento da justa indenização, desde a entrega da comprovação da titularidade do bem imóvel; e) responsabilidade objetiva da parte ré, relacionada com a omissão no tratamento da voçoroca; f) faz jus à indenização por danos materiais e morais. Postulou, por fim, a reforma da r. sentença recorrida.

O recurso de apelação, tempestivo, dispensado de preparo, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não comporta provimento, porque a r. sentença de Primeiro Grau deu a melhor solução ao caso concreto, ratificando-se os respectivos fundamentos nesta oportunidade.

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou todas as questões controvertidas, bem como, as provas produzidas pelas partes litigantes, alcançando a irrepreensível e corretamente fundamentada conclusão de improcedência da ação de procedimento ordinário.

Acesso ao Sumário

Assim, uma vez que nas razões recursais não há nenhum elemento novo, mas, tão somente, a reiteração de questões já enfrentadas em Primeiro Grau, é forçoso concluir pelo desprovimento do recurso de apelação, ratificando-se os termos da r. decisão ora combatida.

Trata-se de ação de procedimento ordinário, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais, decorrentes do inadimplemento da justa indenização, referente à desapropriação do bem imóvel de titularidade da parte autora.

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos não demonstram, adequadamente, a ocorrência da desapropriação do referido bem

imóvel, ao contrário das alegações deduzidas na petição inicial.

Na verdade, a parte ré manifestou a intenção de desapropriar o bem imóvel acima mencionado, mas, o ato expropriatório não foi consumado. E mais. Considerando a natureza discricionária do ato administrativo, fundamentado nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração Pública, é possível, em princípio, a desistência da ação de desapropriação, sem a anuência da parte expropriada.

Ademais, a jurisprudência do E. STJ é pacífica no sentido de que nada impede a desistência da ação de desapropriação, desde que: a) não tenha sido realizado o pagamento integral e definitivo do valor da justa indenização pelo Ente Público; b) o bem imóvel seja devolvido pela parte expropriante, nas mesmas condições.

Aliás, confira-se, neste sentido, a lição do doutrinador José Carlos de Moraes Salles:

> *"O Dec.-lei 3.365/1941 não contém dispositivo regulando a desistência da ação expropriatória.*
>
> *Todavia, nossos tribunais têm entendido, de modo mais ou menos pacífico, ser possível a desistência do feito expropriatório até o pagamento do preço ao expropriado, uma vez que só com esse pagamento o bem desapropriado se incorpora ao patrimônio do expropriante (cf. o que dissemos no Cap. XIV da 2.ª Parte desta obra, item 4.3). Essa, portanto, é a regra geral.*
>
> ***Bem por isso, o STF já deixou estabelecido que: 'no curso da ação de desapropriação, é cabível a sua desistência pelo Poder Público, independentemente do assentimento do expropriado, ressalvada, porém, em favor deste, a via ordinária para o ressarcimento dos prejuízos acaso sofridos'*** *(RTJ 100/272, especialmente p. 276)."*
>
> (A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, 6ª Edição, Ano 2.009, Ed. RT, Pág. 584, destaques acrescidos)

Daí porque, considerando a ausência de consumação do ato expropriatório, tem-se que a indenização ora pretendida é mesmo indevida.

De outra parte, o dano moral, passível de reparação é o evento sério, injusto, indevido e grave, capaz de atormentar os sentimentos e afetos, em razão de fatos relevantes, diversos daqueles que foram reportados nestes autos. E, à evidência, a situação da hipótese concreta não está incluída na referida categoria, mesmo porque o dano moral, que não é presumível, não foi devidamente comprovado pela parte autora.

Outrossim, é inquestionável que a parte autora experimentou dissabores, transtornos e aborrecimentos, em razão da desistência da desapropriação pela parte ré. Porém, a situação, repita-se, não é apta a acarretar qualquer abalo

Acesso ao Sumário

moral, passível de reconhecimento e reparação. Afinal, o prejuízo moral deve ser relevante, de modo a extrapolar o limite do razoável, o que não é a hipótese dos autos.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento ordinário era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1016225-60.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, são apelados PLINIO DINIZ BERNARDINI, MARIANA DINIZ BERNARDINI e BRUNO DINIZ BERNARDINI.

ACORDAM, em 3ª 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 15.655)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 8 de agosto de 2017.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ITCMD. BENS DO EXTERIOR A SEREM TRANSMITIDOS VIA HERANÇA. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

1. . Inconstitucionalidade do artigo 4º, inciso II, alínea "b", da Lei Estadual nº 10705/00, declarada por este Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000.

2. Questão pendente de apreciação perante o Supremo Tribunal Federal que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria que é objeto do Recurso

Acesso ao Sumário

Extraordinário de nº 851.108/SP interposto pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

3. Enquanto não pacificada a matéria acerca da exigibilidade do ITCMD com base em lei estadual nas hipóteses previstas no artigo 155, § 1º, inciso III, alíneas 'a' e 'b', da Constituição Federal, e na ausência de Lei Complementar Federal que regulamenta a matéria, não há falar em exigibilidade do tributo com base na Lei Estadual nº 10.705/2000.

Recurso voluntário e reexame necessário não providos.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Plinio Diniz Bernardini, Mariana Diniz Bernardini Sartori e Bruno Diniz Bernardini contra ato de Coordenador De Administração Tributária Em São Paulo e Chefe Do Posto Fiscal Da Capital Em Sp - Sé/Tatuapé PFC 11. Alegam, em síntese, a ilegalidade da notificação fiscal nº 2108/16, ante a desnecessidade de ser apresentada declaração de inventário retificadora derivada da ausência de lei complementar que regulamente a implementação de ITCMD sobre bens objeto de sucessão que se encontram no exterior, nos termos do art. 155, §1º, III c.c. 21 da CF, de modo que inconstitucional a Lei Estadual nº 10.705/00 no que tange à tributação de tais bens, por invadir competência da União.

A r. sentença de fls. 480/482, concedeu a segurança, para reconhecer a não incidência de ITCMD sobre bens objeto de sucessão que se encontram no exterior indicados na Notificação Fiscal nº 2108/16. Sem verba honorária, por força de lei.

Apelou a Fazenda do Estado de São Paulo, visando a inversão do resultado (fls. 488/498). O recurso foi recebido e respondido (fls. 504/538). Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

Fundamento e voto.

O recurso não comporta provimento.

Nos termos do artigo 155, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, exige-se edição de lei complementar para regular a competência dos Estados na tributação do ITCMD incidente sobre doação proveniente de pessoa residente no exterior:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos

Acesso ao Sumário

sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou diretos;

(...)

§1º O imposto previsto no inciso I:

(...)

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) Se o doador tiver domicílio ou residência no exterior".

Por sua vez, a Lei Estadual n º 10.705 de 28 de dezembro de 2000, que "Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos ITCMD", estabelece que:

"Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:

I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;

II - por doação.

(...)

Artigo 4º - O imposto é devido nas hipóteses abaixo especificadas, sempre que o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o "de cujus" possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país:

I - sendo corpóreo o bem transmitido:

a) quando se encontrar no território do Estado;

b) quando se encontrar no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado;

II - sendo incorpóreo o bem transmitido:

a) quando o ato de sua transferência ou liquidação ocorrer neste Estado;

b) quando o ato referido na alínea anterior ocorrer no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado."

O Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 00 046 04-24.2011.8.26.00 00, declarou a inconstitucionalidade da cobrança do ITCMD sobre transmissão de bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos localizados no exterior, bem como de doador ou de *de cujus* domiciliados ou residentes fora do país ou no caso de inventário processado no exterior, com base na Lei Ordinária Estadual nº 10/7 05/2000:

Acesso ao Sumário

"O Constituinte atribuiu ao Congresso Nacional a instituição, mediante Lei Complementar nacional, do imposto sobre transmissão causa mortis de bens localizados no exterior. Desse modo, inexistindo no ordenamento jurídico norma nacional a regular a matéria, não pode a legislação paulista, sem as balizas de Lei Complementar, exigir mencionado tributo. Os Estados não dispõem de competência tributária para suprir ausência

de Lei Complementar exigida pela Magna Carta.

A alínea b do inciso III do § 1º do art. 155 da Constituição Federal é exceção às hipóteses previstas nos incisos I e II do mesmo parágrafo. A exceção clarifica a regra. Prescinde de Lei Complementar a instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens imóveis - e respectivos direitos -, móveis, títulos e créditos de empresas situadas em Estado da Federação. Já as alíneas a e b do inciso III especificam a necessidade de regulação por Lei Complementar para as hipóteses de transmissão de bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos localizados no exterior, bem como de doador ou de de cujus domiciliados ou residentes fora do país ou no caso de inventário processado no exterior.

Com efeito, o que a torna excepcional é a extraterritorialidade do bem, da residência/domicílio do doador/de cujos ou do lugar aonde se processou o inventário."

Esta Colenda Câmara, em casos análogos, assim tem se pronunciado:

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HERANÇA PROCESSADA FORA DO PAÍS. Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea b, da Lei Estadual nº 10.705/00 declarada por este Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000. Hipótese em que a Constituição Federal condicionou a instituição da exação a lei complementar que ainda não foi editada - Inteligência do art. 155, § 1º, III, b, da Constituição Federal. Sentença mantida. Recurso não provido."

(Apelação nº 1012370-92.2014.8.26.0037 – Rel. Des. Ronaldo Andrade)

"Apelação cível - Mandado de segurança preventivo - ITCMD - Alegação de invalidade da Lei Estadual 10.705/00 que instituiu o imposto - Cabimento - Hipótese em que a Constituição Federal condicionou a instituição da exação a lei complementar que ainda não foi editada - Inteligência do art. 155, § 1º, III, "b", da Constituição Federal - Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea "b", da Lei Estadual 10.705/00 declarada por este Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000 - Inadmissibilidade de cobrança - Sentença reformada - Recurso provido."

(Apelação nº: 0054784-45.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Marrey Uint)

"APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ITCMD – Transmissão sucessória de bens localizados no exterior – Inexistência de hipótese de incidência do ITCMD – Exação que depende da edição de lei complementar federal, ainda não editada, conforme decidido pelo Órgão Especial em incidente de inconstitucionalidade – Aplicação do art. 155, § 1º, inc. III, alínea "b", da CF – Sentença concessiva da ordem mantida – Reexame necessário e apelo improvidos.

(Apelação: 1008537-81.2015.8.26.0053 – Rel. Des. Maurício Fiorito)

Por fim, ressalte-se que a questão está pendente de apreciação perante

Acesso ao Sumário

o Supremo Tribunal Federal que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria que é objeto do Recurso Extraordinário de nº 851.108/SP interposto pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ITCMD. BENS LOCALIZADOS NO EXTERIOR. ARTIGO 155, § 1°, III, LETRAS A E B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR. NORMAS GERAIS. COMPETÊNCIA PARA INSTITUIÇÃO.*
>
> *É de se definir, nas hipóteses previstas no art. 155, § 1º, III, letras a e b, da Constituição, se, ante a omissão do legislador nacional em estabelecer as normais gerais pertinentes à competência para instituir imposto sobre transmissão causa mortis ou doação de quais bens ou direitos (ITCMD), os Estados-membros podem fazer uso de sua competência legislativa plena com fulcro no art. 24, § 3°, da Constituição e no art. 34, § 3°, do ADCT. (...)"*

Portanto, enquanto não pacificada a matéria acerca da exigibilidade do ITCMD com base em lei estadual nas hipóteses previstas no artigo 155, §1º, inciso III, alíneas 'a' e 'b', da Constituição Federal, e na ausência de Lei Complementar Federal que regulamente a matéria, não há falar em exigibilidade do tributo com base na Lei Estadual nº 10.705/2000.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1023376-14.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada VRG - LINHAS AÉREAS S/A (VARIG).

ACORDAM, em 14ª 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 8.950/2017)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Mandado de segurança. ISSQN. Central de atendimento da recorrida que viabiliza, por meio da venda de passagens aéreas, a efetivação da atividade-fim (transporte aéreo). Hipótese de incidência não configurada no mundo fenomênico. Impetrante que não realiza a venda de passagens aéreas para terceiros. Tomador de serviços que se enquadra como o sujeito que contrata o *call center* para que venha a se realizar o contato telefônico, situação esta que não se confunde com a dicção do item 17, subitem 02, da Lei Complementar n. 116/03. Atividade-fim que não se confunde com as *condutas ou etapas necessárias à sua efetivação ou mesmo aquelas posteriores, que podem ser tidas como mero exaurimento*. Inviabilidade de que se verifique a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre serviços prestados por *call center* – quando, portanto, são efetivadas as vendas de passagens aéreas – diante da evidente e irrefutável circunstância de que questionado serviço é concretizado em favor da recorrida na concretização de sua atividade-fim, ressaltando-se que mencionadas vendas constituem-se como atividade-meio. Tributo indevido. Precedentes. Manutenção da decisão. Recursos oficial e voluntário NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por VRG – Linhas Aéreas S/A (Varig) contra ato praticado pelo Diretor de Departamento de Renda de Arrecadação e Cobrança da Subsecretaria da Receita do Município de São Paulo e do Procurador-Chefe do Departamento Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo. Alega a impetrante, em síntese, que foram lavrados autos de infração e que os serviços autuados (*call center*) configuram atividade-meio, não se verificando, portanto, a incidência de ISSQN.

Concedida a ordem pelo Juízo da origem, tornando, em consequência, definitiva a liminar, e vedando qualquer forma de cobrança do tributo em questão, mais precisamente dos valores correlatos aos autos de infração indicados na inicial.

Embargos de declaração opostos às fls. 1636/1641 – manifestando-se a impetrante às fls. 1644/1648 –, sendo acolhidos sem efeito modificativo à fl.

Acesso ao Sumário

1649.

Recorre a Fazenda Municipal, às fls. 1651/1662, buscando a reforma do julgado. Sustenta restar inequívoca a decadência, nos termos da Lei 12.016/09, em seu artigo 23. Argumenta que os serviços autuados são prestados a terceiros no exercício de uma atividade-fim que se exaure em si mesma, e que não se constitui em etapa indispensável para realização do serviço de transporte, sendo, os serviços, cobrados de forma autônoma e independente. Aduz, ainda, que eventual verificação de não incidência ao presente caso não implica na desconstituição dos AII's nºs. 66628288, 66628300 e 66628377, que foram lavrados em razão do descumprimento de obrigações acessórias instituídas pela legislação municipal.

Contrarrazões às fls. 1665/1699.

É o relatório.

Ab initio, registre-se restar devidamente rechaçada em primeira instância a preliminar de decadência levantada, uma vez esteja a exigência do crédito em debate ainda em trâmite na via administrativa. No que pertine aos autos de infração lavrados pelo não cumprimento das obrigações acessórias que relaciona, igualmente fora de modo oportuno reconhecido pelo magistrado sentenciante o não cabimento de sua exigência diante da decretada ausência da obrigação principal.

No mais, em que pese a competência tributária dos Municípios de instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza, conferida pelo artigo 156, III da Constituição, deve o legislador municipal observar a lista definida na lei complementar **federal**, que regula a matéria.

De fato tem, a União, competência concorrente para legislar sobre Direito Tributário, conforme dispõe o art. 24 da CF. O dispositivo limita esta competência à edição de normas gerais, que deverão obrigatoriamente ser observadas pelos Municípios, sendo vedada a criação de serviço não previsto no regramento federal, a que compete elencar as hipóteses de incidência.

Desta feita, infere-se que a Lei Complementar Federal é responsável por delimitar as normas gerais aplicáveis ao ISS, formular suas alíquotas mínimas e máximas, estipular os serviços tributáveis, bem como regular sua forma e condições (art. 156, § 3º, da CF). Já o Município tem competência para instituir o imposto sobre serviço sob a égide da norma federal e com ela compatível.

Acesso ao Sumário

Ora, a central de atendimento da recorrida viabiliza, por meio da venda de passagens aéreas, a efetivação da atividade-fim (transporte aéreo), **não se configurando, destarte, na constatação da hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza no mundo fenomênico, qual seja: a prestação de serviço de transporte aéreo.**

Infere-se, ao mesmo tempo, a circunstância de a impetrante não realizar

a venda de passagens aéreas para terceiros, consoante os termos de seu contrato social. Com efeito, o tomador de serviços enquadra-se como o sujeito que contrata o *call center* para que venha a se realizar o contato telefônico, situação esta que não se confunde com a dicção do item 17, subitem 02, da Lei Complementar n. 116/03:

> 17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.
>
> [...]
>
> 17.02 – Datilografia, digitação, estenografia, expediente, secretaria em geral, resposta audível, redação, edição, interpretação, revisão, tradução, apoio e infra-estrutura administrativa e congêneres.

Outrossim, há incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre serviços de transporte de natureza municipal segundo a dicção do subitem 16.01 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/03:

> 16 – Serviços de transporte de natureza municipal.
>
> 16.01 – Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.

Nada obstante, bem pontuou o magistrado da origem não se confundir, a "atividade-fim", *com as condutas ou etapas necessárias à sua efetivação ou mesmo aquelas posteriores, que podem ser tidas como mero exaurimento. Para a celebração do contrato de transporte e prestação do serviço correlato, instrumentalizado através da emissão de passagem aérea, é imprescindível que exista mínima comunicação entre os contraentes, até para que suas vontades consubstanciem o negócio jurídico. [...] A compra de passagens é efetivada em balcão de atendimento, call center, internet ou qualquer outro meio idôneo, sendo que a mera existência de multiplicidade de meios e possibilidade de escolha deles pelos consumidores não faz com que o meio escolhido, no caso o "call center", seja considerado como atividade autônoma, para tipificação na hipótese de incidência do ISS.*

E conclui, consignando não haver *a mínima razoabilidade para que o ente tributante, no caso o Município de São Paulo, decomponha o serviço em várias etapas, na pretensão de tributá-las, motivo pelo qual a pretensão deduzida merece acolhimento.*

Em síntese, claramente indefensáveis os argumentos da recorrente em razão da inviabilidade de que se verifique a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre serviços prestados por *call center* – quando, portanto, são efetivadas as vendas de passagens aéreas – diante da evidente e irrefutável circunstância de que questionado serviço é concretizado em favor da recorrida na concretização de sua atividade-fim, ressaltando-se, uma vez mais, de que mencionadas vendas constituem-se como atividade-meio.

Acesso ao Sumário

Por oportuno:

TRIBUTÁRIO. ISSQN. "INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA". LEI COMPLEMENTAR 116/2003. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER). ATIVIDADE FIM DA EMPRESA PRESTADORA. INCIDÊNCIA. 1. O artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar. 2. O aspecto material da hipótese de incidência do ISS não se confunde com a materialidade do IPI e do ICMS. Isto porque: (i) excetuando as prestações de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, o ICMS incide sobre operação mercantil (circulação de mercadoria), que se traduz numa "obrigação de dar" (artigo 155, II, da CF/88), na qual o interesse do credor encarta, preponderantemente, a entrega de um bem, pouco importando a atividade desenvolvida pelo devedor para proceder à tradição; e (ii) na tributação pelo IPI, a obrigação tributária consiste num "dar um produto industrializado" pelo próprio realizador da operação jurídica. "Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em seu esforço pessoal, sua obrigação consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, e que não decorra de encomenda específica do adquirente" (José Eduardo Soares de Melo, in "ICMS - Teoria e Prática", 8ª Ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2005, pág. 65). 3. **Deveras, o ISS, na sua configuração constitucional, incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa *ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar. 4. Desta sorte, o núcleo do critério material da regra matriz de incidência do ISS é a prestação de serviço, vale dizer: conduta humana consistente em desenvolver um esforço em favor de terceiro, visando a adimplir uma "obrigação de fazer" (o fim buscado pelo credor é o aproveitamento do serviço contratado). 5. É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS "é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. (...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de construir-se em desconsideração à hipótese de incidência do ISS." (Aires Barreto, no artigo intitulado "ISS: Serviços de Despachos Aduaneiros/Momento de Ocorrência do Fato Imponível/**

Acesso ao Sumário

Local de Prestação/Base de Cálculo/Arbitramento", in Revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, págs. 114/115 - citação efetuada por Leandro Paulsen, in Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE, pág. 457). 6. Assim, "sempre que o intérprete conhecer o fim do contrato, ou seja, descobrir aquilo que denominamos de 'prestação-fim', saberá ele que todos os demais atos relacionados a tal comportamento são apenas 'prestações-meio' da sua realização" (Marcelo Caron Baptista, in "ISS: Do Texto à Norma - Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03", Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2005, pág. 284). 7. In casu, a empresa desenvolve atividades de desdobramento e beneficiamento (corte, recorte e/ou polimento), sob encomenda, de bloco e/ou chapa de granito e mármore (de propriedade de terceiro), sendo certo que, após o referido processo de industrialização, o produto retorna ao estabelecimento do proprietário (encomendante), que poderá exportá-lo, comercializá-lo no mercado interno ou submetê-lo à nova etapa de industrialização. 8. O Item 14, Subitem 14.05, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, ostenta o seguinte teor: "14 – Serviços relativos a bens de terceiros. (...) 14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer." 9. A "industrialização por encomenda" constitui atividade-fim do prestador do aludido serviço, tendo em vista que, uma vez concluída, extingue o dever jurídico obrigacional que integra a relação jurídica instaurada entre o "prestador" (responsável pelo serviço encomendado) e o "tomador" (encomendante): a empresa que procede ao corte, recorte e polimento de granito ou mármore, de propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao encomendante, do produto beneficiado. 10. Ademais, nas operações de remessa de bens ou mercadorias para "industrialização por encomenda", a suspensão do recolhimento do ICMS, registrada nas notas fiscais das tomadoras do serviço, decorre do posterior retorno dos bens ou mercadorias ao estabelecimento das encomendantes, que procederão à exportação, à comercialização no mercado interno ou à nova etapa de industrialização. 11. Destarte, a "industrialização por encomenda", elencada na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, caracteriza prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISSQN, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses de incidência do ICMS (circulação de mercadoria - obrigação de dar - e prestações de serviço de comunicação e de transporte transmunicipal). 14. Recurso especial provido. (REsp 888.852/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 01/12/2008).

E observando-se a similitude com o caso *sub judice*:

Acesso ao Sumário

> Apelação. Ação Anulatória. ISS. Serviço de datilografia, estenografia, secretaria e expediente. Exercício de 2004. Sociedade de economia mista prestadora de serviços de transporte público coletivo. Atividade essencial. Imunidade tributária reconhecida. Precedentes. Recurso Fazendário e de Ofício não providos. Recurso da autora provido. [...] Cumpre ressaltar que as prestadoras de transporte público não se dedicam, especificamente, a prestar os serviços previstos no item 17.02 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 ("datilografia, estenografia, expediente, secretaria em geral e congêneres"). Na realidade, trata-se de operações destinadas a viabilizar o desempenho das atividades-fim inerentes às tais empresas. (Apelação nº 0117310-58.2006.8.26.0053; Relator: Cláudio Marques; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/11/2013; Data de registro: 09/12/2013).

Consequentemente, diante do resultado do presente julgamento, restam prejudicadas as demais matérias levantadas, configurando-se de rigor o não acolhimento das alegações expendidas no apelo, prevalecendo, assim, a r. sentença objurgada tal como prolatada.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional ventilada pelas partes e constante no v. aresto.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso** voluntário bem como ao necessário reexame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1005354-23.2015.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ASSIS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada MARIA ESTELA VAZ.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram, em parte, o reexame necessário; e negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.197)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – QUINQUÊNIO E SEXTA-PARTE – INCIDÊNCIASOBREVENCIMENTOSINTEGRAIS – HORAS EXTRAS – ADMISSIBILIDADE.

1. Servidor público. Quinquênio e sexta-parte. O adicional por tempo de serviço incide não apenas sobre o salário-base, mas também sobre as demais parcelas componentes dos vencimentos, entendendo-se por vencimentos integrais o padrão mais as vantagens efetivamente recebidas, salvo as eventuais. Inteligência dos artigos 99 e 100 da Lei Municipal nº 2.861/91.

2. Horas extras. Comprovação de que a servidora ocasionalmente excedia sua jornada de trabalho. Pagamento pela prestação de serviços extraordinários. Exegese dos artigos 88 e 90 da Lei Municipal nº 2.861/91. Encargos da mora. Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09. Pedido procedente, em parte. Reexame necessário acolhido, em parte. Recurso desprovido, com observação.

VOTO

A r. sentença de fls. 186/190, cujo relatório se adota, julgou procedente, em parte, o pedido inicial condenando a ré no recálculo do quinquênio e sexta-parte para que incidam sobre os vencimentos integrais, salvo as verbas eventuais, e no pagamento das diferenças remuneratórias, respeitada a prescrição quinquenal, bem como no pagamento das horas extras trabalhadas pela autora a serem apuradas na fase de liquidação de sentença. Há reexame necessário.

Inconformada apela a Municipalidade objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que os adicionais temporais devem ser calculados apenas sobre o padrão do cargo e que o art. 99 da Lei Municipal nº 2.861/91 deve ser interpretado em conjunto com o art. 2º, IX e X, do mesmo diploma legal. Alega que a pretensão da autora encontra óbice no art. 37, XIV, da CF, com redação dada pela EC nº 19/98, e que as verbas de caráter eventual, tais como adicional de insalubridade, gratificação de função, horas extras, licença prêmio, salário família e PAS, não podem compor a base de cálculo dos referidos adicionais.

Recurso processado, com contrarrazões, ausente oposição das partes ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Merece confirmação, em sua maior parte, a r. sentença apelada.

Cinge-se a controvérsia à base de cálculo dos quinquênios e da sexta parte, bem como ao pagamento pela prestação de serviços extraordinários pela apelada.

Quanto aos adicionais temporais, a Lei Municipal nº 2.861/91, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Assis, em seus artigos 99 e 100, *caput*, fixa a base de cálculo do quinquênio e da sexta-parte nos seguintes termos:

> "Art. 99 - O funcionário terá direito, após cada período de 5 (cinco) anos, à percepção do adicional por tempo de serviço, calculado sobre os vencimentos integrais a que se incorpora, para todos os efeitos legais, à seguinte razão:
>
> I - 1º quinquênio - 5 anos = 5%;
>
> II - 2º quinquênio - 10 anos = 10,25%;
>
> III - 3º quinquênio - 15 anos = 15,76%;
>
> IV - 4º quinquênio - 20 anos = 21,55%;
>
> V - 5º quinquênio - 25 anos = 27,63%;
>
> VI - 6º quinquênio - 30 anos = 34,01%;
>
> VII - 7º quinquênio - 35 anos = 40,71%".
>
> "Art. 100 - O funcionário que completar 20 (vinte) anos de serviço efetivo, perceberá a sexta-parte dos vencimentos integrais a este incorporado, para os efeitos legais."

Portanto, dúvida não há de que ao utilizar a expressão "vencimentos integrais" o legislador quis deixar claro que o quinquênio e a sexta-parte devem incidir não apenas sobre o padrão de vencimento cuja definição vem expressa no art. 2º, IX, da Lei nº 2.861/91 mas também sobre as vantagens e adicionais percebidos, ainda que não incorporados, salvo aqueles eventuais. Aliás, nesse sentido a decisão tomada por esta Egrégia Corte quando do julgamento do Incidente de Uniformização nº 193.458-1/6-03.

Para melhor adequação jurídica dos fatos, esclarece-se que estão excluídas do conceito de vencimentos integrais apenas as verbas eventuais e as vantagens que tenham inserido em sua base de cálculo o próprio quinquênio.

As ressalvas são justificadas. Os adicionais por tempo de serviço não podem incidir sobre si mesmo, sob pena de incorrer na proscrita "incidência recíproca", no chamado "efeito cascata", ou no "repique", vedados pela Constituição Federal (art. 37, XIV) e Constituição Estadual (art. 115, XVI), razão pela qual as vantagens que os tenham inserido na base de cálculo não

Acesso ao Sumário

poderão ser computadas na fixação do *quantum* do benefício.

Por outro lado, os pagamentos eventuais não compõem os vencimentos integrais porque visam remunerar apenas uma circunstância ocasional. Não decorrem obrigatoriamente do vínculo funcional, mas apenas remuneram acontecimento extraordinário. Como exemplos, citam-se as diárias, as ajudas de custo e horas extras. Entende-se com isso que vencimentos integrais não se confundem com remuneração. Excluídas as verbas eventuais que integram esta última (remuneração) não há falar em ofensa aos arts. 133 e 115, XI, XII, XVII, da Constituição Estadual, arts. 7º, VII, 27, § 2º, 37, X e XI, todos da Constituição Federal, e art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Observe-se, contudo, que nem toda vantagem não incorporada pode ser considerada eventual. Muitas gratificações são percebidas permanentemente pelo servidor, em decorrência do exercício normal de sua função, ao longo dos anos, não se incorporando enquanto a lei não permitir. Assim, não são eventuais, mas também não são incorporadas, devendo, assim, ser computadas no cálculo do quinquênio e da sexta-parte.

Aliás, esse entendimento faz justiça à realidade remuneratória do funcionalismo público, cujo vencimento padrão ou salário-base na maioria das vezes é de baixo valor, em muitos casos inferior até mesmo ao salário mínimo, sendo suplementado por inúmeras gratificações concedidas em caráter geral exatamente para subtraí-las da incidência dos quinquênios e da sexta-parte, com nítidos prejuízos aos servidores.

A propósito, a matéria em referência foi analisada por esta Corte em ação ajuizada pelo Sindicato dos Funcionários e Servidores Públicos Municipais de Assis e Região, consoante se infere da ementa do seguinte venerando aresto:

> "ADMINISTRATIVO – Adicionais temporais – Quinquênios e sexta-parte – Incidência sobre todas as vantagens componentes dos proventos, salvo as eventuais – Compreensão e alcance da legislação – Cabimento – Sentença de procedência confirmada – Reexame necessário e recurso voluntários desprovidos; recurso dos autores desprovido" (Apelação nº 0007394-97.2012.8.26.0047, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. J. M. Ribeiro de Paula, j. 02/10/2013).

De igual modo, não constitui óbice ao reconhecimento do direito o disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 19/98. Na verdade, o que o referido dispositivo constitucional veda, a exemplo do homólogo da Carta Paulista (art. 115, XVI), é a reciprocidade de influência dos acréscimos pecuniários percebidos por servidor público, no caso de adicional por tempo de serviço, a incidência de quinquênio sobre quinquênio, uns sobre os outros, o que resulta no expediente conhecido como repique ou efeito cascata.

Neste passo, cabível a incidência do quinquênio e da sexta-parte sobre

Acesso ao Sumário

a totalidade dos vencimentos, salvo as verbas eventuais, observando-se a prescrição quinquenal. No mesmo sentido, confira-se ainda outros julgados deste Tribunal, inclusive desta Câmara:

> "APELAÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. SERVIDOR. MUNICÍPIO DE ASSIS. ADICIONAIS TEMPORAIS. QUINQUÊNIO E SEXTA-PARTE. Objeto da ação. Base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço. Pretensão de incidência sobre os vencimentos integrais. Possibilidade. Exclusão apenas das vantagens eventuais. Respeito à prescrição quinquenal. O Estatuto dos Servidores Municipais determina a incidência dos adicionais temporais sobre os vencimentos integrais. Inteligência dos artigos 99 e 100 do Estatuto. Precedentes deste Tribunal de Justiça. CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS. Incidência de correção monetária e juros de mora de acordo com o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação que lhe deu a MP nº 2.180/01. Reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.960/09. Termo inicial. Juros de mora. Citação. Relação contratual. Correção monetária. Desde a data em que deveria ter sido feito o pagamento. Aplicação do IPCA-E. Não aplicação da modulação dos efeitos. PROMOÇÃO HORIZONTAL. Evolução funcional, em seus diversos graus, contempla os docentes de acordo com a respectiva titulação. Não comprovação do preenchimento da escolaridade exigida para a promoção. Ausência do direito à promoção horizontal. GRATIFICAÇÃO POR FUNÇÃO TÉCNICA. Reconhecimento do direito da servidora à incorporação de décimos da verba. Não comprovação do pagamento da vantagem. Sentença mantida. HONORÁRIOS RECURSAIS. Majoração dos honorários. Cabimento. Aplicabilidade do artigo 85, §§ 3º e 11, do Novo CPC. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS" (Apelação nº 1007779-23.2015.8.26.0047, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Maria Câmara Junior, j. 07/03/2017).

> "Servidores públicos municipais. Município de Assis. Recálculo dos quinquênios e sexta-parte, para efeito de incidência sobre vencimentos integrais, excetuando as verbas de caráter eventual e a incidência recíproca. Lei Municipal 2.861/91. Inteligência do art. 37, XIV, da CF, com a redação da EC 19/98. Vedação de efeito cascata. Reexame necessário e recurso de apelação parcialmente providos" (Apelação nº 0014452-88.2011.8.26.0047, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 15/02/2016).

> "SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS APOSENTADOS/PENSIONISTAS – ASSIS – Quinquênios e Sexta-parte – Base de cálculo – Pretensão para que o adicional e a vantagem sejam calculados sobre os vencimentos integrais – Inexiste litispendência entre a ação

Acesso ao Sumário

individual e a ação coletiva movida por entidade de classe ou sindicato – O adicional temporal e da vantagem da sexta-parte deve ser calculados sobre o valor do vencimento padrão e demais verbas que integram a remuneração dos servidores, com exclusão das eventuais, ocasionais e com caráter indenizatório – Inteligência dos artigos 99 e 100 do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Assis – Existência de paralelismo com a previsão do artigo 129 da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes – Sentença de procedência mantida – Recurso improvido" (Apelação nº 0018835-12.2011.8.26.0047, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. 02/12/2013).

No que tange ao pedido de pagamento de horas extras, os cartões de ponto juntados aos autos (fls. 161/182) demonstram de forma clara que a autora ocasionalmente excedia a jornada de 06 horas de trabalho, sendo devidas as horas extras trabalhadas, o que deverá ser objeto de apuração em liquidação de sentença.

Ressalte-se que o pagamento adicional para as horas extras tem previsão na Lei Municipal nº 2.861/91, *in verbis:*

"Artigo 88 – Será concedida gratificação ao funcionário:

(...)

II – pela prestação de serviços extraordinários;".

"Artigo 90 – Terá direito a gratificação por serviços extraordinários, o funcionário que prestar serviços fora do horário normal de trabalho, desde que convocado pela chefia a que estiver subordinado.".

Quanto aos acessórios da condenação, pequeno reparo merece a r. sentença, o que será feito de ofício. Sobre as parcelas vencidas deverão incidir correção monetária desde quando se tornaram devidas (art. 116 CE e Súmula 682 do STF) pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, e juros de mora de 6% ao ano a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180/01, ante a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09 (ADI 4.357 e 4.425).

Por fim, não sendo líquida a sentença, a condenação em honorários advocatícios somente ocorrerá quando liquidado o julgado, nos termos do art. 85, § 4º, II, CPC, provendo-se para tanto, em parte, o reexame necessário.

Por essas razões, acolhe-se, em parte, o reexame necessário, negando-se provimento ao recurso, com observação nos termos acima especificados.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0026690-76.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o Conflito para fixar a competência da C. 8ª Câmara de Direito Público, vencido o Des. Leonel Costa, que não declarará voto", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.016)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, LUIS GANZERLA, RODRIGUES DE AGUIAR, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, EDUARDO GOUVÊA, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, LEONEL COSTA, REBOUÇAS DE CARVALHO, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, PAULO GALIZIA, NELSON BIAZZI, VICENTE DE ABREU AMADEI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 9 de junho de 2017.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: Conflito de competência – Ação anulatória de auto de infração – Estabelecimento comercial autuado por permanecer aberto após uma hora da manhã, sem isolamento acústico e com venda de bebida alcóolica – Matéria eminentemente de direito administrativo – Questão ambiental apenas tangenciada – Competência das Câmaras Ambientais que não se justifica na hipótese – Precedentes.

Conflito de Competência procedente para fixar a competência da C. 8ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela C. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, figurando como suscitada a C. 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da ação anulatória ajuizada por THE WEEK ENTRETENIMENTO LTDA. em face de MUNICÍPIO DE SÃO PAULO alegando que foi autuada duas vezes por agentes do réu (autos de infração 34-013.193-4 e 34-012.732-5) e, nos termos do inciso III, do artigo 148 da Lei 16.402/2016, caso seja lavrada a terceira multa, ocorrerá o fechamento administrativo. Requereu a concessão da tutela antecipada para o fim de suspender os efeitos dos autos de infração 34-013.193-4 e 34-012.732-5; suspender a eficácia e aplicabilidade do art. 147 "caput" e §1º da Lei Municipal 16.402/2016 e do art. 12 do Decreto 57.443/2016, ou seja, que seja vedado à administração pública utilizar os referidos dispositivos legais, para fiscalizar a autora, mas sim, que a fiscalização seja realizada nos termos disposto no art. 146, §1º da Lei 16.402/2016, a fim de controlar os níveis de ruído produzidos pela autora durante seu funcionamento, dispositivo legal que determina o uso de sonômetro (decibelímetro) devidamente aferido, no ato da fiscalização, até porque, a autora possui laudo acústico, afastando-se quaisquer medidas punitivas pelo simples fato da autora comercializar bebida alcoólica em seu estabelecimento em local aberto.

A tutela de urgência foi indeferida (fls. 13), tendo sido interposto agravo de instrumento.

O recurso de agravo de instrumento foi inicialmente distribuído à C. 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, monocraticamente, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição dos autos para uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 184/190).

Redistribuídos os autos à C. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, esta suscitou conflito de competência perante a C. Turma Especial da Seção de Direito Público deste Tribunal, em v. acórdão de fls. 197/203.

É o relatório.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela C. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, figurando como suscitada a C. 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da ação anulatória de auto de infração ajuizada por THE WEEK ENTRETENIMENTO LTDA. em face do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

Respeitado o entendimento explicitado na r. decisão monocrática da lavra do ilustre e culto Relator Antonio Celso Faria, da C. 8ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público, tenho que a competência para a matéria não é das Câmaras Ambientais.

Conforme dispõe o artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se* ***pelos termos do pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.*

Com efeito, a análise da petição inicial e dos termos dos pedidos aduzidos em fls. 50/53 não deixa dúvida de que se trata de pretensão eminentemente de direito administrativo. O autor não vem a juízo em defesa do meio ambiente, mas sim em defesa de sua atividade comercial.

Os auto de infração (fls. 101 e fls. 103) foram lavrados em razão da manutenção do estabelecimento aberto após uma hora da manhã, com área sem isolamento acústico e com pessoas consumindo bebida alcóolica, nos termos do artigo 147 da Lei 16.403/2016:

Art. 147. Os estabelecimentos que comercializem bebida alcoólica e que funcionem com portas, janelas ou quaisquer vãos abertos, ou ainda, que utilizem terraços, varandas ou espaços assemelhados, bem como aqueles cujo funcionamento cause prejuízo ao sossego público, não poderão funcionar entre 1h e 5h.

O § 1º do artigo 147 supra transcrito dispõe que: *A fiscalização da infração ao disposto no "caput" deste artigo independe de medição por sonômetro*, ao passo que a empresa autora defende a utilização de sonômetro.

Destarte, ainda que haja um debate a respeito da poluição sonora, prevalece a questão de direito administrativo: a legalidade do ato administrativo, constitucionalidade da lei municipal, poder de polícia da administração, etc.

A matéria vem sendo julgada pelas Câmaras de Direito Público Geral:

APELAÇÃO DA AUTORA - Ação de anulação de multa administrativa - Alegação de que a autora foi autuada e multada por hipotética emissão de ruído em nível superior ao permitido por lei, mais precisamente, do estabelecimento comercial onde exerce sua atividade produziu-se ruído acima do nível legal e, que não foi realizada qualquer medição por parte dos agentes públicos e, ainda, a multa imposta é desproporcional ao valor do imóvel bem como do aluguel pago - Pretensão de nulidade da penalidade que lhe foi imposta consiste na multa arbitrada em R$ 34.600,05, sem prejuízo das demais cominações legais - A infração identificada resultou da subsunção da circunstância fática do estabelecimento da autora, às 2:25 horas da manhã, do dia 24.03.2013, aos termos da Lei Municipal nº 12.879/99 que disciplina o horário de funcionamento dos bares no Município da Capital - A autora não dispõe de licença para o exercício de suas atividades, de acordo com o Auto de Multa reproduzido às folhas 07 - O Laudo de inspeção (fls. 29), detalha que o estabelecimento comercial da autora efetivamente encontrava-se em pleno exercício às 2:25

Acesso ao Sumário

horas, com portas abertas, sem segurança e sem estacionamento, com cerca de trinta pessoas na maioria em pé, com som de teclado e, no momento da vistoria com música mecânica, com consumo de cerveja - Sentença que julgou improcedente a ação, mantida - Recurso da autora, improvido. (Apelação 1042973-03.2014.8.26.0053; Relator(a): Marcelo L Theodósio; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/11/2016; Data de registro: 09/11/2016)

Ação ordinária. Fechamento de estabelecimento. Município de São Paulo. Lei Municipal nº 12.879/99 que prevê o funcionamento dos bares até a 01 hora. Autor autuado funcionando após o horário permitido. Segunda autuação que acarreta no fechamento do bar. Ausência de comprovação de autorização municipal ou de cumprimento dos requisitos legais que permitam ao autor funcionar após a 01 hora. Sentença de improcedência. Recurso do autor não provido. (Apelação 1012324-55.2014.8.26.0053; Relator(a): Carlos Violante; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/02/2016; Data de registro: 18/02/2016)

AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA - Estabelecimento Comercial - Autuação por desrespeito ao limite de emissão de ruídos - Alegação de vícios no auto de infração – Inocorrência - Exercício regular do Poder de Polícia pela Municipalidade - Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos - Fixação de penalidade que obedeceu ao limite imposto pela legislação pertinente. Recurso improvido. (Apelação 0011968-82.2011.8.26.0053; Relator(a): Cristina Cotrofe; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 12/06/2013; Data de registro: 13/06/2013)

Por todo o exposto, pelo meu voto, o conflito é conhecido para fixar a competência da C. 8ª Câmara de Direito Público.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1018454- 90.2016.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são embargados SOLANGE MARIA ZAMBONI e ELOA PESSOA DA SILVA HARADA

Acesso ao Sumário

TEIEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 27 de junho de 2017.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Afastamento completo da Lei 11.960/2009 pelo acórdão recorrido. Inocorrência. Acórdão que expressamente determinou o cálculo dos juros moratórios com base no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. Correção Monetária. Decisão embargada que havia determinado o cálculo da correção monetária pela Tabela prática do Tribunal de Justiça já adaptada nos termos da modulação dos efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425. Aplicação do índice previsto na Lei nº. 11.960/09 para fins de correção monetária. Impossibilidade. Adoção da Tabela Prática deste Tribunal para fins de correção monetária. Possibilidade. Prequestionamento. Observância do disposto no art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil. Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão de turma julgadora desta 10ª Câmara de Direito Público que, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pela Fazenda Estadual e ao reexame necessário (fls.78/83).

Acesso ao Sumário

Em suas razões, a embargante afirma que o acórdão deixou de aplicar a Lei 11.960/2009 levando em consideração a decisão do STF na ADI 4.357, datada de 17/04/2015, na qual o Plenário Virtual declarou a repercussão geral da questão relacionada à validade dos índices de correção monetária e juros de mora decorrentes da Lei nº. 11.960/09 (Tema nº. 810), pois a eficácia da decisão nas ADIs 4.357 e 4.425 é limitada ao rito dos precatórios. Assevera que afastar a aplicação da Lei nº. 11.960/09, por conta da ADI 4357, acaba por afrontar a competência do STF para decidir em último grau sobre a constitucionalidade

das leis, nos termos do artigo 102, I, "a", e III, da CF. Requer o acolhimento dos embargos a fim suprir a omissão quanto ao princípio da reserva de plenário (artigo 97 da CF), cuja observância é obrigatória para a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 11.960/09, sob pena de ofensa à competência do STF, bem como para fins de prequestionamento dos artigos 97 e 102, I, "a", e III, da CF e Súmula Vinculante nº. 10, violados pelo acórdão. (fls. 01/03 dos embargos de declaração)

Embargos tempestivos.

É O RELATÓRIO.

Diferentemente do que afirma a embargante, a decisão embargada não afastou por completo a aplicação da Lei nº. 11.960/09 em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.357, pois constou do acórdão que os juros moratórios deverão ser calculados de acordo com o disposto no artigo 1º-F da Lei nº. 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº. 11.960/09 (fls.82).

Em relação à correção monetária, a turma julgadora esclareceu que o Superior Tribunal de Justiça, adotando a modulação aplicada na ADI nº4357/DF firmou o seguinte entendimento:

> *"a partir da* ***declaração de inconstitucionalidade*** *parcial do* ***art. 5º da Lei 11.960/09****: a)* ***a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança****; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para a qual prevalecerão as regras específicas.* ***Nesse sentido, a correção monetária incidirá desde o vencimento da obrigação, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça*** *e os juros moratórios, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, mantida a redação da Lei nº 11.960/09".* (Recurso Repetitivo Resp nº 1.270.439/PR - art. 543-C do CPC) (fls.82 dos autos principais)

Desse modo, não há que se falar em equívoco no concernente ao afastamento da incidência da Lei nº 11.960/2009 quanto à correção monetária, pois os fundamentos do acórdão acompanharam a modulação adotada na ADI nº4357/DF, aplicando o decidido pelo o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso repetitivo no REsp nº 1.270.439/PR (art. 543-C do CPC), tal qual o mencionado às fls. 82.

Portanto, conforme já decidido pelo v. acórdão, a correção monetária, que deve ser feita a partir das datas em que as prestações se tornaram devidas, terá por base a Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo. Por sua vez, os juros moratórios serão calculados com base no art. 1º-F da Lei 9.494/97,

Acesso ao Sumário

mantida a redação dada pela Lei 11.960/2009.

No mais, como é cediço, os embargos são inábeis para o objetivado prequestionamento de questões a serem submetidas a outra instância recursal. Prestam-se somente a esclarecer, se existentes, contradições, omissões e obscuridades no julgado, e não para adequar a decisão ao entendimento dos embargantes. Enfim, mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil. Estes, como se viu, não foram preenchidos e como já se decidiu:

"*Por oportuno, finda-se por aduzir que não basta fundamentar nos Embargos de Declaração notório propósito de prequestionamento para fins de manejo de eventuais recursos constitucionais, havendo necessidade de que efetivamente exista na decisão combatida ponto a ser aclarado em vista de obscuridade, contradição ou omissão, hipóteses que não ocorrem nos embargos 'sub judice'*." **(Embargos de Declaração nº 992.05.078917-0/50000, 32ª Câmara de Direito Privado, E. TJ/SP. rel. Des. ROCHA DE SOUZA, j. 08/10/2009).**

Pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração.

Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0034345-02.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DA 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.178)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RODRIGUES DE AGUIAR, TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO

Acesso ao Sumário

DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, BORELLI THOMAZ, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, JARBAS GOMES, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, CARLOS EDUARDO PACHI, EDSON FERREIRA, LUCIANA BRESCIANI, MÔNICA SERRANO e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 4 de agosto de 2017.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – Controvérsia das Câmaras de Direito Público quanto à natureza, características e extensão da Gratificação de Gestão Educacional, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256/2015, notadamente acerca da possibilidade, ou não, da extensão de seu pagamento aos servidores inativos – Possibilidade de acolhimento do incidente – Inteligência dos arts. 976 e seguintes, do CPC/2015 – Requisitos legais preenchidos – Insegurança jurídica e risco de julgamentos não isonômicos que se fazem presentes – Incidente acolhido.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ***incidente de resolução de demandas repetitivas*** (IRDR) suscitado pela **10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**, nos autos da Apelação Cível nº 1021671-78.2015.8.26.0053, tendo por objeto a pacificação da divergência instaurada no âmbito deste Tribunal a respeito da natureza, das características e da extensão da chamada Gratificação de Gestão Educacional (GGE), instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256/2015, especialmente acerca da possibilidade ou não de sua extensão aos respetivos servidores.

2. Colhe-se dos autos que os autores são servidores públicos estaduais aposentados, antigos integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério da Secretaria de Educação Estadual, e, segundo alegam, a Administração Estadual não estaria realizando o pagamento de seus proventos de maneira correta, uma vez que não lhes teria sido concedido o acréscimo patrimonial relativo à ***Gratificação de Gestão Educacional (GGE)***, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256/2015.

Acesso ao Sumário

3. Nesta linha, argumentaram que, embora disfarçada de gratificação eventual, a aludida vantagem representou verdadeiro acréscimo aos vencimentos integrais dos servidores da ativa, devendo, por isso, ser estendida aos inativos à luz do que dispunha a antiga redação do artigo do art. 40, §8º, da CF/88, cujo comando normativo atualmente se encontra previsto no artigo 7º da Emenda Constitucional nº 41/03.

4. Em vista dessas circunstancias, ajuizaram ação ordinária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da gratificação prevista na LCE nº 1.256/2015, bem como das diferenças vencidas, apostilando-se (fls. 01/09).

5. Após a instrução do feito, **foi proferida r. sentença** pelo Juízo de primeiro grau de procedência da demanda, sob o fundamento de que a Gratificação de Gestão Educacional (GGE) foi de fato instituída em caráter geral, a todos os servidores integrantes das classes de suporte pedagógico do quadro de magistério, independentemente de qualquer atividade especial ou avaliação de desempenho, tratando-se, portanto, de aumento disfarçado de vencimentos. Assim, houve por bem condenar a autarquia-ré a implementar a "*gratificação aos proventos dos autores, apostilando-se o título, com reflexos no cálculo do adicional por tempo de serviço e da sexta parte*", bem como ao pagamento das parcelas vencidas e vincendas até a respectiva implementação (fls. 132/134).

6. Inconformada com o *decisum*, a SPPREV interpôs recurso de apelação (fls. 136/143), defendendo, em síntese, a impossibilidade de extensão do pagamento da aludida gratificação aos inativos, porquanto, por expressa previsão legal, apenas os servidores em efetivo exercício fazerem jus ao seu percebimento. Acrescentou, ainda, que a benesse teria sido instituída como espécie de contrapartida da exigência de realização de avaliação de desempenho imposta pela LCE nº 1.256/2015 aos diretores de escola, fato este que descaracterizaria a alegada "natureza remuneratória geral". Assim, ao final, requereu o provimento do recurso, julgando-se improcedente a pretensão inicial.

7. Ato contínuo, quando do julgamento do apelo interposto, a 10ª Câmara de Direito Público, por unanimidade de votos, ao entender se tratar de tema controvertido na jurisprudência, propôs a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, para fins de uniformização da matéria no âmbito deste E. Tribunal de Justiça (fls. 278/288), o qual, ao seu turno, foi distribuído à esta C. Turma Especial da Seção de Direito Público (fls. 291).

Este é, em síntese, o relatório do quanto até aqui processado.

8. Diante das razões até aqui expostas, e, ainda, ante a relevância do tema, tem-se que o presente incidente de resolução de demandas **merece ser acolhido** por esta Turma Especial de Direito Público.

9. De acordo com o que dispõe o **art. 976**, do CPC/2015, é cabível a instauração do ***incidente de resolução de demandas repetitivas*** quando

Acesso ao Sumário

houver, simultaneamente: ***(i)*** efetiva repetição de processos; ***(ii)*** que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; além do ***(iii)*** risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. *In verbis*:

> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
>
> I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
>
> II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.
>
> § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.
>
> § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.
>
> § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.
>
> § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.
>
> § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.
>
> **Art. 977**. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:
>
> I - pelo juiz ou relator, por ofício;
>
> II - pelas partes, por petição;
>
> III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.
>
> Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

9. Adira-se, ainda**,** ***(iv)*** a inexistência de incidente análogo já afetado às Cortes Superiores (§4º, do art. 976, do CPC/2015); e ***(v)*** a pendência de recurso, reexame necessário ou de processo de competência originária do Tribunal, em relação à causa principal que originar o incidente (art. 978, parágrafo único, do CPC/2015).

9. Consoante acima referido, o **primeiro requisito** para a admissibilidade do IRDR é a *multiplicidade de processos*[1]. E o que se entende por "multiplicidade"? Bem, trata-se de conceito indeterminado, já que não se pode afirmar com precisão que qualquer número acima de 2, já configuraria a desejada "multiplicidade".

1 Este, aliás, é o principal requisito que diferencia o IRDR do Incidente de Assunção de Competência (art. 947, do CPC/2015).

9. Em verdade, este pressuposto [e o seu conceito] está intimamente relacionado com o **segundo requisito**, qual seja o *risco de julgamentos não isonômicos OU em afronta à segurança jurídica*. Ora, o IRDR foi pensado justamente como ferramenta de uniformização de julgados a respeito de uma mesma matéria de direito (Ex.: Base de cálculo do quinquênio de servidores estaduais).

Assim, de fato, um único processo não gera insegurança jurídica, nem quebra da isonomia. Todavia, verificada a proliferação de decisões conflitantes [ou risco de], já se mostra viável a instauração do incidente. Sobre o tema, veja-se o **Enunciado n. 87**, aprovado no I Encontro do *Fórum Permanente de Processualistas Civis*:

> ***Enunciado nº 87****. (art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas).*

In casu, respeitado entendimento contrário, observa-se existir **grave insegurança jurídica**, porquanto não raro são encontradas decisões conflitantes proferidas por esta C. Corte de Justiça.

Com efeito, é possível observar que **não há uma unanimidade** entre as diversas Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça acerca da questão de mérito aventada na presente demanda, a dizer, a possibilidade, ou não, da extensão do pagamento da Gratificação de Gestão Educacional (GGE), instituída pela LCE nº 1.256/2015, aos servidores inativos do quadro de magistério da Secretaria da Educação.

Neste sentido, na linha do quanto didaticamente demonstrado no voto proferido pelo i. Des. Relator Torres de Carvalho (fls. 279/288), observa-se que as **C. Primeira, Segunda, Terceira, Quinta (por maioria), Sexta, Sétima, Oitava, Nona, Décima (por maioria),** e **Décima Segunda** Câmaras de Direito Público entendem que a referida gratificação corresponde de fato a um aumento geral de vencimentos, paga indistintamente aos servidores da ativa, independentemente da constatação de situação especial anômala ou de condições pessoais e específicas dos servidores:

> APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – GRATIFICAÇÃO DE GESTÃO EDUCACIONAL – CORREÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA – Pretensão de extensão aos servidores inativos da Gratificação de Gestão Educacional, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256/15 em favor dos integrantes da ativa das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério paulista – Procedência da ação pronunciada em Primeiro Grau – Natureza remuneratória, caráter geral e impessoal da vantagem caracterizados – Possibilidade de

Acesso ao Sumário

extensão aos autores – Paridade dos proventos prevista nos arts. 6º e 7º da EC nº 41/03 – Aplicação da Súmula nº 31 deste Tribunal – Precedentes desta E. Corte – Aplicação do índice de juros de mora previsto na Lei 11.960/09 – Impossibilidade – Declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, da norma contida no art. 5º da sobredita lei, reconhecida pelo STF – ADI'S nº 4.357 e 4.425 – Termo inicial para cálculo da correção monetária e dos juros de mora dá-se, respectivamente, desde a época que seriam devidas cada uma das parcelas e desde a citação válida – Precedentes do C. STJ – Sentença parcialmente reformada – Reexame necessário desacolhido, apelo voluntário da SPPREV improvido e apelo voluntário dos autores parcialmente provido. **(TJSP, Apelação nº 1027991-13.2016.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, j. em 20.06.2017).**

APELAÇÃO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. INATIVOS. Integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério na Secretaria da Educação. Pretensão ao recebimento da Gratificação de Gestão Educacional (GGE), instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256/15. Admissibilidade. Vantagem de caráter geral. Precedentes. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. **(TJSP, Apelação nº 1042892-83.2016.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, Relª. Desª. Vera Angrisani, j. em 03.07.2017).**

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS INATIVOS – GRATIFICAÇÃO DE GESTÃO EDUCACIONAL (GGE), INSTITUÍDA PELA LCE Nº 1.256/2015 – Pedido de extensão da gratificação aos inativos – Sentença de improcedência – Recurso dos autores – Provimento de rigor. GGE – Pagamento da vantagem não pressupõe a sujeição do servidor a qualquer condição especial de trabalho ou função que a justifique – Verba de caráter genérico e permanente, extensível, indiscriminadamente, a todos os servidores do quadro – Extensão aos inativos de rigor, por força da paridade remuneratória preconizada pela Constituição Federal (art. 40, § 8º). Recurso provido. **(TJSP, Apelação nº 1004590-50.2015.8.26.0269, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Camargo Pereira, j. em 21.02.2017).**

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – SERVIDOR ESTADUAL INATIVO – MAGISTÉRIO – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE GESTÃO EDUCACIONAL – POSSIBILIDADE. 1. A Gratificação de Gestão Educacional é adimplida em favor dos servidores públicos ativos, independentemente do preenchimento de quaisquer condições. 2. Reconhecimento do caráter genérico do referido benefício, caracterizando, pois, o aumento disfarçado de vencimentos. 3. Hipótese de pagamento e extensão aos inativos e pensionistas. 4. Aplicação do princípio da paridade constitucional. 5. Impossibilidade de utilização da TR, para a incidência de correção monetária, tendo em vista o reconhecimento, por arrastamento, pelo E.

Acesso ao Sumário

STF, da inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.960/09, no julgamento das ADI nos 4.357 e 4.425. 6. Ação de procedimento ordinário, julgada procedente. 7. Sentença, ratificada. 8. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte ré, desprovidos, por maioria de votos. **(TJSP, Apelação nº 1022066-70.2015.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Francisco Bianco, j. em 05.06.2017).**

APELAÇÃO – Ação declaratória – Servidora Pública Estadual aposentada – Gratificação de Gestão Educacional (GGE) instituída pela LC estadual 1.256/2015 – Extensão aos inativos – Sentença de improcedência – Pretensão de reforma – Possibilidade – Caráter geral da gratificação – Aumento dos vencimentos dos servidores ativos que deve guardar paridade com inativos – Precedentes desta Col. 6ª Câmara de Direito Público – Súmula nº 31 deste E. Tribunal de Justiça – Precedente do Col. STF – Aplicação da Lei nº 11.960/09 para cálculo dos juros e correção monetária, em razão de não terem sido modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade – Apelação provida. **(TJSP, Apelação nº 1003451-63.2015.8.26.0269, 6ª Câmara de Direito Público, Relª. Desª. Maria Olívia Alves, j. em 24.10.2016).**

AÇÃO ORDINÁRIA – Gratificação de Gestão Educacional – GCE – Lei Complementar nº 1.256/15 – Vantagem concedida aos ativos, que não é transitória e nem devida por prestação de serviço em caráter extraordinário e contingente – Extensão aos inativos e pensionistas – Não têm relevo as alterações promovidas pela EC 41/03, diante do entendimento da Suprema Corte, no sentido de que não poderiam atingir aqueles que ingressaram no serviço público antes da sua vigência, mesmo que aposentados posteriormente à sua edição – Não bastasse, o entendimento vê-se prestigiado pela regra do artigo 3º e parágrafo único da EC 47/05, dispositivo que se reporta à norma do artigo 7º da EC 41/03, o qual, por sua vez, reproduz a norma do artigo 40, § 8º, da CF, com a redação que lhe dera a EC 20/98 – Recurso de apelação provido. **(TJSP, Apelação nº 1031875-50.2016.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, j. em 06.03.2017).**

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO – Ação ordinária. Servidores públicos inativos. Gratificação de Gestão Educacional (GGE), instituída pela Lei Complementar nº 1.256/2015. Pagamento da vantagem a todos os servidores integrantes das classes de suporte pedagógico do quadro do magistério, indistintamente, sem realização de avaliação de desempenho. Verba de natureza salarial e geral, sem caráter de retribuição por trabalho determinado ou realizado em condições especiais. Possibilidade de extensão aos inativos. Atualização monetária e juros de mora. Necessidade de aplicação da Lei nº 11.960/09 no cômputo dos juros de mora e da correção monetária até o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Tema nº 810. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido. **(TJSP, Apelação nº 1012258-20.2016.8.26.0566, 8ª Câmara de Direito Público, Rel.**

Des. Bandeira Lins, j. em 10.05.2017).

APELAÇÃO – Servidores públicos aposentados integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério da Secretaria Estadual da Educação – Pretensão ao recebimento da Gratificação de Gestão Educacional (GGE) – Lei Complementar nº 1.256/2015 – Natureza remuneratória, geral e impessoal da vantagem – Extensão aos inativos e pensionistas – Admissibilidade – Sentença reformada – Recurso provido. **(TJSP, Apelação nº 1051860-05.2016.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. em 06.07.2017).**

Ação de recálculo de proventos com incorporação da Gratificação de Gestão Educacional – GGE. Servidores públicos estaduais inativos. Pretensão à inclusão da vantagem, em extensão aos inativos, no cálculo do décimo terceiro salário, férias e adicionais temporais. Possibilidade. LCE n.º 1.256/15 que restringe a percepção da vantagem aos servidores em exercício, mas sem trazer justificativa para tanto. Vantagem que possui caráter geral e permanente, constituindo-se em aumento disfarçado de vencimentos, devendo ser estendida aos inativos. Precedentes da Câmara e do Tribunal. Recursos não providos (por maioria). **(TJSP, Apelação nº 1051578- 98.2015.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antônio Aguilar Cortez, j. em 08.05.2017).**

APELAÇÃO CÍVEL – Gratificação de Gestão Educacional (GGE), instituída pela LC nº 1.256/2015 – Pretensão à extensão aos aposentados – Admissibilidade – Entendimento do artigo 40, § 8º da CF/88 – Tratamento paritário garantido pelas EC 20/98, 41/03 e 47/05 – Benefício instituído de forma genérica, a todos integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério, o que caracteriza aumento de vencimentos sob a denominação de gratificação – Correção monetária e juros de mora – Aplicação do REsp nº1.270.439/PR – Recurso provido **(TJSP, Apelação nº 1003453-33.2015.8.26.0269, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, j. em 12.04.2017).**

Em contrapartida, a **Quarta**, a **Décima Primeira, Décima Terceira**, bem como **parte da Quinta e da Décima** Câmaras de Direito Público entendem, por sua vez, que, na linha do quanto expressamente previsto no art. 8º, da Lei Complementar nº 1.256/2015, a pretendida gratificação não poderia ser caracterizada como verba de caráter geral e indistinto, posto ser devida somente àqueles servidores em efetivo exercício, não sendo, assim, possível sua extensão aos inativos:

Servidores públicos estaduais inativos e pensionistas. Pretensão de recebimento da Gratificação de Gestão Educacional (GGE). Impossibilidade. Lei Complementar nº 1.256/2015. Vantagem de natureza "pro labore faciendo". Ação ora julgada improcedente. Recursos, oficial e voluntário, providos. **(TJSP, Apelação nº 1034358-53.2016.8.26.0053, Rel. Des. Luís Fernando Camargo de Barros Vidal, 4ª Câmara de Direito Público, j. 10.04.2017).**

Acesso ao Sumário

SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS INATIVOS. Gratificação de Gestão Educacional – GGE. Benefício que possui natureza "pro labore faciendo" e não ostenta o apontado caráter geral, de vez que a Lei Complementar Estadual nº 1.256/2015, concedeu-a somente aos servidores integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério, restringindo o deferimento da verba àqueles em efetivo exercício na Secretaria da Educação, vedando-a aos afastados para o exercício de funções estritamente administrativas, como também estabeleceu a condição de prévia percepção da gratificação em atividade para que, na proporção de 1/30 avos por ano, fosse computada no cálculo dos proventos de aposentadoria. Sentença de procedência da ação. Reforma. RECURSO DA SPPREV PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DOS AUTORES. **(TJSP, Apelação nº 1020439-31.2015.8.26.0053, Rel. Des. Jarbas Gomes, 11ª Câmara de Direito Público, j. 25.10.2016).**

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR INATIVO. GRATIFICAÇÃO DE GESTÃO EDUCACIONAL GGE. Vantagem remuneratória instituída pela Lei Complementar nº 1.256/2015. Sentença de improcedência na origem. Inconformismo da autora. Descabimento. Gratificação de cunho específico, tanto sob o aspecto subjetivo, quanto objetivo (funcional). Requisitos para percepção e incorporação que exigem o efetivo desempenho da atividade dos integrantes da classe de suporte pedagógico. Necessidade, ainda, de avaliação periódica de desempenho para a função de direção e gestão educacional por três anos, no caso dos supervisores. Caráter genérico afastado. Precedentes. Honorários advocatícios majorados para 11%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015. Decisão mantida. Recurso não provido.

(TJSP, Apelação nº 1040999-91.2015.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. em 05.04.2017).

À vista do quanto acima exposto, e em face da oscilação de entendimentos adotados pelas Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, **tem-se estarem presentes elementos aptos a ensejarem insegurança jurídica das partes, bem como julgamentos não isonômicos**. Como bem observou o i. Desembargador Relator Torres de Carvalho (fls. 287/288):

"(...) A decisão envolve a interpretação da lei estadual, de competência exclusiva do tribunal; é patente e efetiva a repetição de processos contendo controvérsia sobre a questão de direito que atinge diretamente milhares de servidores como potenciais litigantes, além daqueles que já propuseram demandas análogas, das quais dezenas já foram apreciadas por este Tribunal; atendido, portanto, o requisito quantitativo disposto no inciso I, do art. 976 do Novo Código de Processo Civil.

O risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica também é latente, na forma do inciso II, do art. 976 do CPC; atinge todos os integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério da Secretaria

Acesso ao Sumário

> de Estado da Educação e exige solução uniforme, para os que os interessados saibam a extensão do direito e a administração saiba a quem pagar a gratificação; exige-se o pagamento isonômico do benefício a todos que a ela tenham direito e a abstenção do pagamento àqueles que não preencham os requisitos legais para tanto; a segurança jurídica da administração é abalada pela imprevisibilidade orçamentária advinda do ajuizamento de centenas de ações, cujos resultados são hoje disformes. É preciso, ainda, por cobro a essa litigância repetida, que decorre da incapacidade que as Câmaras vêm encontrando, pelo processo da depuração natural, para chegar a um entendimento comum, evitando-se, assim, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica não apenas dos integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério da Secretaria da Educação, como também do próprio Estado, razão pela qual também configurado o elemento qualitativo necessário para a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (...)".

9. Ato contínuo, o **terceiro requisito** alude à *controvérsia unicamente de direito*. A despeito de toda crítica que se possa fazer a esta expressão (impossibilidade de dissociar "questões de fato" de "questões de direito" – cf. expõe o doutrinador MARCELO NEVES), certo é que desde o Código de Processo Civil de 1973 já se falava em matéria unicamente de direito (*e.g.* art. 285-A, do CPC/73) e, com ela, pretende-se dizer que a controvérsia sub examine prescinde de qualquer espécie de dilação probatória (inclusive, documental), ou seja, revela situação de mera interpretação da norma, podendo ser aplicada a qualquer situação fática análoga que se apresente em Juízo.

9. O quarto **requisito corresponde** a um pressuposto negativo, qual seja: *a inexistência de IRDR oriundo de Recurso Especial ou Extraordinário já afetado para julgamento de matéria idêntica.* É o que dispõe o §4º, do art. 976, do CPC/2015:

> Art. 976. (...)
>
> § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

9. Resta, enfim, tecer alguns comentários a respeito do **quinto requisito** para admissibilidade do IRDR, qual seja a pendência de recurso, reexame necessário ou de processo de competência originária do Tribunal, em relação à causa principal que originar o incidente (art. 978, parágrafo único, do CPC/2015).

Aqui, fica o seguinte **questionamento**: Se o incidente foi ajuizado após de deflagrada a competência do Tribunal (ou seja, após o julgamento do recurso de apelação), ainda que tenham sido interpostos recursos especial e extraordinário e já existam outros recursos sobre a matéria em diferentes processos pendentes

Acesso ao Sumário

de julgamento, merece o incidente ser conhecido?

Com efeito, não se pode olvidar do disposto no **art. 978, parágrafo único**, segundo o qual: "*O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária* ***de onde se originou o incidente***"[2].

Destarte, **em exercício hermenêutico** acerca de referida norma, pressupõe-se o esgotamento da primeira instância e a pendência de recurso para adequada aplicação das regras pertinentes ao incidente, sob o risco de supressão do Juízo "a quo", o que não se pode admitir.

Por oportuno, e evidenciando a instigante controvérsia doutrinária, registrem-se outras considerações levadas a efeito pelos doutrinadores que integraram o *Fórum Permanente de Processo Civil,* transformadas em **Enunciados Interpretativos**:

> ***(FPPC) Enunciado n.º 342 do FPPC****: O incidente de resolução de demandas repetitivas* ***aplica-se*** *a* ***recurso****, a* ***remessa necessária*** *ou a qualquer* ***causa de competência originária****. (Grupo: Precedentes)*
>
> ***(FPPC) Enunciado n.º 344 do FPPC****: A instauração do incidente* ***pressupõe*** *a existência de processo pendente no respectivo tribunal. (Grupo: Precedentes)*

Ainda, seguindo didática lição de FREDIE DIDIER JR., eminente processualista e integrante da *comissão de juristas* para a elaboração do novo diploma adjetivo, para quem[3]:

> "O IRDR é, como seu próprio nome indica, um incidente. Trata-se de um incidente, instaurado num processo de competência originária ou em recurso (inclusive na remessa necessária). Instaurado o incidente, transfere-se a outro órgão do mesmo tribunal a competência funcional para julgar o caso e, igualmente, fixar o seu entendimento a respeito de uma questão jurídica que se revela comum em diversos processos.
>
> Essa transferência não ocorrerá quando o órgão colegiado do tribunal, competente para o julgamento do IRDR, também tiver competência para o julgamento da causa de competência originária ou do recurso. Em tribunais menores, isso será mais frequente.
>
> Há, no IRDR, a transferência de competência a outro órgão do tribunal para fixar a tese a ser aplicada a diversos processos e, ao mesmo tempo, a transferência do julgamento de pelos menos dois casos: esse órgão do

Acesso ao Sumário

2 Art. 978. O julgamento do incidente caberá **ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal**. (**Órgão Especial ou Turmas Especiais – arts. 13 e 32, do RITJSP**)

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

3 Didier Jr., Fredie, ***Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal***/Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13ª Ed., Salvador: *Jus*PODIVM, 2016, pp. [*].

tribunal, que passa a ter competência para fixar o entendimento aplicável a diversos casos, passa a ter competência para julgar os casos que lhe deram origem (art. 978, par. ún, CPC). Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. **O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal.** Se não houver caso em trâmite no tribunal, não se terá um incidente, mas um processo originário. E não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais. (...) O legislador ordinário pode - e foi isso que fez o CPC - criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso que não se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando no tribunal.".

A respeito *da necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente*, prossegue o ilustre doutrinador: *"(...) é preciso que haja causa pendente no tribunal. O IRDR é instaurado a partir de um caso que esteja no tribunal, seja um processo originário, seja um recurso (inclusive a remessa necessária). Somente cabe o IRDR enquanto pendente causa de competência do tribunal. A causa de competência do tribunal pode ser recursal ou originária. Caberá o IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária.* ***Se já encerrado o julgamento, não cabe mais o IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada.***".

Conclui-se, portanto, que o pedido de instauração do incidente somente é possível enquanto ainda não julgado o processo causador do incidente. Isso porque, somente após julgado o incidente será o processo que lhe deu origem analisado, pelo Juiz de Primeiro Grau, se ainda não proferida sentença, ou pelo Tribunal, se em grau recursal, aplicando-se, então, a tese firmada.

Importante considerar que a peculiaridade de a lei adjetiva conferir legitimidade ao magistrado de primeiro grau para instaurar o referido incidente (art. 977, inciso I, do CPC/2015), **não ilide** a conclusão exposta.

Ao juiz confere-se legitimidade para suscitar o "IRDR", mas não a qualquer juiz. Deve ser um juiz que tenha sob sua presidência uma causa que apresente uma questão de direito repetitiva, que merece ser submetida a um IRDR. É preciso, porém, como já demonstrado, que haja uma causa pendente no tribunal. O juiz pode requerer ao tribunal, então, que suscite, numa das causas ali pendentes, o IRDR.

Pode, até mesmo, ser um juiz vinculado aos **Juizados Especiais**, que não terá um processo seu apreciado pelo tribunal – em virtude da competência recursal afeta aos *colégios recursais* –, mas que, pela via do *incidente de resolução de demandas repetitivas*, poderá ver definida a tese relativa a uma

Acesso ao Sumário

questão de direito que esteja sendo discutida em causas repetitivas no âmbito de sua jurisdição.

Destarte, sem se desconhecer brilhantes teses em sentido antagônico ao aqui adotado – pela desnecessidade da pendência de causa no Tribunal[4] – tem-se que estão preenchidos todos os ***requisitos de admissibilidade*** imprescindíveis ao regular (e eventual) processamento do respectivo incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos da fundamentação.

Diante dos fundamentos jurídicos acima expostos, **ADMITE-SE** o presente incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pela C. 10ª Câmara de Direito Público, nos termos dos arts. 976 e ss., do CPC/2015.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2001901-76.2017.8.26.0000, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é impetrante IDIEL MACKIEVICZ VIEIRA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CÍVEL DA COMARCA DE PRESIDENTE EPITÁCIO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.192)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de junho de 2017.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

4 Para SOFIA TEMER, haveria inconstitucionalidade formal no parágrafo único do art. 978 do CPC, de modo que não é necessária a existência de causa no tribunal para que se admita a instauração do IRDR (TEMER, Sofia Orberg. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização. cit., p. 83-87). Também entendendo ser desnecessária a existência de causa pendente no tribunal: BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 613; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 580-581.

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. DESCABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA NOS TERMOS DO PARÁGRAFO 5º, DO ARTIGO 6º, DA LEI 12.016/09.

Impetração formulada contra aresto lançado em agravo de instrumento ao qual se negou provimento. Decisão que transitou em julgado. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, III, da Lei 12.016/09).

SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

IDIEL MACKIEVICZ VIEIRA impetrou mandado de segurança contra ato do **JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CÍVEL DE PRESIDENTE EPITÁCIO**. Alega que o presente mandado de segurança tem o objetivo de assegurar direito pessoal do impetrante, qual seja, seus honorários contratuais e sucumbenciais, porquanto consiste em uma afronta direta à Constituição Federal o ato coator apontado, no que diz respeito ao trabalho do impetrante durante longos anos, tendo em vista a inexistência de qualquer ação contra o impetrante pela CESP, que até a presente data tem se tornado inerte em relação à comprovação da pretensa dívida ou levantamento de valores em outros processos.

Afirma que a empresa sucumbente deve devolver os valores aos autos, pertencentes ao impetrante, ou seja, os seus honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais, sob pena de apropriação indevida, inclusive dos honorários contratados com os clientes.

Aduz que o magistrado, autoridade apontada como coatora, errou ao liberar todos os valores depositados nos autos à CESP, pois o que se discutia eram os juros e atualização judicial, motivo que levou o tribunal a determinar a devolução dos valores depositados à CESP, não à liberação dos honorários do impetrante à CESP.

Pediu a liminar para que se intime a CESP para que efetue a devolução dos honorários do impetrante aos autos, sob pena de lhe serem penhorados via *on line.*

Processado sem liminar (fls. 67/68), vieram as informações da D. Autoridade Impetrada (fls. 72/75).

Acesso ao Sumário

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 106/113).

É o relatório do essencial.

Cumpre esclarecer, de início, que o impetrante já debateu a mesma questão relacionada ao levantamento dos seus honorários em outros três agravos de instrumento, dos quais constaram, resumidamente, seguindo abaixo a ementa do primeiro deles:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – REPARAÇÃO DE DANOS – CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RETENÇÃO DE VERBA HONORÁRIA PARA POSTERIOR COMPENSAÇÃO COM VALORES INDEVIDAMENTE LEVANTADOS EM OUTRO PROCESSO CONTRA A MESMA RÉ, ORA AGRAVADA – QUESTÃO JÁ ATINGIDA PELA COISA JULGADA QUE ADMITIU A COMPENSAÇÃO – COMANDO PARA RETENÇÃO QUE NÃO INOVA NOS AUTOS E SOMENTE GARANTE A EFICÁCIA DO ANTERIOR PROVIMENTO JURISDICIONAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (0076636-90.2012.8.26.0000 Relator(a): Amorim Cantuária; Comarca: Presidente Epitácio; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/11/2012; Data de registro: 08/11/2012).

Constou da fundamentação do julgamento colegiado acima referido que:

> "A irresignação do agravante está centrada na determinação para retenção nos autos dos valores referentes aos honorários advocatícios aos quais afirma fazer jus.
>
> A r. decisão impugnada não padece de vício de fundamentação.
>
> De fato, "o sistema jurídico-processual vigente é infenso às decisões implícitas (CPC, art. 458), eis que todas elas devem ser fundamentadas" (RSTJ 94/57). Nem poderia ser diferente, porque constitui mandamento constitucional (CR/88, art. 93, IX) preceito cuja regra assegura "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (RSTJ 94/57).
>
> A propósito, são relevantes as lições de J. J. Gomes Canotilho ao comentar idêntico mandamento constitucional português: "A exigência da "motivação de sentenças" exclui o caráter voluntarístico e subjetivo da actividade jurisdicional, possibilita o conhecimento da racionalidade e coerência da argumentação do juiz e permite às partes interessadas invocar perante as instâncias competentes os eventuais vícios e desvios das decisões dos juízes" (Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1995, p. 759).
>
> Esse requisito, o "da motivação de sentenças", ainda de

Acesso ao Sumário

conformidade com o ilustre Professor de Coimbra, deve ser lido como verdadeiro mecanismo de controle do Poder Judiciário, cuja previsão tem por escopo evitar que "a independência no exercício da função jurisdicional não transforme os juízes num poder silencioso, opaco e incontrolável" (ob. cit., idem).

Nesta causa, a r. decisão atendeu perfeitamente a exigência da motivação. Apresentou adequada e suficiente fundamentação, tanto que possibilitou ao recorrente deduzir o presente recurso de maneira articulada.

A questão da retenção dos honorários do agravante não é nova nesta causa. Já foi objeto da decisão de fls. 1507/1513 dos autos principais (fls. 91/97 deste caderno processual), lançada em 17 de setembro de 2009 e objeto do AI 9025773-79.2009.8.26.0000 (994.09.258731-2), Rel. Des. LAERTE SAMPAIO e que inclusive já transitou em julgado, estando assim ementado:

"Processo civil. Execução. Honorários. Compensação.

1. É perfeitamente admissível a compensação entre valores recebidos indevidamente a título de honorários em um processo com os efetivamente devidos em outro, quando haja perfeita identidade de credor e devedor, como é o caso.

2. A obrigação de devolver o recebido indevidamente está embasada no princípio que veda o enriquecimento indevido, devendo ser tutelada até mesmo atendendo-se ao princípio da moralidade, que rege o processo civil.

Agravo improvido."

Daquela decisão colegiada, colho a seguinte fundamentação que ora reproduzo, por inteira pertinência:

"Verifica-se das peças processuais juntadas, que o agravante não nega tenha percebido, em outros processos, valores indevidos, que devem ser devolvidos à agravada. Tratam-se, ao que se percebe, de honorários advocatícios sucumbenciais e contratados, que foram levantados pelo agravante nos termos do art. 22, §4º e 23, da Lei nº 8.906/94.

A obrigação de devolver o recebido indevidamente decorre do princípio que veda o enriquecimento ilícito. Por isso, a causa do recebimento – honorária sucumbencial ou contratada – não altera a natureza da situação jurídica, transformando o indevido em devido para obstar a devolução.

É inegável que o agravante pretende se furtar à devolução. Para tanto, pretende o reconhecimento da impenhorabilidade da mesma honorária em outro processo onde ela é devida.

Viola tal pretensão aos princípios da moralidade e da vedação do

Acesso ao Sumário

enriquecimento ilícito.

Sendo a agravada credora dos valores, recebidos indevidamente pelo agravante, nada obsta que sejam compensados com valores a serem pagos em outro processo. Em princípio, se encontram presentes os elementos permissíveis da compensação: os valores recebidos indevidamente são líquidos e a obrigação de devolvê-los é certa, no presente momento.

O ato agravado se reveste, portanto, de plena juridicidade e, tendo eficácia temporária, merece mantida até que a situação nos outros processos se apresente definitiva.

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

Como se vê, a r. decisão que determinou a retenção nos autos as quantias que seriam levantadas pelo advogado agravante vem na mesma toada e consonância do que antes já ficara decidido, e o r. provimento jurisdicional impugnado mostra-se plenamente possível, quer por força da coisa julgada existente nos autos, quer pela necessidade de se fazer valer as decisões judiciais e, bem assim, por tudo o mais que já foi dito, ainda guarda uma natureza de provimento jurisdicional cautelar apoiado no poder geral de cautela do magistrado, independentemente dos valores devidos num e noutro processo, ficando tais verbas sujeitas à posterior apuração, quando somente então se poderá pleitear o levantamento de eventual saldo em aberto favorável ao agravante, o que implica na rejeição, também, de seu pedido alternativo.

A providência cautelar de retenção tem por escopo garantir o fim último do processo que é a pacificação social e a eficácia e eficiência das decisões judiciais com trânsito em julgado.

Se o agravante pretende levantar o dinheiro que afirma lhe pertencer a título de justa remuneração pelos serviços advocatícios que prestou, ante a controvérsia estabelecida, recomenda-se, como única alternativa, que ofereça contracautela ao juízo, observando-se o princípio e o respeito à Dignidade da Justiça.

Por ora, não vislumbro em sua conduta qualquer abuso do direito de recorrer ou, ainda, postura que se subsuma as possibilidades de se lhe aplicar as penalidades por litigância de má-fé.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO."

Em 30/01/2013 certificou-se o trânsito em julgado de referida decisão.

Posteriormente, para debater a mesma questão, o impetrante tirou outros dois agravos de instrumento.

Do agravo de instrumento 2216634-97.2016.8.26.0000, por decisão monocrática de 26/10/2016, também com trânsito em julgado já certificado em

Acesso ao Sumário

01/12/2016, constou que:

"Este recurso não passa no juízo de admissibilidade e, por manifesta intempestividade, sequer merece ser processado.

A r. decisão de fls. 3569 dos autos principais (fls. 93 deste caderno processual digital) e que efetivamente decidiu sobre o pedido de devolução formulado restou atingida pela preclusão consumativa, porquanto o agravante, ao invés de tirar o pertinente recurso contra a decisão que lhe fora desfavorável, preferiu aviar pedido com vistas à sua reconsideração (fls. 99/101 do recurso), que restou analisado pelo juízo de origem, nos seguintes termos:

"Fl. 3573: O pedido deverá ser feito nos autos em que o advogado é executado. Fls. 3575/3577: Mantenho o despacho de fl. 3569 por seus próprios e jurídicos fundamentos. Int."

Desta feita, o prazo para a interposição do agravo contra a decisão de fls. 93, proferida em 05/09/2016 e de ciência inequívoca do agravante em 12/09/2016 (conforme o próprio pedido de reconsideração, manejado em 19/09/2016), já terminou, sendo que o agravo de instrumento foi distribuído apenas em 20/10/2016, portanto, fora do prazo recursal.

Ademais, pacífica é a orientação jurisprudencial da Corte Especial, afirmando que o pedido de reconsideração não interrompe nem suspende o prazo para interposição do recurso pertinente:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL.

Os embargos de declaração consistentes em mero pedido de reconsideração não interrompem o prazo recursal. Os embargos de declaração, ainda que rejeitados, interrompem o prazo recursal. Todavia, em se tratando de pedido de reconsideração, mascarado sob o rótulo dos aclaratórios, não há que se cogitar da referida interrupção. Precedente citado: REsp 964.235-PI, DJ 4/10/2007. AgRg no AREsp 187.507-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13/11/2012.

MS. AG. RETENÇÃO. PEDIDO. RECONSIDERAÇÃO.

Não cabe recurso da decisão que determina a retenção do agravo de instrumento, nem mesmo é aceita a correição parcial. Assim, há que se admitir o mandado de segurança contra a referida decisão. Anote-se que o pedido de reconsideração não tem natureza recursal, não interrompe nem suspende o prazo para a interposição do writ. Dessarte, o prazo decadencial deve ser contado da retenção do agravo, nascedouro da violação, e não da rejeição do pedido de reconsideração, mero desdobramento do ato coator anterior. Precedentes citados: RMS 22.847-MT, DJ 26/3/2007, e RMS 4.072-SC, DJ 6/2/1995. RMS 24.654-PA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2007.

Acesso ao Sumário

RECURSO. PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NÃO INTERROMPE NEM SUSPENDE O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PRÓPRIO. E NÃO SE PODE TRANSFORMAR O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO EM AGRAVO. INVENTARIANTE. DESTITUIÇÃO. INCONFORMISMO SEM INDICAÇÃO DA LEI AFRONTADA OU PROVA ADEQUADA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO." (REsp n.º 13026 - RJ, 4ª Turma, DJU 02-12-1991, p. 17543, RELATOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO).

Ainda: JTA (Lex) 33.166; JTA (RT) 85.393, 85.410, 97.251, 100.388, 104.347, 106.392, 114.388, 128.267; RT 475.129, 477.201, 481.102, 581.102, 604.65; RJTJESP 47.300; AI 100.410 - 5ª Câm. - Rel. Juiz CARVALHO PINTO - J. 9.11.79; AI 207.948 - 2ª Câm. - Rel. Juiz BATISTA LOPES - J. 6.5.87; AI 416.215 - 9ª Câm. - Rel. Juiz CLARET DE ALMEIDA - J. 17 8.94; AI 454.311 - 1ª Câm. - Rel. Juiz RENATO SARTORELLI - J. 4.3.96; AI 536.192 - 1ª Câm. - Rel. Juiz RICARDO TUCUNDUVA - J. 29.6.98; Cf. THEOTONIO NEGRÃO - "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 26ª ed., pág. 415, comentando o art. 522:4. do CPC, na sua antiga redação.

Ao comentar sobre a praxe do pedido de reconsideração, NERY & NERY no conhecido *Código de Processo Civil Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª Edição, anotam: "**Instituto sem forma ou figura de juízo, não previsto no CPC ou em lei federal, não é recurso por não estar previsto como tal no CPC 496, não podendo interromper nem suspender prazo para interposição de recurso regular**".

Por todo o exposto, **NÃO CONHEÇO DO RECURSO** e o **indefiro liminarmente**, com fundamento na intempestividade do inconformismo manifestado pelo agravante.

Do agravo de instrumento 2221547-25.2016.8.26.0000, por decisão monocrática de 26/11/2016, também com trânsito em julgado já certificado em 02/02/2017, constou que:

"Este recurso não passa no juízo de admissibilidade e, por manifesta intempestividade, não merece sequer ser processado, mesmo desfecho atribuído ao anterior AI 2216634-97.2016.8.26.0000, cuja decisão atacada era a mesma ora indicada.

Note-se que os esclarecimentos encartados a fls. 133/137 não foram suficientes para elidir tal conclusão. Note-se que são fundamentos positivados do novel processo civil:

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para

Acesso ao Sumário

que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Como se pode notar, sem dificuldades, o verdadeiro interessado em impugnar a r. decisão hostilizada e que reputa gravosa à sua remuneração é o advogado IDIEL MACKIEVICZ VIEIRA, que fez letra morta do princípio da unicidade recursal.

A despeito das considerações preliminarmente consignadas, resta evidente, contudo, que o presente recurso, ainda que formulado pelas partes representadas pelo referido advogado, é também intempestivo.

Constou do primeiro agravo de instrumento, fundamentos ora repetidos, por inteira pertinência, que a r. decisão de fls. 3569 dos autos principais (fls. 93 deste caderno processual digital) e que efetivamente decidiu sobre o pedido de devolução formulado restou atingida pela preclusão consumativa, porquanto os agravantes, ao invés de tirarem o pertinente recurso contra a decisão que lhes fora desfavorável, preferiram aviar pedido com vistas à sua reconsideração (fls. 99/101 do recurso), que restou analisado pelo juízo de origem, nos seguintes termos:

"Fl. 3573: O pedido deverá ser feito nos autos em que o advogado é executado. Fls. 3575/3577: Mantenho o despacho de fl. 3569 por seus próprios e jurídicos fundamentos. Int."

Desta feita, o prazo para a interposição do agravo contra a decisão de fls. 93, proferida em 05/09/2016 e de ciência inequívoca dos agravantes em 12/09/2016 (conforme o próprio pedido de reconsideração, manejado em 19/09/2016), já terminou, sendo que este agravo de instrumento foi distribuído apenas em 26/10/2016, portanto, além do prazo recursal.

Ademais, pacífica é a orientação jurisprudencial da Corte Especial, afirmando que o pedido de reconsideração não interrompe nem suspende o prazo para interposição do recurso pertinente:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL.

Os embargos de declaração consistentes em mero pedido de reconsideração não interrompem o prazo recursal. Os embargos de declaração, ainda que rejeitados, interrompem o prazo recursal. Todavia, em se tratando de pedido de reconsideração, mascarado sob o rótulo dos aclaratórios, não há que se cogitar da referida interrupção. Precedente citado: REsp 964.235-PI, DJ 4/10/2007. AgRg no AREsp 187.507-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13/11/2012.

Acesso ao Sumário

MS. AG. RETENÇÃO. PEDIDO. RECONSIDERAÇÃO.

Não cabe recurso da decisão que determina a retenção do agravo de instrumento, nem mesmo é aceita a correição parcial. Assim, há que se admitir o mandado de segurança contra a referida decisão. Anote-se que o pedido de reconsideração não tem natureza recursal, não interrompe nem suspende o prazo para a interposição do writ. Dessarte, o prazo decadencial deve ser contado da retenção do agravo, nascedouro da violação, e não da rejeição do pedido de reconsideração, mero desdobramento do ato coator anterior. Precedentes citados: RMS 22.847-MT, DJ 26/3/2007, e RMS 4.072-SC, DJ 6/2/1995. RMS 24.654-PA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2007.

RECURSO. PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NÃO INTERROMPE NEM SUSPENDE O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PRÓPRIO. E NÃO SE PODE TRANSFORMAR O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO EM AGRAVO. INVENTARIANTE. DESTITUIÇÃO. INCONFORMISMO SEM INDICAÇÃO DA LEI AFRONTADA OU PROVA ADEQUADA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO." (REsp n.º 13026 - RJ, 4ª Turma, DJU 02-12-1991, p. 17543, RELATOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO)

Ainda: JTA (Lex) 33.166; JTA (RT) 85.393, 85.410, 97.251, 100.388, 104.347, 106.392, 114.388, 128.267; RT 475.129, 477.201, 481.102, 581.102, 604.65; RJTJESP 47.300; AI 100.410 - 5ª Câm. - Rel. Juiz CARVALHO PINTO - J. 9.11.79; AI 207.948 - 2ª Câm. - Rel. Juiz BATISTA LOPES - J. 6.5.87; AI 416.215 - 9ª Câm. - Rel. Juiz CLARET DE ALMEIDA - J. 17 8.94; AI 454.311 - 1ª Câm. - Rel. Juiz RENATO SARTORELLI - J. 4.3.96; AI 536.192 - 1ª Câm. - Rel. Juiz RICARDO TUCUNDUVA - J. 29.6.98; Cf. THEOTONIO NEGRÃO - "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 26ª ed., pág. 415, comentando o art. 522:4. do CPC, na sua antiga redação.

Ao comentar sobre a praxe do pedido de reconsideração, NERY & NERY no conhecido *Código de Processo Civil Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª Edição, anotam: "**Instituto sem forma ou figura de juízo, não previsto no CPC ou em lei federal, não é recurso por não estar previsto como tal no CPC 496, não podendo interromper nem suspender prazo para interposição de recurso regular**".

Por todo o exposto, **NÃO CONHEÇO DO RECURSO** e o **indefiro liminarmente**, com fundamento na intempestividade do inconformismo manifestado pelos agravantes.

A impetração foi formulada em 11/01/2017 e na ocasião do seu julgamento colegiado se pode verificar que a questão debatida sobre o pedido de liberação dos honorários já estava acobertado pelos efeitos da coisa julgada, conforme

Acesso ao Sumário

certidões verificadas em cada um dos processos acima mencionados, todos digitais.

Este mandado de segurança foi deduzido com o nítido objetivo de assegurar o alegado direito pessoal do impetrante, conforme alegou, para garantir os seus honorários contratuais e sucumbenciais, afirmando que houve uma afronta direta à Constituição Federal praticada pelo ato coator apontado, reportada ao respeito que deve ter o trabalho do impetrante durante longos anos, tendo em vista a inexistência de qualquer ação contra o impetrante pela CESP, que até a presente data tem se tornado inerte em relação à comprovação da pretensa dívida ou levantamento de valores em outros processos.

Afirmou que a empresa sucumbente deve devolver os valores aos autos, pertencentes ao impetrante, ou seja, os seus honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais, sob pena de apropriação indevida, inclusive dos honorários contratados com os clientes.

Aduz que o magistrado errou ao liberar todos os valores depositados nos autos à CESP, pois o que se discutia eram os juros e atualização judicial, motivo que levou o tribunal a determinar a devolução dos valores depositados à CESP, não à liberação dos honorários do impetrante à CESP.

Antes mesmo de destacar a impertinência da pretensão da impetrante, quero afirmar não haver encontrado qualquer abuso ou ilegalidade ou teratologia jurídica na r. decisão objeto desta impetração.

Bem verdade é desnecessário ressaltar que a ponderação que se fez e, que agora se torna a fazer acerca da causa, há que se considerar a evidente supremacia do interesse público sobre o privado, como princípio norteador a ser aplicado neste writ, tudo a indicar a ausência de mínima viabilidade da impetração, com observância da coisa julgada e da segurança jurídica dela derivada.

O artigo 5º, da Lei 12.016/2009 dispõe:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

III - de decisão judicial transitada em julgado

Logo, inviável o manejo deste *mandamus* conforme óbice da Súmula 268 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "**Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado",** cujo conteúdo agora é comando legal.

A *mens legis* da norma reproduzida é indicar que o combate à decisão transitada em julgado deve ser feito pelos meios próprios, porquanto o sistema processual vigente tem aptidão para evitar quaisquer lesões ou ameaçadas, aliás já utilizados pelo impetrante (três agravos de instrumento anteriores) do que resta evidente a falta de interesse jurídico na impetração.

No mesmo sentido já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. "Não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial transitada em julgado" (art. 5º, III, da Lei 12.016/09). 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no RMS 38613/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 21.8.2012).

Ora, mandado de segurança, à evidência, não é o meio processual adequado para impugnar decisão judicial coberta pelo manto da **preclusão máxima**, daí porque não tem o impetrante direito ao **writ** perseguido.

Não há como se negar que esta impetração, por isso mesmo, se relaciona com a falta do interesse de agir que, como ensina SÉRGIO BERMUDES, "requer a presença do binômio necessidade e adequação, isto é, ter necessidade da prestação jurisdicional e pedir providência adequada à satisfação de tal necessidade" (Introdução ao Processo Civil, Forense, Rio, 1995, p. 50).

Todavia, o parágrafo 5º, do artigo 6º da Lei 12.016/2009 faz expressa remissão ao antigo artigo 267 do Código de Processo Civil, salientando que, naquelas hipóteses, o mandado se segurança deverá ser **denegado.**

Como leciona Cassio Scarpinella Bueno, *in* A Nova Lei do Mandado de Segurança – Comentários Sistemáticos à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, Ed. Saraiva, 2010, p. 53: *"A lei parece querer emprestar à palavra "denegatória" sentido mais estreito que doutrina e jurisprudência, em sua ampla maioria, lhe dão tendo em conta, inclusive, o enunciado da Súmula 304 do STF: 'Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria'. Decisão denegatória, em mandado de segurança, não pode ser entendida apenas, como parece querer o dispositivo de lei, como decisão que extingue o processo sem resolução de mérito. É também a decisão que rejeita o pedido do impetrante, julgando-o improcedente, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, isto é, com resolução de mérito. A discussão, longe de ser teórica, tem efeitos práticos indesmentíveis. Basta, para confirmá-los, constatar que o "recurso ordinário" pressupõe o proferimento de decisão denegatória no âmbito dos Tribunais, que, repita-se, não pode e não deve ficar limitada à hipótese pretendida pelo §5º do art. 6º em comento. Destarte, a melhor interpretação para o dispositivo ora analisado é a de que ele é supérfluo, porque se limita a estabelecer o que não haveria como ser negado pela lei, que o mandado de segurança é disciplinado subsidiariamente pelo Código de Processo Civil, e, como tal,* ***as decisões terminativas referidas no art. 267 daquele diploma legal não inibem a propositura da ação, nos termos do art. 268 do mesmo Estatuto, independentemente do nome que a elas se dê****. Só não seria assim se a disciplina legislativa fosse de tal monta completa que, por si só, previsse expressamente tudo aquilo que reclama previsão legal. Definitivamente não é o caso da Lei 12.016/2009.* ***Importa evidenciar, por fim, que a Lei 12.016/2009***

Acesso ao Sumário

não traz elemento que infirme o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência no sentido de que a ausência de direito líquido e certo conduz à extinção do processo sem julgamento de mérito, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ser aquela exigência constitucional, em última análise, assimilável ao interesse de agir". (*enfatizei*)

Portanto, como se vê, evidenciada a falta de interesse de agir, a impetração, na hipótese, fica resolvida sem análise do mérito, todavia, por força normativa, conclui-se, pela denegação da segurança, nos termos do disposto no parágrafo 5º, do artigo 6º, da Lei 12.016/2009.

Ante o exposto, **DENEGA-SE A SEGURANÇA**, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09. Custas *ex vi legis*. Sem honorários advocatícios (art. 25 da Lei do Mandado de Segurança).

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1007075-05.2015.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido LUCAS DOS SANTOS TENORIO.

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 reexame necessário, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.350)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 5 de junho de 2017.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – OBTENÇÃO DE CNH DEFINITIVA. Cometimento de infrações graves por terceira pessoa na condução de veículo de propriedade do impetrante durante o período de validade de sua permissão para dirigir.

Acesso ao Sumário

Inexistência de óbice à obtenção da habilitação definitiva pelo proprietário do bem. Ausência de fato que desabone a habilidade para dirigir do impetrante. Infrações de trânsito cometidas na condução de veículo que não podem ser imputadas ao impetrante na espécie. Inteligência dos arts. 148, § 3º e 257, § 3º, ambos do CTB. Precedentes. Reexame necessário improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de reexame necessário da r. sentença de fls. 71/72 que concedeu a segurança impetrada por Lucas dos Santos Tenorio em face de ato praticado pela Diretora Técnica da 26ª Ciretran de São Carlos, para anular as penalidades e pontuações impostas ao impetrante, relativas aos autos de infração de trânsito nº 3B9788264 e 3B9788265 e determinar o desfazimento do bloqueio ligado a tais infrações e, consequentemente, a remoção desse obstáculo à concessão da habilitação definitiva.

Ausente recurso das partes (fls. 75), vieram os autos para reexame necessário.

É o relatório.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Recorrido visando à expedição de CNH definitiva após o período de validade de sua permissão para dirigir.

Segundo consta, o Recorrido recebeu permissão para dirigir nos termos da Lei nº 9.503/97, com validade para circulação em todo território nacional até 10 de março de 2015.

Ao requerer a Carteira Nacional de Habilitação definitiva, o impetrante teve seu pedido negado, por ter, supostamente, no período de prova, incidido em infração de trânsito (art. 230, inciso IX e art. 230, inciso XVIII, ambos do CTB) e, consequentemente, em pontuação (fls. 17).

Ocorre que as infrações referidas foram cometidas por terceira pessoa – Cleiton Donizete Rabello, que era quem conduzia a motocicleta quando da abordagem e lavratura do auto de infração, como se verifica pelo documento de fls. 20/21.

2. Dispõe o art. 257, § 3º, do CTB que:

> Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

Acesso ao Sumário

[...]

§ 3º **Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo."**

Por seu turno, o art. 230 do CTB elenca as infrações que foram objeto do auto de infração lavrado na espécie:

Art. 230. **Conduzir o veículo:**

[...]

IX - sem equipamento obrigatório ou estando este ineficiente ou inoperante;

[...]

XVIII - em mau estado de conservação, comprometendo a segurança, ou reprovado na avaliação de inspeção de segurança e de emissão de poluentes e ruído, prevista no art. 104;

Como se verifica pelo próprio *caput* do dispositivo, as infrações referidas são cometidas na **condução** do veículo, o que no caso dos autos não pode ser imputado ao impetrante, mas sim a terceiro, muito embora o veículo fosse de sua propriedade.

Nesse passo, dispõe o art. 148, § 3º do CTB:

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.**

Como se observa, no caso dos autos não foi o Recorrido quem cometeu as infrações descritas, de maneira que não se pode impedir a obtenção da carteira nacional de habilitação definitiva por ele, até porque nada há que desabone sua aptidão para dirigir veículo.

3. O **fato** de **possuir** veículo em mau estado de conservação não se confunde com o **ato** de **conduzir** veículo nessa condição (art. 230, XVIII, CTB), podendo ser inúmeras as razões pelas quais terceira pessoa estava de posse do bem e conduzindo-o na via pública e ainda sem o uso de equipamento obrigatório ou com este ineficiente ou inoperante (art. 230, IX, CTB) (obtenção com ou sem autorização do proprietário, furto do bem, etc).

Assim, como bem decidiu a r. sentença, "*não pode o impetrante, proprietário do veículo, ser responsabilizado pelos efeitos extrapatrimoniais da infração*" (fls. 71).

Acesso ao Sumário

E nem se diga que o § 2º do art. 257 ("*Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar*") permitiria atribuir ao impetrante a prática das infrações cometidas com todas suas implicações, pois esse apenas possibilita a responsabilização patrimonial pelo cometimento da infração, mas de forma alguma faz com que os efeitos extrapatrimoniais possam ser imputados ao proprietário do bem, que **não cometeu as infrações no caso dos autos.**

De fato, a atribuição de pontuação possui também caráter pedagógico, não havendo razão para que seja aplicada a quem não concorreu para a prática da infração de trânsito.

Nesse sentido, comprovado que a infração não foi cometida pelo impetrante, proprietário do veículo, não pode o órgão de trânsito indeferir o pedido de emissão da CNH definitiva.

Com efeito, o cometimento de infração grave ligada à propriedade, mas não à condução de veículo, não pode servir de óbice ao direito reconhecido pelo art. 148, § 3º do CTB. Assim, pode-se impedir a circulação do bem que estava sendo conduzido por terceiro, mas não o direito à emissão de CNH.

Consoante já decidido por este Relator às fls. 56:

"Ainda que na condição de proprietário do veículo o autor seja responsável pelo pagamento das multas, não pode responder pelos pontos se identificado o condutor, quando da autuação."

Em casos análogos, assim decidiu este E. Tribunal de Justiça:

1048889-47.2016.8.26.0053 Reexame Necessário/Multas e demais Sanções

Relator(a): Borelli Thomaz

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 26/04/2017

Data de registro: 27/04/2017

Ementa: Mandado de segurança. **Lançamento de pontos relativos a infração de trânsito cometida por terceiro. Fato incontroverso. Exclusão da pontuação que se impõe. Reexame necessário desprovido.**

1001903-98.2014.8.26.0281 Apelação/Multas e demais Sanções

Relator(a): Marrey Uint

Comarca: Itatiba

Acesso ao Sumário

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 18/04/2017

Data de registro: 19/04/2017

Ementa: Anulatória – **Infração de trânsito cometida por terceiros – Condutor identificado no ato da lavratura do auto de infração – Não cabimento da solidariedade prevista nos artigos 257, §1º e 282, §3º do CTB** – Sentença reformada – Recurso do Detran não provido e provido o recurso do Autor.

1007433-28.2015.8.26.0482 Reexame Necessário/CNH - Carteira Nacional de Habilitação

Relator(a): Spoladore Dominguez

Comarca: Presidente Prudente

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 15/06/2016

Data de registro: 16/06/2016

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Condutora com permissão para dirigir que pretende a CNH definitiva – Cabimento – **Cometimento de infrações de natureza grave (artigo 230, incisos VII e XVIII) que não impedem a emissão da CNH porque possuem natureza administrativa, que em nada desabonam a aptidão para conduzir de maneira mais segura o veículo** – Inteligência do artigo 148, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro – Reexame necessário não provido.

4. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Isto posto, **o reexame necessário é conhecido, mas improvido**, ficando mantida na íntegra a r. sentença de fls. 71/72.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000018-82.2017.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante RAFAEL DA SILVA LAMIM DE OLIVEIRA, 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 Agravo em Execução ora interposto por Rafael da Silva Lamim de Oliveira, mantendo-se a r. decisão de fls. 115, por seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.345)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Defesa postula a declaração de extinção da punibilidade do agravante em relação ao crime de desacato, alegando que tal delito seria incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Não acolhimento – Assim como qualquer direito, a liberdade de expressão não se reputa absoluta, permitindo-se concluir que o desacato se compatibiliza com o Pacto de São José da Costa Rica/Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Precedentes do STJ e desta C. Câmara – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo em execução interposto por Rafael da Silva Lamim de Oliveira, contra a r. decisão de fls. 115, que indeferiu o pedido de extinção da

Acesso ao Sumário

punibilidade em relação ao crime de desacato.

Sustenta a douta Defesa do agravante às fls. 03/08, em suma, que o tipo penal incriminador previsto no art. 331, do Código Penal, contraria a previsão de liberdade de expressão ínsita na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Amparada na aludida Convenção, pugna pela extinção da punibilidade, com fulcro no art. 107, inciso III, do Estatuto Penal Repressivo.

O recurso foi bem processado e contrariado (fls. 11/17) e a r. decisão foi mantida pelo douto Juízo 'a quo' (fls. 18).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 118/120).

É o relatório.

A despeito da argumentação expendida pela ilustre Defensoria Pública, temos que o presente agravo em execução não comporta provimento.

Com efeito, o crime de desacato não ultraja o princípio constitucional da legalidade, sendo claramente compreensíveis a delimitação e abrangência do núcleo do tipo, não havendo também qualquer violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Isso porque a liberdade de expressão garantida em tal convenção não é absoluta, sequer podendo haver abusos no exercício desse direito, abusos esses que se dão quando o funcionário público é desacatado, e não apenas criticado em suas funções.

Confira-se o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME

Acesso ao Sumário

DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda

Acesso ao Sumário

da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em

Acesso ao Sumário

sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido" (STJ – Relator p/ acórdão, Ministro Antonio Saldanha Palheiro – 3ª Seção – HC nº 379269/MS – j. 24/05/2017).

No mesmo sentido, já se posicionou esta Colenda Câmara:

"(...) *De outro vértice, ao contrário do que alegado pelo ilustre impetrante, o delito de desacato ainda está em vigor no ordenamento jurídico pátrio, não havendo que se dizer que não foi recepcionado pela atual Constituição e que foi suprimido em razão da vigência do Pacto de San José da Costa Rica. Cumpre ressaltar, ainda, que a aludida "liberdade de expressão", como bem assinalado no substancioso parecer da E. Procuradoria Geral de Justiça, "não inclui ofensas como as que o paciente praticou contra os policiais. Igualmente, não se pode dizer que se trata de um direito do cidadão xingar e desvalorizar, desta forma, o policial que está no exercício de sua função" (...)"* (TJSP – Rel. Des. Moreira da Silva – 8ª Câmara Criminal – *Habeas corpus* nº 0144643-03.2013.8.26.0000 – j. 31/10/2013).

Repita-se mais uma vez que a liberdade de expressão não pode ser reputada como um direito absoluto, o que permite concluir que inexiste incompatibilidade do delito de desacato com o Pacto de São José da Costa Rica.

Assim, a r. decisão agravada deve ser mantida, eis que consentânea com a legislação e jurisprudência vigente.

Por todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Agravo em Execução ora interposto por Rafael da Silva Lamim de Oliveira, mantendo-se a r. decisão de fls. 115, por seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004997-13.2016.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são apelantes P.E.G., W.J.F., A.F.C., R.C.S. e E.A.R., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso interpostos por P.E.G.S.; W.J.F.; E.A.R.; A.F.C. e R.C.S., para absolvê-los da prática do delito previsto no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.850/03, nos termos do que dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; reduzir a pena pela prática do delito previsto no artigo 180, parágrafo 1º, do Código Penal: a) P. e E. em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal, em regime inicial semiaberto; b) W.; A. e R. em 03 (três) anos de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena imposta e na forma a ser definida pelo Juízo da Execução Criminal, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, mantida no mais, a r. Sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Expeçam-se alvarás de soltura clausulados em favor de W.J.F.; A.F.C. e R.C.S. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.627)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), ÁLVARO CASTELLO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 7 de junho de 2017.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO QUALIFICADA E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – RECURSO DEFENSIVO – ABSOLVIÇÃO – Reconhecimento da violação ao princípio da legalidade ou interpretação restritiva quanto ao delito de organização criminosa – Provas produzidas nos autos, não são suficientes para concluir que os Apelantes integravam, promoviam, financiavam ou constituíram uma sociedade estruturada com o fim de lucrar com as atividades criminosas – Absolvição de rigor. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA DO DOLO QUANTO A RECEPTAÇÃO – INVIABILIDADE – Autoria e materialidade comprovadas – Prova suficiente – circunstâncias fáticas que evidenciam o dolo necessário à configuração do delito. Redimensionamento das penas. Fixação do regime semiaberto aos Apelantes reincidentes e aberto

Acesso ao Sumário

aos demais, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do que dispõe o artigo 44 e seguintes, do Código Penal.

Recursos parcialmente providos.

VOTO

VISTOS.

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de P.E.G.S.; W.J.F.; E.A.R.; A.F.C. e R.C.S., contra a r. Sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Americana, que condenou: a) P. às penas de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, fixados no mínimo legal; b) E. às penas de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, fixados no mínimo legal; c) W., A. e R. às penas de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, fixados no mínimo legal, todos como incursos no artigo 180, parágrafo 1º, do Código Penal, e artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.850/03, c.c. artigo 69, do Código Penal (fls.762/775)

Inconformados, reclamam os réus as suas absolvições quanto aos delitos, sustentando violação ao princípio da legalidade ou interpretação restritiva quanto à condenação pela prática do delito de organização criminosa, bem como insuficiência probatória quanto ao delito de receptação, nos termos do que dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer o afastamento da causa de aumento de pena descrita no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.850/03, vez que a descrição dos fatos na inicial acusatória não fez menção a emprego de arma de fogo na atuação da organização criminosa; redimensionamento da pena aplicada e alteração do regime inicial (fls.804/824).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão e pugnou pelo desprovimento do apelo (fls.837/839).

Acesso ao Sumário

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls.884/892).

É o relatório.

2 – Consta da denúncia que, no dia 06 de junho de 2016, às 15:00 horas, na Avenida Bandeirantes n° 2489, na Cidade e Comarca de Americana, os Apelantes receberam e desmontavam em proveito próprio o caminhão da marca "Ford/Cargo 2429", cor branca, de placas (...) (Atibaia – SP) e o caminhão da marca "Scania/R 440", cor vermelha, de placas (...) (Tabapuã – SP), avaliados em R$ 520.000,00 (quinhentos e vinte mil reais) (cf. auto de avaliação a fls.146/147), que deviam saber ser produtos de crime.

Consta, ainda, que os recorrentes integravam organização criminosa assim entendida aquela estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais com penas máximas superiores a 04 (quatro) anos de reclusão.

Segundo foi apurado policiais militares realizavam patrulhamento no local quando observaram que o Apelante P. estava segurando um radio comunicador do tipo HT. Ao perceber a presença dos policiais o recorrente P. correu em direção a um galpão onde tentou entrar sendo, no entanto, detido para averiguações. Em seguida, os policiais adentraram ao galpão, onde surpreenderam os recorrentes R., A., W. e E., que desmontavam os 02 (dois) caminhões, produtos de roubo. O caminhão Ford/Cargo 2429 de placas (....) (Atibaia-SP) encontrava-se parcialmente desmontado e o caminhão Scania/R, placas (...) (Tabapuã- SP) estava totalmente desmontado. No local havia diversos equipamentos e ferramentas utilizados para o desmonte de veículos.

Consultada as placas dos aludidos veículos, verificaram que o veiculo Ford/Cargo 2429, pertencia a D.M.F. e havia sido roubado no dia 03 de junho de 2016, as 17:40 horas, na Rodovia Engenheiro Constâncio Cintra, KM 74, na Cidade de Itatiba – SP (B.O. acostado a fls.42/45). Já o caminhão Scania/R, placas (...) (Tabapuã – SP), era produto de roubo ocorrido no mesmo dia por volta das 3:00 horas na Cidade de Cubatão/SP, tendo como vítima A.R.T.L.

Ficou evidenciado que os Apelantes tinham conhecimento da origem ilícita dos veículos, pois os receberam de pessoas que não quiseram identificar, sem as respectivas documentações e ainda o desmontavam para o comércio clandestino das peças.

A organização criminosa desenvolvida pelos Apelantes ficou devidamente caracterizada. Para desenvolvê-la, terceira pessoa não identificada, podendo se tratar de T.A.M., mas utilizando-se dos dados pessoais dessa pessoa (fl.131) – fatos pendentes de investigação – realizou a abertura nos órgãos competentes da empresa fictícia T.A.M. - ME, tendo como atividade econômica principal a representação comercial de madeiras material de construção e ferragens, localizada na Avenida (...), na Cidade de Americana. No referido endereço, no entanto, não funciona a empresa nominada. Assim valendo-se da empresa fictícia, houve a locação dos dois imóveis na Avenida (...), Bairro Machadinho, na Comarca de Americana pelo prazo de 12 (doze) meses, com inicio no dia 30 de maio de 2016 e termino no dia 29 de maio de 2017, mediante o pagamento do aluguel mensal de R$ 7.000,00 (sete mil reais), conforme contrato acostado a fls.114/141).

Alugado o imóvel, a organização criminosa passou a se desenvolver com o roubo, mediante utilização de arma de fogo por pessoas ainda não

Acesso ao Sumário

identificadas, do caminhão Ford/Cargo, modelo 2429, placas (...) (Atibaia – SP), ocorrido no dia 03 de junho de 2016, por volta das 17:40 horas, na Cidade de Atibaia, figurando como vítima D.M.F. Posteriormente, no mesmo dia da prisão dos Apelantes, de madrugada (3:00 horas), na Cidade de Cubatão, neste Estado, ocorreu o roubo também mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, do caminhão da marca Scania modelo 440/R, vermelho, placas (...) (Tabapuã – SP), tendo como vítima A.R.T.L. Os roubadores utilizavam-se de capuzes para não serem reconhecidos.

Os caminhões foram, então, encaminhados a Comarca de Americana, onde seriam desmontados para a venda ilegal das peças. Competia ao Apelante P.E.G., além do auxílio ao desmanche, promover a fiscalização do local, utilizando-se um rádio comunicador do tipo HT, na parte externa dos imóveis, enquanto os Apelantes A., E., R. e W.J.F. exerciam a tarefa de desmontar os caminhões.

No local, inclusive, foram encontrados 02 (dois) bloqueadores de sinal de rastreador (fl.34).

A denúncia foi oferecida em 24 de junho de 2016 (fls.152/155), e recebida em 29 de junho de 2016 (fl.348).

Os Apelantes foram citados e ofereceram resposta à acusação (fls.385/386).

A r. Sentença foi publicada em 19 de outubro de 2016 (fl.777).

A materialidade do delito está demonstrada, considerando-se especialmente o auto de prisão em flagrante (fls.02/03); boletim de ocorrência (fls.12/19); auto de entrega (fls.195/200 e fl.202); laudos (fls.454/460), bem como pela prova oral colhida nos autos.

Interrogado em Juízo (fls.687/690), o Apelante E. negou a prática dos delitos. Alegou que foi prestar serviço como "chapa", ou seja, iria auxiliar a carregar caminhão a pedido de uma pessoa de prenome M. Desconhecia o que havia no barracão.

Interrogado em Juízo (fls.691/693), o Apelante W. também negou a prática dos delitos. Foi contratado juntamente com o corréu A. para desmontar a cabine do caminhão.

Interrogado em Juízo (fls.694/696), o Apelante A. afirmou que foi contratado para desmontar a cabine do caminhão. Sabia que os veículos eram produto de crime.

Interrogado em Juízo (fls.697/699), o Apelante R. negou a prática dos delitos. Confirmou que se encontrava no local, onde foi chamado pela pessoa conhecida como M., para descarregar um caminhão na Cidade de Americana. Enquanto aguardava a chegada do veículo, os policiais apareceram.

Interrogado em Juízo (fls.700/704), o Apelante P. afirmou que foi

Acesso ao Sumário

contratado por M. para cuidar do estabelecimento. Disse que M. levou mais 04 (quatro) pessoas no local e saiu. Posteriormente a polícia chegou e não soube responder o que tinha no local. Não chegou qualquer caminhão enquanto ficou no estabelecimento.

A vítima foi ouvida em Juízo (fls.673/677), e afirmou que era motorista do caminhão carregado de telha, que foi roubado por 04 (quatro) indivíduos encapuzados, armados, na estrada de Itatiba/Jundiaí. Posteriormente, o caminhão foi recuperado, sendo informado por seu patrão que o caminhão foi localizado no desmanche, com a cabine já desmontada.

O policial militar I.F.M., ouvido em Juízo (audiência realizada pelo sistema audiovisual), afirmou, em apertada síntese, que no dia dos fatos estava em patrulhamento de rotina pela Avenida Bandeirantes, quando divisou um homem em frente a um galpão com um HT (rádio comunicador) nas mãos. No momento em que viu a viatura, ele demonstrou nervosismo e imediatamente entrou no galpão. Tal situação causou estranheza no depoente e nos demais policiais da equipe, motivo pelo qual fez a abordagem. Imediatamente ele confirmou que o local era um desmanche. Seus dois colegas de farda entraram na frente do estabelecimento e localizaram no interior do galpão os 02 (dois) caminhões desmontados. Várias outras peças de caminhão, bem como ferramentas estavam no local. Reconhece os Apelantes em Juízo. O recorrente P. é quem estava com o rádio comunicador.

O policial militar J.C.S., ouvido em Juízo (audiência realizada pelo sistema audiovisual), afirmou os mesmos fatos que seu colega de farda acima. Acrescentou que juntamente com o Soldado C. ingressou no local e viu 04 (quatro) dos Apelantes no desmonte do caminhão de cor vermelha. O caminhão já desmontado, de cor branca, já constava o boletim de ocorrência por roubo. No decorrer da ocorrência foi informado sobre o roubo do caminhão vermelho. No interior do galpão havia um bloqueador de sinal.

O policial militar L.C.M., ouvido em Juízo (audiência realizada pelo sistema audiovisual), afirmou os mesmos fatos que seus colegas de farda acima. Acrescentou que todos já tinham passagem pela polícia, inclusive pela prática do crime de receptação.

No tocante à eficácia dos depoimentos de policiais, registre-se que, coerentes e harmônicos ao ratificar os fatos narrados na denúncia, não podem ser invalidados, uma vez que não tinham qualquer motivo para incriminar pessoas inocentes.

"PROVA - Testemunha - Policial Militar - Validade - Reconhecimento - Impossibilidade de invalidar o depoimento de Policial Militar, por suspeito ou impedido de depor, só porque ostenta essa qualidade, uma vez que, seria incurial, um verdadeiro contra-senso, o Estado credenciar alguém como seu

Acesso ao Sumário

agente e, ao depois, quando este prestasse conta de suas diligências, fosse taxado de suspeito - Recurso improvido" (Apelação Criminal nº J. 103.338-3/6 – São Paulo – 9º Câmara Criminal – Relator: Ubiratan de Arruda – 30.1.2008 – V.U.).

"PROVA - Testemunha - Policial militar - Atribuição de força probante ao depoimento se em harmonia com os demais amealhados e inexistente comprovação de falsidade - Necessidade - Desqualificação do declarado pela simples condição profissional do depoente - Impossibilidade - Recurso não provido". (Apelação Criminal nº 1.057.006-3/2 – São Paulo – 11ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal – Relator: Antônio Manssur – 11.6.07 – V.U.).

Uma das vítimas foi ouvida em Juízo e confirmou o roubo do caminhão por 04 (quatro) indivíduos, entre as Cidades de Itatiba/Jundiaí. Assim vista a prova, a condenação dos Apelantes pela prática do delito de receptação era mesmo de rigor.

A apreensão dos veículos subtraídos em poder dos réus, além de aparelho bloqueador de sinal, rádio comunicador HT, somada aos depoimentos seguros e isentos dos policiais autuantes, formam conjunto suficiente a embasar a condenação.

E mais, os Apelantes foram detidos na posse dos bens subtraídos, no exato instante em que procediam ao desmonte, invertendo-se, portanto, o ônus da prova. Caberia aos Apelantes comprovar pelos meios de que dispusessem que não tinham conhecimento da origem ilícita dos bens, o que, comente-se, não lograram êxito em fazer.

A propósito:

"APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPTAÇÃO. ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. ORIGEM ILÍCITA DO BEM. CONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ÔNUS DA PROVA. 1) - ***Não há que se falar em absolvição quando comprovado o dolo do agente pelas provas colhidas e pelas circunstâncias em que foram feitas as apreensões.*** *2) - A apreensão de produtos de origem espúria em poder do acusado dá ensejo à inversão do ônus da prova. 3) - Recurso conhecido e não provido".* (TJDF; Rec. 2009.03.1.002544-4; Ac. 401.572; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Luciano Vasconcelos; DJDFTE 10/02/2010; Pág. 116). (grifo nosso).

"APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPTAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE QUE SABIA SER OBJETO DE FURTO. MANUTENÇÃO DA MODALIDADE DOLOSA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CABIMENTO. RÉU QUE NEGOU A AUTORIA EM JUÍZO. CONDENAÇÃO LASTREADA NAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. PRETENSÃO DE REFORMULAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ACOLHIDA. RECURSO

Acesso ao Sumário

PARCIALMENTE PROVIDO. ***O réu tinha ciência da origem criminosa dos objetos e tentou ocultar como e quando realmente os teria adquirido. Assim, resta comprovado que sabia ser produto de furto, configurando o dolo na conduta do agente****. Desta forma, imperativa a manutenção da condenação do acusado pela prática do delito previsto no caput, do artigo 180 do Código Penal. Incabível a pretensa desclassificação para modalidade culposa. Também não há como ser aplicada ao réu a atenuante da confissão espontânea, porquanto embora tenha confessado o delito na fase policial, retratou-se em juízo. Ademais, a condenação não está embasada unicamente nas declarações prestadas pelo acusado, mas sim nas demais provas colhidas na instrução processual. Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado - inicialmente fechado, tenho que deva ser reformado, por ser demais gravoso".* (TJMS; ACr 2009.026292-0/0000-00; Maracaju; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJEMS 11/03/2010; Pág. 22).

"RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO PARA A CONDENAÇÃO. DOLO COMPROVADO. ***Réu que tinha conhecimento da origem ilícita da coisa. Delito configurado****. Sentença mantida. Apelação do réu não provida".* (TJSP; APL 990.09.000613-7; Ac. 4213038; Itapeva; Décima Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Pedro Menin; Julg. 24/11/2009; DJESP 20/01/2010) (grifo nosso).

Há que se considerar, ainda, que as versões por eles apresentadas restaram soltas nos autos, sem nada a aboná-las.

Não trouxeram como era de se esperar, a pessoa por quem, segundo eles, teriam sido contratados.

Sendo assim, os indícios concludentes e seguros conduzem à certeza de que os recorrentes eram conhecedores da origem criminosa dos veículos que desmanchavam, tanto que ao avistar os policiais, P. ingressou no galpão para avisar aos demais, mas em seguida todos foram abordados.

Ademais, nada existe nos autos a indicar tivessem os policiais motivos para imputar crime a pessoas que não conheciam.

E mais, como é cediço que: "*a comprovação de álibi para fulcrar a tese de negativa de autoria é ônus da defesa, nos moldes do art. 156 do CPP, de sorte que, se esta não fundamenta sua assertiva por meio de quaisquer elementos, limitando-se a meras alegações, faz derruir a versão apresentada*" (TJSC, Apelação Criminal nº 2009.012089-7, de Itajaí, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

É o ensinamento de NUCCI:

"Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador.

Acesso ao Sumário

Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas. Como ensina Gustavo Badaró, 'O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos' (ônus da prova no processo penal, p. 178-182)". (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. SP: ed. RT, 2009. p. 156).

Logo, as circunstâncias do crime deixam evidente que a receptação foi dolosa e que os Apelantes sabiam da ilicitude do bem, não havendo que se falar em falta de dolo na conduta praticada.

Assim tem pacificado a jurisprudência:

"RECEPTAÇÃO DOLOSA. DESCONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM. PROVA. INEXISTENTE. RES FURTIVA ENCONTRADA COM O ACUSADO. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. Desclassificação de receptação para forma culposa. Inviabilidade. Recurso não provido. A prova é suficiente para condenação quando, reduzindo ao mínimo desejável a margem de erro, conduz à formulação de juízo de certeza possível, ou seja, juízo revestido de confortadora probabilidade de exatidão (RT 757/561). No crime de receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova. Demonstrado de forma inequívoca pelas provas coletadas nos autos que o réu adquiriu o objeto sabendo de sua origem ilícita, está configurada a receptação. Diversa é a receptação culposa (art. 180, § 3º, do Código Penal), em que o agente tem dúvida quanto à origem legítima da Res, adquirindo-a mesmo assim". (TJRO; APL 0001813-97.2010.8.22.0010; Relª Desª Ivanira Feitosa Borges; Julg. 13/07/2011; DJERO 19/07/2011; Pág. 48).

Logo, incabível a absolvição dos Apelantes quanto ao delito de receptação, já que o conjunto probatório aponta na direção da autoria do crime de forma dolosa.

In casu, a conduta dos acusados aliada às circunstâncias do fato e às provas produzidas, são suficientes a embasar suas condenações. Caberia aos Apelantes provar por todos os meios, que desconheciam a origem ilícita dos veículos, o que não foi feito.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial deste Tribunal:

"APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO – ABSOLVIÇÃO – PROVAS CONCRETAS QUANTO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM – CONDENAÇÃO MANTIDA – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA UM MAIS BRANDO – IMPOSSIBILIDADE – RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES – RECURSO IMPROVIDO. Havendo provas nos autos quanto à materialidade e a autoria do delito, principalmente no que tange ao requisito subjetivo especial do crime de receptação dolosa, que é o

Acesso ao Sumário

conhecimento da origem ilícita do bem adquirido ou vendido, caracteriza-se o tipo penal do art. 180, caput, do Código Penal. O regime inicial de cumprimento da pena (fechado) não comporta modificação quando fixado com base nas circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, desfavoráveis ao réu, uma vez que responde a outros processos pela prática de crimes contra o patrimônio e uma condenação pelo crime de tráfico. (Apelação Criminal – Reclusão – N. 2009.018166-8/Paranaíba/MS – Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Julgamento: 17/08/2009 – Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal).

Assim, suficientemente comprovada a autoria delitiva e bem demonstrado o dolo dos agentes, que de forma consciente receberam e desmontavam bens que sabiam ser provenientes de conduta ilícita, não há falar em absolvição decorrente da insuficiência de provas.

A qualificadora também restou presente, uma vez que o local foi alugado, e de forma fictícia funcionava empresa destinada a representação comercial de madeiras, material de construção e ferragens, quando na verdade funcionava como desmanche.

A propósito:

"A atividade comercial irregular ou clandestina também integra o tipo do § 1.º do art. 180 do CP" (STJ – 6.ª T. – HC 34292/SP – Rel. Hamilton Carvalhido – j. 23.11.2004 – DJU 14.02.2005, p. 242).

Ora, os Apelantes foram flagrados desmontando veículos em local destinado à prática de desmanche – típica atividade de receptação com fim comercial – e na posse de 02 (dois) veículos furtados, além de diversas outras peças não identificadas.

Ademais, ressalte-se que para a receptação qualificada basta a prova de que o agente exercia qualquer forma de comércio, ainda que irregular ou clandestino, na forma do artigo 180, parágrafo 2º, do Código Penal.

DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A condenação dos Apelantes pelo delito de organização criminosa não resta segura. Senão vejamos.

Conforme consta da inicial, o galpão onde foram encontrados os caminhões foi alugado por uma empresa fictícia (T.A.M. – ME), pela importância de R$ 7.000,00 (sete mil reais) por mês, tendo como atividade econômica principal a representação comercial de madeiras, material para construção e ferragens, mas o local funcionava como desmanche.

Segundo consta, a organização criminosa era responsável pela subtração dos veículos, que eram levados até o galpão para desmanche.

No entanto, as provas produzidas nos autos não foram suficientes para a comprovação de que os Apelantes integravam, promoviam, financiava ou

Acesso ao Sumário

constituíam uma sociedade estruturada com o fim de lucrar com as atividades criminosas.

Prevê o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.850/2013:

"Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo".

O parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei nº 12.850/13 prevê e define que:

"Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional".

Entretanto, para a configuração do tipo penal, não se prescinde que os agentes estejam reunidos estavelmente para a prática de infrações penais.

Não é outro escólio de Guilherme de Souza Nucci:

"(...) organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. (Organização Criminosa São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 págs. 13 e 14).

No mesmo sentido Renato Brasileiro:

"(...) esta associação de 4 (quatro) ou mais pessoas deve apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para sua configuração, que diferenciam esta figura delituosa do concurso eventual de agentes a que se refere o art. 29 do CP, dotado de natureza efêmera e passageira" (Legislação Criminal Especial Comentada. 2ª Edição Salvador: Editora JusPodium 2014, pág. 482).

Acesso ao Sumário

No caso vertente, do ônus de comprovar essa estabilidade não se desincumbiu a acusação.

Em detida análise aos autos, consigno que restou ausente a identificação precisa, bem como fundada em elemento material claro, de que a mencionada organização criminosa tivesse amplo poder pelo elevado grau de organização, com capacidade de causar danos de vulto, decorrente da multiplicidade de condutas criminosas, no viso de se atingir vítimas difusas, capaz de causar danos à sociedade, com emprego de modernas tecnologias, de forma capaz de

paralisar ou fragilizar os poderes do Estado.

Não há elementos seguros, colhidos sob o contraditório, no sentido de que tivessem os agentes o intuito de praticar, por tempo indefinido e associados, infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos.

Sem provas contundentes de que as condutas dos Apelantes enquadram-se na conduta delitiva tipificada em nosso ordenamento jurídico como previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, de rigor a sua absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal - *verbis*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VII - não existir prova suficiente para a condenação".

A propósito:

"Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu - in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. (...)" (in Código de processo penal comentado/Guilherme de Souza Nucci. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 732).

"APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - PROVAS FRÁGEIS E INSUFICIENTES PARA SUSTENTAR UM ÉDITO CONDENATÓRIO - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. - Para que haja uma condenação, meros indícios da prática de um delito não são suficientes. E tendo em vista a fragilidade das provas produzidas na fase do contraditório, mister seja mantida a absolvição do apelado, em observância ao princípio "in dubio pro reo". (Encontrado em: /5/2015 Apelação Criminal APR 10480120020791001 MG (TJ-MG) Amauri Pinto Ferreira (JD CONVOCADO)... NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO Câmaras Criminais/4ª CÂMARA CRIMINAL 27/05/2015 – *27*).

Diante desse quadro, a absolvição quanto a prática do delito e organização criminosa se mostra inevitável.

As penas, entretanto, estão a merecer reparos.

Na primeira fase, a pena-base dos Apelantes E.; W.; A. e R. foram fixadas no mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa cada.

Ao Apelante P., a pena-base foi fixada na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal, tendo em vista o reconhecimento dos maus antecedentes (Autos nº 2009/000182 - fls.525/526).

Acesso ao Sumário

Em detida análise a certidão mencionada, não vislumbro os maus antecedentes reconhecidos pelo Juízo de Primeiro Grau.

A certidão mencionada a fls.525/526 é apta a configurar reincidência, motivo pelo qual deve ser aferida na segunda fase da dosimetria da pena, nos termos do que dispõe o artigo 68, do Código Penal[1].

Portanto, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixado no mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais insculpidas no artigo 59, do Código Penal ser favoráveis ao recorrente P.

Na segunda fase, foi reconhecida a agravante da reincidência ao Apelante P. (Autos nº 2012/000138 – fl.527); e ao Apelante E. (Autos nº 2011/000028 – fl.564), e as penas foram aumentadas na fração de 1/6 (um sexto), o que perfaz a pena de cada qual em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Aos Apelantes W.; A. e R., diante da ausência de agravantes e/ou atenuantes, a pena permanece no mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na terceira e última fase, diante da ausência de causas de aumento e/ou diminuição de pena, esta resta definitiva em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal aos Apelantes P. e E.; e 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal aos Apelantes W.; A. e R.

Aos Apelantes P. e E., razoável a fixação do regime inicial semiaberto, conforme dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, alínea b, c.c. o parágrafo 3º, do Código Penal.

O entendimento sumular do Egrégio Superior Tribunal de Justiça admite a fixação do regime inicial semiaberto para reincidentes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a 04 (quatro) anos.

Súmula nº 269: "*É admissível a adoção de regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*".

E mais:

"*O regime inicial aberto não é hábil a apenação de agente reincidente, de acordo com o artigo 33, "c", do Código Penal, sendo possível se a reprimenda não for superior a 8 anos, a concessão de regime semiaberto*". (RJDTACRIM 31/268).

A reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão da suspensão condicional da pena,

1 A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

conforme dispõe o artigo 44, inciso II e 77, inciso I, ambos do Código Penal, respectivamente.

Fixo o regime inicial aberto aos Apelantes W.; A. e R., nos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, alínea c, do Código Penal.

Conforme disciplina o artigo 44, parágrafo 2º, do Código Penal, de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena imposta e na forma a ser definida pelo Juízo da Execução Criminal, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa para eles.

3. Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso interpostos por P.E.G.S.; W.J.F.; E.A.R.; A.F.C. e R.C.S., para absolvê-los da prática do delito previsto no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.850/03, nos termos do que dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; reduzir a pena pela prática do delito previsto no artigo 180, parágrafo 1º, do Código Penal: **a)** P. e E. em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal, em regime inicial semiaberto; **b)** W.; A. e R. em 03 (três) anos de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena imposta e na forma a ser definida pelo Juízo da Execução Criminal, e ao pagamento de 10 (dez) dias- multa, fixados no mínimo legal, mantida no mais, a r. Sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Expeçam-se alvarás de soltura clausulados em favor de W.J.F.; A.F.C. e R.C.S.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002490-64.2016.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante S.P.F., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar arguida e, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.911)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 13 de junho de 2017.

Acesso ao Sumário

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL – TORTURA – NULIDADE DA SENTENÇA, ABSOLVIÇÃO, DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE E REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA FUNDAMENTADA – GENITOR QUE IMPINGIU DEMASIADO SOFRIMENTO À FILHA DE TENRA IDADE – CASTIGO IMODERADO QUE CAUSOU FRATURA DE CLAVÍCULA – DESCLASSIFICAÇÃO IMPOSSÍVEL – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – A PENA FOI DOSADA COM CRITÉRIO, ESTÃO FUNDAMENTADAS TODAS AS ETAPAS – REINCIDÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA E RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

S.P.F. foi condenado pelo r. Juízo da 3ª Vara da Comarca de ANDRADINA, nos autos do Processo nº 2490-64/2016, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Lícia Ebúrneo Izeppe Pena*, como incurso no artigo 1º, c.c. os §§ 3º e 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997, às penas de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, tendo sido negado o apelo em liberdade (fls. 149/154).

O apelante foi processado porque torturou sua filha E.R.S.S.F., criança com 09 (nove) anos de idade, que estava sob sua guarda, submetendo-a, com o emprego de violência, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar-lhe castigo pessoal, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, pela incapacidade de realizar suas atividades habituais por mais de 30 (trinta) dias.

Apela pleiteando a nulidade da sentença por carência de fundamentação. No mérito a absolvição ou desclassificação da conduta para o crime de lesão corporal, com redução da pena aplicada (fls. 162/170).

Contrariado o recurso (fls. 174/177), o douto Procurador de Justiça Dr. Ricardo Antônio Andreucci opina pelo seu desprovimento (fls. 192/195).

É o relatório.

A preliminar não vinga, *data maxima venia.*

Acesso ao Sumário

Como se verá adiante, autoria e materialidade foram demonstradas nos autos e estão registradas na r. sentença.

Não carece de fundamentação, basta a simples leitura.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

A absolvição é meta impossível de ser alcançada.

Embora S. negue as agressões, dizendo que apenas empurrou e deu uma "chinelada" na filha, porque ela acionou de forma errada a máquina de lavar, sua versão é contrariada pelo restante do conjunto probatório.

Vejamos.

A pequena E., que contava apenas 9 (nove) anos quando foi agredida, declarou que sua genitora faleceu há cinco anos. Sua guarda definitiva é da avó materna M.S. Que há aproximadamente dois anos, a declarante foi residir com seu genitor e sua madrasta. Que no dia em apreço, o seu genitor pediu para a declarante colocar a água que saísse da máquina de lavar roupa, no tanque. Todavia, por descuido, a declarante apertou o botão errado. Diante disso, seu genitor ficou nervoso e começou a agredir a declarante com chutes nas pernas e tapas em seu rosto. Que a declarante se encostou numa parede, e posteriormente seu genitor a empurrou e lhe agarrou pelo pescoço e a levantou do chão. Que a declarante ficou com muitas dores e disse para seu genitor, mas ele disse: "*se você tem dor é porque tem braço*". Disse que seu genitor a levou ao hospital para tomar injeção. Lá, disse que ela tinha batido o ombro. Depois, S. ficou de levá-la para fazer raio x, mas foi trabalhar e não a levou. Na escola reclamou que estava com muitas dores e por isso foi levada ao hospital, onde constataram que estava com a clavícula quebrada, bem como apresentava lesões na perna direita (fl. 11).

Em Juízo confirmou que seu pai a pegou pelo pescoço e a levantou, desferindo diversos chutes em suas pernas. Disse que a psicóloga perguntou por que ela estava estranha e ela contou os fatos. Informou que sempre apanhava de seu genitor. Normalmente, apanhava com uma borracha do sofá.

Essa descrição demonstra que o sofrimento imposto não foi experimentado nessa única oportunidade, mas se prolongava no tempo, fazendo incidir o crime de tortura e não apenas o de lesão corporal.

A versão da vítima não está isolada.

M.S., avó materna, disse em Juízo que não presenciou as agressões, mas ficou sabendo do ocorrido quando foi chamada na escola que a neta frequenta. Disse que depois que E. foi morar com o réu, passou a notar que a neta chegava à casa da declarante com hematomas pelo corpo, dizendo que teria batido em algum lugar. Disse, por fim, que o réu é bem nervoso.

No mesmo sentido, também, os depoimentos da conselheira tutelar M.A.

Acesso ao Sumário

e M.R., que tiveram constato com a menor e ouviram dela o relato das agressões sofridas. Foi encaminhada ao hospital, onde constataram que as dores alegadas pela infante eram decorrentes de fratura da clavícula.

Os laudos de fls. 14/15 e 26/27 lançam uma pá de cal sobre o assunto e não deixam dúvida de que foi agredida de forma violenta, suportando em seu pequeno corpo lesão corporal grave.

Quanto à validade do depoimento da vítima menor, já alertava o ilustre Desembargador CANGUÇU DE ALMEIDA, que tanto abrilhantou esta Colenda Câmara: "*em crimes praticados na clandestinidade presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende proponha-se a vítima, ainda que de pouca idade, a inescrupulosamente, incriminar alguém lhe atribuindo falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. Especialmente, se essa incriminação gera para o incriminador a constrangedora obrigação de vir relatar, para terceiros estranhos, toda a vergonha desdita que passou*" (RT 733/545).

Ora, diante desse quadro probatório, não há como fugir à responsabilização criminal.

O comportamento do apelante contém elementos específicos, os maus tratos não ocorreram uma única vez, não foram esporádicos, mas se prolongaram no tempo, como afirmou a vítima e o fato foi confirmado pela avó materna.

Portanto, a conduta praticada se adequa ao tipo penal de tortura (Lei nº 9.455/1997) e não ao de lesão corporal.

A intenção do réu foi causar intenso sofrimento físico e mental a sua filha.

Narrou a menor que, porque acionou o botão errado da máquina de lavar, por engano, foi agredida pelo réu, erguida no ar pelo pescoço e teve as suas pernas chutadas. Afora isso, constantemente era agredida com uma borracha.

Ora, diante desse contexto, não resta dúvida que não se está diante de simples lesão corporal grave.

Foi bem lançada a condenação.

Passa-se ao exame da reprimenda imposta.

Nenhum reparo a ser feito.

A dosimetria penal aplicada está correta, fundamentadas todas as etapas.

A pena-base permaneceu no mínimo.

Na segunda fase, foi sopesada a agravante da reincidência, comprovada pela certidão de fls. 46/50 – condenação definitiva por tráfico.

Na terceira fase incidiu a causa de aumento decorrente de ser a vítima criança e também ponderou a nobre Magistrada que a filha ficou sem socorro do

Acesso ao Sumário

genitor, depois da agressão. Deveria ter sido encaminhada para exame de raio X, mas foi mandada para a escola como se nada tivesse ocorrido, ignorando o réu as manifestações da filha, de que estava sofrendo dor intensa.

Pena final: 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O *quantum* de pena e a reincidência não permitem outro regime senão o fechado, necessário e suficiente para a reprovação e prevenção da conduta praticada.

Subsiste, assim, integralmente a r. sentença, mantida aqui por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeita-se a preliminar arguida e, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000169-22.2010.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante LUÍS ROBERTO RODRIGUES DE AMORIM.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo defensivo e deram provimento ao ministerial para condenar Luís Roberto de Amorim ao cumprimento da pena corporal de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no piso mínimo e corrigidos monetariamente até a data de sua execução, substituída a corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período, a ser cumprida em instituição a ser designada no Juízo das Execuções Criminais, à razão de 07 (sete) horas semanais, e de prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo vigente na data do pagamento, a ser destinada a entidade assistencial, observando-se que, em caso de descumprimento das penas substitutivas, o regime prisional inicial será o aberto, com as condições obrigatórias do artigo 115, da Lei nº 7.210/84, comunicando-se a condenação também ao Instituto de Identificação do Estado do Paraná. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.029)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS – PLEITO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DO ACUSADO NOS TERMOS DA DENÚNCIA.

EM PROL DO RÉU, PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO FOI SUFICIENTE A COMPROVAR A PRÁTICA DA INJÚRIA RACIAL.

IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 140, § 3º (DUAS VEZES), C.C. O ART. 70, *CAPUT*, DO CP., QUE FOI DESCLASSIFICADA PARA A FORMA ART. 140, *CAPUT*, DO CP.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO EM INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA DESCRITA NA EXORDIAL.

Recurso defensivo desprovido e ministerial provido, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público e em favor de Luís Roberto de Amorim, que teve desclassificada a imputação que lhe foi feita da prática do crime previsto no artigo 140, § 3º (por duas vezes), na forma do artigo 70, *caput*, ambos do Código Penal, para a forma do artigo 140, *caput*, do Código Penal, com subsequente declaração da extinção da sua punibilidade, pela incidência da prescrição (fls. 87/89).

Aduz o doutor Promotor de Justiça que a r. sentença deve ser reformada, para que o acusado seja condenado nos termos da denúncia, asseverando que a prova produzida deu conta de comprovar que o réu se referiu às vítimas utilizando-se de elementos racistas, que as ofenderam, frisando que a alegada condição de embriaguez não tem o condão de excluir a sua responsabilidade penal (fls. 92/96).

Apela, também, a Defensoria do acusado, visando a reforma do édito monocrático, para que ele seja absolvido, alegando que a sua reconhecida condição de embriagado na ocasião, denota que não agiu com o dolo inerente à conduta, mas que "as palavras ditas pelo apelado, não passaram de 'bobagem', sem qualquer intuito de ofender quem quer que seja" (fl. 108), frisando que, tanto ele, quanto as vítimas, confirmaram que sempre mantiveram bom relacionamento (fls. 105/108).

Acesso ao Sumário

Os recursos foram contrarrazoados pelas partes, que se posicionaram pelo desprovimento de cada qual (fls. 101/103 e 116/118).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Cesar Pinheiro Rodrigues, se pronunciou pelo não conhecimento do recurso defensivo ou, caso conhecido, pelo seu desprovimento, e pelo provimento do ministerial, para que o acusado seja condenado nos termos da denúncia (fls. 125/133).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Há que se negar provimento ao recurso defensivo, provendo-se o ministerial.

Ouvido na fase inquisitorial, o acusado asseverou que no dia em questão havia se envolvido em uma briga de bar, após consumir elevada quantidade de bebidas alcoólicas, culminando por ser conduzido à Delegacia, frisando que "em dado momento, pediu a um guarda municipal que lhe comprasse uma 'Coca-Cola' no bar localizado aqui em frente; quando ele chegou e lhe entregou a bebida disse: 'essa macaquinha é gostosa'; afirma que se referiu à 'Coca-Cola' quando disse isso" (fl. 08), e não às vitimas, que sequer sabia que estavam também no Distrito Policial (fl. 08).

Em Juízo mudou sua inicial versão, para dizer que estava completamente embriagado na ocasião, sem sequer se recordar do ocorrido, ressaltando que, de qualquer forma, jamais teve comportamento racista, inclusive sendo seus ascendentes da raça negra (fls. 66/67).

A vítima Maria de Lourdes Vilella relatou que era vizinha do réu, e que no dia notou que ele, embriagado, se envolveu em uma briga de bar, frisando que para lá se dirigiu junto com sua irmã, visando apaziguar a situação, mas que, além dele ter lançado uma cadeira contra ela, ainda tentou agredir essa própria ofendida, culminando por serem todos conduzidos à Delegacia, onde o réu "disse de forma clara que ele (acusado) e o advogado dele iriam acabar com este bando de macacas, referindo-se a depoente e sua irmã Darci" (fl. 63).

Darci Felício Vilella, outra vítima, confirmou que o acusado estava embriagado na ocasião, como também a ocorrência do entrevero no aludido bar, acrescentando que a cadeira lançada por ele a atingiu em um dos braços, lesionando-a, motivando que fossem todos levados à Delegacia, confirmando que lá o réu proferiu palavras ofensivas, dizendo que ele e seu advogado iriam "acabar com este bando de macacas" (fl. 64).

Everton Eugênio Bighetti, genro de Darci, frisou que o réu e as ofendidas sempre mantiveram bom relacionamento, mas que, no dia em questão, ao intercederem em uma briga na qual ele se envolveu por estar alcoolizado, foram agredidas por ele, que ainda proferiu palavras ofensivas no interior da Delegacia, se reportando às suas declarações de fl. 05, nas quais relatou que escutou do acusado, enquanto as ofendidas prestavam declarações ao Delegado, que "este

Acesso ao Sumário

bando de macacas está ali dentro falando mal de mim" (fl. 05).

E a testemunha de defesa Vladimar André Kustro narrou que não presenciou o ocorrido na Delegacia, mas confirmou que o réu participou de evento de confraternização na empresa em que trabalhavam, e que saiu de lá "completamente bêbado, tendo ingerido praticamente um litro de 'whyski' sozinho" (fl. 65), no mais se reportando a ele, genericamente, como sendo boa pessoa (fl. 65).

Das narrativas citadas, portanto, evidenciada está a prática da injúria na forma preconizada no artigo 140, § 3º, do Código Penal, não havendo que se falar na pretendida absolvição, pois patente que o réu promoveu ofensa às vítimas com conteúdo racial, assim agindo no interior de uma Delegacia, não havendo que se falar que a expressão "um bando de macacas" tivesse como alcance tão somente a honra e a imagem das ofendidas, como prevê a forma simples do delito, recepcionada no édito monocrático, mas, por óbvio, a elas se referiu de forma depreciativa, em razão da sua raça negra.

Nesse sentido a doutrina de Guilherme de Souza Nucci: - "**Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (...), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva**." (*in* Código Penal Comentado - 10ª ed. - São Paulo: RT, 2010 - p. 684).

E as contradições observadas nas narrativas ofertadas pelo réu, nas fases extrajudicial e judicial, demonstram sua plena consciência em relação ao delito, cometido contra pessoas que, aliás, intercederam em seu favor quando se envolveu em entrevero no bar, não sendo excludente de culpabilidade a alegada embriaguez voluntária, a teor da previsão contida no art. 28, do CP.

Procedente a denúncia, e se tratando de réu primário, fixam-se as penas, para cada qual dos crimes, em um ano de reclusão, mais o pagamento de dez dias-multa, estabelecidos no piso mínimo, e corrigidos monetariamente até a data do seu pagamento.

Após, incidindo na espécie o concurso formal de crimes, fica uma delas majoradas em 1/6, resultando em um ano e dois meses de reclusão, além da paga de onze dias-multa.

E diante da sua primariedade, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, fica substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período, a ser cumprida em instituição a ser designada no Juízo das Execuções Criminais, à razão de sete horas semanais, e de prestação pecuniária no valor de um salário mínimo vigente

Acesso ao Sumário

na data do pagamento, a ser destinada a entidade assistencial, observando-se que, em caso de descumprimento das penas substitutivas, o regime prisional inicial será o aberto, com as condições do artigo 115, da Lei nº 7.210/84.

Isto posto, nega-se provimento ao apelo defensivo e dá-se provimento ao ministerial para condenar Luís Roberto de Amorim ao cumprimento da pena corporal de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no piso mínimo e corrigidos monetariamente até a data de sua execução, substituída a corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período, a ser cumprida em instituição a ser designada no Juízo das Execuções Criminais, à razão de 07 (sete) horas semanais, e de prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo vigente na data do pagamento, a ser destinada a entidade assistencial, observando-se que, em caso de descumprimento das penas substitutivas, o regime prisional inicial será o aberto, com as condições obrigatórias do artigo 115, da Lei nº 7.210/84. **Deverá o MM. Juiz comunicar a condenação também ao Instituto de Identificação do Estado do Paraná**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008732-42.2010.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante DIRCE AUGUSTA DE ALVARENGA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao apelo, para absolver a ré DIRCE AUGUSTA DE ALVARENGA, da imputação que lhe foi assacada, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U. Comunique-se.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.927)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. Recurso visando à absolvição por falta de provas, ou, subsidiariamente,

Acesso ao Sumário

ao reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade. *Pertinência*. Materialidade delitiva não comprovada. Auto de Exibição e Apreensão que não descreveu devidamente as mídias apreendidas. Laudo Pericial que constatou somente a falsificação dos objetos, sem verificar o teor das mídias. Absolvição com fundamento no artigo 386, VII, do CPP. Decisão reformada.

Provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto pela acusada **DIRCE AUGUSTA DE ALVARENGA** contra sentença penal condenatória proferida pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto (publicada em audiência realizada em 13 de janeiro de 2.015).

Segundo o descrito na inicial acusatória, a **apelante** foi denunciada por infração ao artigo 184, § 2º, do Código Penal, porque em 17 de outubro de 2009, por volta das 16 horas, na avenida Potirendaba, na cidade e comarca de São José do Rio Preto, tinha em depósito e expostas à venda, 409 (quatrocentos e nove) CDs e 549 (quinhentos e quarenta e nove) DVDs de autores diversos, reproduzidos com violação do direito do autor, do direito de artista intérprete e executante e do direito do produtor do fonograma (denúncia recebida em 13/01/2012).

De acordo com apurado, a **apelante** foi surpreendida com os DVDs e CDs reproduzidos com violação de direito autoral, os quais estavam expostos à venda numa banca improvisada.

Após o devido processamento, a **apelante** foi **condenada**, por incursa no artigo 184, § 2º do Código Penal, às penas de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, no regime inicial aberto, além de **12 (doze) dias-multa**, no piso legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade, pelo período de dois anos, e ao pagamento de prestação pecuniária no valor equivalente a um salário mínimo (R$ 788,00), em favor do "Fundo Municipal da Criança e do Adolescente".

Pretende a **apelante** a absolvição, sustentando pela imprestabilidade do laudo pericial e porque não identificados os sujeitos passivos. Alternativamente, reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade (fls. 102/107).

A sentença transitou em julgado para Acusação em 28 de setembro de 2015 (certidão de fls. 122).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 113/121, com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo parcial provimento do recurso (fls. 127/132).

É o relatório.

Com a devida vênia, entendo como provas imprescindíveis para a comprovação da materialidade do delito contra a propriedade intelectual o seguinte: **(i) auto de exibição e apreensão** adequado, com **descrição do número de "obras"** (reproduções) apreendidas, bem como as **respectivas identificações completas** (título, autor, gravadora, distribuidora). Na hipótese de inúmeras reproduções é aceito a descrição por amostragem, mas em número passível de indicar o conjunto do material aprendido; **(ii)** elaboração de **laudo pericial** específico, também possível por amostragem, mas dentro do descrito no auto de exibição e apreensão – apresentando-se imprescindível a existência do padrão original para comparação – que **constate, além de aspectos externos, o que efetivamente foi gravado na mídia; (iii)** identificação dos **responsáveis por aquelas obras**, detentores do direito autoral (por representantes, se o caso) para esclarecerem, em declarações formais, **sobre o domínio daqueles direitos.**

Somente a partir daí, tornar-se-ia viável a verificação sobre as outras elementares do tipo ("posse" com finalidade de lucro), bem como sua autoria.

Na espécie, o auto de exibição e apreensão descreveu, de forma lacônica, os objetos encontrados em posse da **apelante**, a saber, "*10 CDs de cantores diversos e 10 DVDs diversos, por amostragem*", indicando o nome da música ou título de filmes, autores, número do C.R.A. e editora de algumas amostras que traziam tais informações (fls. 10).

O laudo pericial (fls. 09/12), responsável por atestar a materialidade do ilícito, concluiu que "*Portanto, todas as peças enviadas para exame são comumente denominadas "PIRATAS", termo que designa a reprodução ilegal, não autênticas. A comercialização comprovada dos produtos examinados irá revestir-se de ilegalidade, dada às duplicações de origem clandestina*", **não havendo indicação**, por outro lado, **sobre a verificação do conteúdo dos discos**, ou seja, se **continham, de fato, as obras indicadas na capa** (relação às fls. 10 – *e.g.* CD's – "César Menotti e Fabiano; Teodoro e Sampaio; Jorge e Mateus ...*entre outros*; b) DVDs: Chaves Especial 6 em 1; Peixe Grande e suas Histórias Contraponto ...*entre outros*) com **efetiva reprodução** irregular delas, nada atestando, pois.

Respeitado o entendimento do juízo "*a quo*", não há como admitir o crime de "violação de direito autoral" sem comprovação de **reprodução** de específica obra, identificação de seu autor ou responsável, e, enfim, oitiva dele ou de seu representante (quando possível ou necessário), para deixar clara a inexistência de qualquer situação que impossibilite seu comércio como apresentado nos autos.

Acesso ao Sumário

Isso porque, o dispositivo penal ora em comento deve ser analisado de acordo com a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), de tal sorte que é inevitável a conclusão de que o tipo penal busca **proteger o patrimônio do Autor**, considerado como **bem móvel** nos termos do artigo 3º da indicada lei.

E, cabendo ao autor, **exclusivamente**, "*utilizar, fruir e dispor da obra*" (art. 28, da Lei nº 9.610/98), é conveniente que seja ouvido, para se definir, efetivamente, se houve desrespeito àquela obra, como previsto em lei. Outrossim, a identificação do autor ou responsável é fundamental até para aferir se a obra não caiu no domínio público. Contudo, quando o vendedor é flagrado comercializando clandestinamente (sem o recolhimento de imposto, sem possuir alvará ou fornecer notas fiscais), diversos títulos, de propriedade de diversas pessoas, resta clara situação de ausência de autorização, para venda, daquele material, por parte do respectivo titular da obra, podendo ser concluído pela caracterização do ilícito, ainda mais se nada em contrário é comprovado pelo acusado (sobre eventual licitude da atividade).

Por derradeiro, e é o que interessa no caso ora em análise, consigno que é irrelevante, na espécie, que as cópias ou reproduções sejam de baixa qualidade, facilmente perceptíveis. O que se **pune com o tipo penal em apreço é a *reprodução*, não autorizada, de obras de autores com exclusividade na exploração delas. Não se trata de "*crime contra a fé pública***", mesmo porque, quem adquire produtos "piratas", não está sendo enganado, sabendo muito bem o que está adquirindo. A reprodução da obra, então, como já referido, não foi atestada na perícia realizada.

Visivelmente prejudicada, pois, a prova da materialidade do ilícito, haja vista não realizada a contento, surgindo insuficiente para condenação.

Portanto, deve a recorrente **DIRCE** ser absolvida por ausência de prova adequada da própria materialidade do delito em questão, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, prejudicada a análise das demais teses defensivas.

Do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo, para **absolver** a ré **DIRCE AUGUSTA DE ALVARENGA**, da imputação que lhe foi assacada, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Comunique-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3023333-

83.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado MIZAEL BISPO DE SOUZA, MACOTO MARIO NAKASHIMA, JANETE FERREIRA DE CARVALHO, CLAUDIA ELIANE MAYUME NAKASHIMA e MARCIO MASSAMI NAKASHIMA, é apelado/apelante 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 votação unânime, afastaram as preliminares arguidas e deram e provimento parcial aos recursos para afastar as circunstâncias judiciais: 1) da dissimulação, em face do *bis in idem*, 2) da negativa de autoria, reconhecida a garantia constitucional da autodefesa, representada pelo direito de não se autoincriminar, 3) dos antecedentes e 4) da atividade de trabalho informal, e para aumentar a pena, em um terço, em razão da dissimulação, recurso que impossibilitou a defesa da vítima, mantida como circunstância agravante genérica, resultando a pena de vinte e dois anos e oito meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.798)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: ***Apelação criminal. Tribunal do Júri. Art. 121, § 2º, I, III e IV, CP.***

Ministério Público. Assistentes da acusação. Maus antecedentes. Dissimulação. Recurso que dificultou a defesa da vítima. Aumento da pena.

Defesa. Preliminares. Nulidade da sentença. Insuficiência probatória. Absolvição sumária. Novo julgamento. Desaforamento. Qualificadoras. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Afastamento. Redução da pena. Apelo em liberdade. Sala de Estado-Maior.

Preliminares inseridas em irresignação extensa, de forma redundante e envolta em conteúdo de mérito. Apreciação com base nos atos processuais e encadeamento processual. Rejeição.

Decisão do Conselho de Sentença lastreada em indícios incontestáveis, aptos a autorizar a condenação. Encadeamento coerente de indícios sérios e graves. Opção por uma das versões apresentadas. Decisão

Acesso ao Sumário

que se ampara na prova dos autos. Novo julgamento. Acolhimento inviável.

Motivo cruel. Vítima atingida por disparos não letais. Veículo lançado à represa. Morte devido a asfixia por afogamento. Sofrimento desnecessário e incomensurável. Configuração. Circunstâncias judiciais. Art. 59, CP. Larga margem de discricionariedade que não se confunde com arbítrio. Não condiz com a garantia constitucional da individualização da pena dar peso único, sucessivo e sobreposto às circunstâncias judiciais.

Dissimulação. Vítima ex-namorada do apelante, atraída ardilosamente para cilada. Configurada a agravante genérica, a mesma circunstância, valorada na primeira fase, não pode gerar dupla majoração. *Bis in idem*. Afastamento.

Negativa de prática delitiva. Direito de não colaborar assegurada pelo art. 5º, LXIII, CF. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Desdobramento do direito de permanecer calado. Autodefesa renunciável. Princípio do *nemo tenetur se detegere*. Afastamento.

Maus antecedentes não comprovados. Atividade de trabalho informal desempenhada pelo apelante, que não foi objeto de providências oportunas, não pode agravar a pena. Afastamento. Afastadas tais circunstâncias, permanece o aumento da pena-base em cinco anos.

Dissimulação. Recurso que dificultou ou impediu a defesa da vítima. Não havia razão para a vítima esperar ou suspeitar da possibilidade de agressão, dissimuladas que foram as reais intenções. Agravante genérica. Configuração. Contexto fático. Acréscimo de 1/3 na pena.

Fatos ocorridos na vigência da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Vítima colhida por disparos de arma de fogo, no rosto. Lesão típica de violência de gênero, em que a mulher tem desfigurada sua identidade. Agravante genérica do art. 61, II, *f*, do CP, não atribuída pela acusação, nem requerida pelos

Acesso ao Sumário

assistentes. Admissão inviável. Apelante beneficiado. Recursos providos parcialmente para afastar as circunstâncias judiciais: 1) da dissimulação, em face do *bis in idem*, 2) da negativa de autoria, em virtude da garantia constitucional da autodefesa, representada pelo direito de não se autoincriminar, 3) dos antecedentes e 4) da atividade de trabalho informal, desempenhada pelo apelante, e para aumentar a pena, em um terço, em razão da dissimulação, recurso que impossibilitou a defesa da vítima, mantida como circunstância agravante genérica, resultando a pena de *vinte e dois anos e oito meses de reclusão,* mantido o regime inicial *fechado*.

VOTO

Mizael Bispo de Souza, por infração ao artigo 121, § 2º, I (motivo torpe), III (meio cruel) e IV (recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal, foi condenado à pena de *vinte anos de reclusão*, em regime inicial *fechado*, e pagamento de cem Ufesp's (fls. 4063/4071).

Negado o apelo em liberdade, foi expedida guia de execução provisória (fls. 4184).

Desmembrados os autos, prosseguiram os principais, em relação ao corréu Evandro Bezerra da Silva (fls. 4492, 4495).

Postula o ilustre promotor de Justiça, assim como o assistente do Ministério Público, ratificadas que foram as razões apresentadas pela acusação, a majoração da pena, adotado critério diverso, devendo ser considerada a presença de maus antecedentes, a título de circunstância judicial, assim como, agravado o aumento resultante da dissimulação, recurso que dificultou a defesa da vítima (fls. 4186/4205, 4212/4213).

Postula o ilustre defensor, preliminarmente, a nulidade da sentença: 1) indeferimento da transcrição dos depoimentos; 2) omissão do delegado de polícia ao deixar de investigar hipótese de sequestro; 3) ausência de perícia no carro de Evandro; 4) atuação parcial do advogado designado pela OAB/SP; 5) provas periciais forjadas a incriminar o apelante; 6) Júri composto em sua maioria por mulheres, selecionadas de forma repetida tanto no ano anterior, como no ano do julgamento; 7) parcialidade do juiz presidente, vez que se emocionou ao proferir a sentença; 8) violação ao princípio da publicidade, divulgados relatos inconvenientes e preconceituosos contra o apelante, e em face de serem distribuídas senhas para o Júri; 9) ausência de imparcialidade do magistrado; 10) delegado não merecedor de crédito na condução do inquérito,

Acesso ao Sumário

tornou-se inimigo do apelante, não resguardou o segredo de Justiça, em violação ao artigo 20, do CPP; 11) promotor parcial, deixou-se influenciar pela imprensa, não assinou a denúncia, requereu fosse retirado o sigilo do processo, expondo a intimidade do apelante, ouviu testemunhas antecipadamente, não impediu o sensacionalismo criado pelas redes de TV; 12) tortura praticada contra o corréu, mais de cinco depoimentos "*típicos da ditadura militar*"; 13) inépcia da denúncia; 14) excesso de linguagem na pronúncia, 15) ausência de participação da OAB; no mérito, por insuficiência de prova, postula a absolvição sumária ou novo julgamento, determinando-se o desaforamento do feito; subsidiariamente, requer o afastamento das qualificadoras e de circunstâncias judiciais tidas como desfavoráveis, versão dos fatos apresentada pelo apelante e comportamento da vítima; assegurado o direito de aguardar o julgamento do apelo em liberdade, em sala do Estado Maior (fls. 4291/4451)

Juntados os protocolados de fls. 4574/4578, 4581/4586, 4587/4596, 4599/4645, 4647/4648, 4651/4653, 4656.

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 4439/4451, 4459/4474, 4476/4477), a d. Procuradoria Geral de Justiça, afastadas as preliminares, improvido o recurso defensivo, manifesta-se pelo provimento do apelo ministerial (fls. 4509/4547).

É o relatório.

O apelante Mizael Bispo de Souza foi pronunciado e condenado pelo Tribunal do Júri de Guarulhos, porquanto no dia 23 de maio de 2010, entre 19 e 21h, no interior das águas da Represa Atibainha, nas imediações da Rodovia Juvenal Ponciano de Camargo (antiga Estrada Velha Guarulhos-Nazaré), altura do Km 51, no bairro de Cuiabá, no município de Nazaré Paulista, Mércia Mikie Nakashima foi morta por afogamento, tendo o apelante executado o crime, auxiliado moral e materialmente pelo corréu Evandro Bezerra da Silva, que lhe forneceu também fuga do local, após a consumação do delito.

Segundo consta da denúncia e aditamento, o apelante convidou a vítima Mércia para um encontro casual, ocorrido, inicialmente, nas proximidades do Hospital Geral de Guarulhos, oportunidade em que deixou seu veículo estacionado e seguiu com Mércia para um passeio, no veículo da vítima, entre os bairros Parque Cecap e Cuiabá, em Guarulhos e Nazaré Paulista. O apelante efetuou disparo de arma de fogo contra Mércia, atingindo-a no braço esquerdo, mão direita e mandíbula. Segundo consta, não se podendo precisar, se antes ou depois dos disparos, a vítima foi violentamente agredida com instrumento contundente, que deu causa à fratura do maxilar e mandíbula. O apelante empurrou o veículo da vítima para a Represa de Nazaré Paulista, ato contínuo, dirigiu-se a uma estrada próxima, ocasião em que se encontrou com o corréu Evandro, desde o início dos crimes, previamente ajustado para buscá-lo de

Acesso ao Sumário

automóvel, nas margens da represa em questão. No retorno a Guarulhos, o corréu Evandro deixou o apelante Mizael, no local, onde estacionara o veículo. Segundo consta ainda, o corpo da vítima foi localizado dezoito dias após os fatos, constatado que a vítima veio a falecer por afogamento.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o apelante Mizael foi condenado, por infração ao disposto no artigo 121, § 2º, incisos I (motivo torpe), III (meio cruel) e IV (recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal, à pena de vinte anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Importa assinalar que as preliminares arguidas pela Defesa encontram-se inseridas em irresignação extensa que, ao se insurgir contra a condenação do apelante, articulada com idas e vindas, de forma redundante que, em certa medida, apresenta matéria preliminar envolta em conteúdo de mérito e vice-versa.

Para que a apreciação das preliminares arguidas pela Defesa possa ser realizada, adota-se critério, na medida do possível, tomando como base, os atos processuais, no encadeamento sequencial, apontados como irregulares e passíveis de nulidade.

Ademais, várias questões, levantadas a título de preliminar, já foram objeto de apreciação, quer por esta Câmara, quer por Órgão Judicial diverso.

Assim é que, por primeiro, não se vislumbra irregularidade decorrente do indeferimento da transcrição da prova, colhida na primeira fase do procedimento.

Os depoimentos colhidos, na instrução criminal, na primeira fase do procedimento escalonado, não necessitam serem transcritos, eis que disponível a mídia, em que foram gravados os meios de prova colhidos (art. 394, § 3º do CPP). Contaram inclusive, com a participação do apelante e dos então defensores constituídos. No plenário do Júri, eis que, na hipótese, houve registro, por meio audiovisual, as partes tiveram e têm acesso, a qualquer tempo, à respectiva cópia. Não há falar em transcrição do julgamento pelo Júri para a fim de assegurar o bom desempenho da defesa (TJSP - 12ª Câm. Crim. - HC n. 0014938-49.2013.8.26.0000, j. 24/04/2013, Relª. Desª Angélica de Almeida).

Não constitui questão a ensejar o decreto de nulidade do processo a alegação de que o delegado de polícia teria se omitido, ao deixar de investigar hipótese de sequestro, menos ainda, representa ato a caracterizar prevaricação. Houve apuração da suspeita de sequestro, desencadeada durante o inquérito policial, descartada em razão da presença de indícios, que apontavam para fatos outros.

A condução da investigação policial, se inconsistente, como alegado, teve a defesa oportunidade de se contrapor à prova pericial levada a efeito, aos elementos indiciários colhidos, na fase inquisitiva, e, durante a instrução

Acesso ao Sumário

criminal, que se desenvolveu, em contraditório. Teve a Defesa participação efetiva, assegurado que foi a oportunidade de participar a cada passo do desenrolar do presente feito.

Se no entender da Defesa houve falha, na apuração dos fatos, tinha a possibilidade de requerer diligências, porventura necessárias, nos termos do art. 406 e §§ do CPP, que estabelece:

> Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
>
> § 1º O prazo previsto no *caput* deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.
>
> § 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.
>
> § 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Se a defesa tinha convicção da existência de fato diverso, a ensejar a autoria de outras pessoas, não insistiu para tal apuração.

Na há falar em violação ao sigilo.

É preciso diferenciar. O sigilo é necessário para os atos de investigação. As diligências policiais de investigação podem ser sigilosas. Uma vez documentada a diligência, o sigilo não alcança o indiciado, seu defensor e a vítima (Marta Cristina Cury Saad Gimenes. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*, SP: RT, 2004, p. 167/168). Ademais, preservados foram os dados fiscais, bancários e telefônicos constantes de autos, que permaneceram em segredo (autos suplementares).

Os termos do inquérito policial, inclusive o relatório final, encontram-se devidamente assinados pela autoridade policial (fls. 873/884). Se uma ou outra folha do inquérito deixou de ter a rubrica da autoridade policial, não torna o presente processo nulo, como pretende a Defesa.

A ausência de perícia, no carro do corréu Evandro, por sua vez, não acarreta nulidade. Mesmo porque, apenas vários dias, após o desaparecimento da vítima, ficou apurado o relacionamento do apelante com o corréu Evandro.

A participação do representante da Ordem dos Advogados do Brasil é exigida, nos termos do artigo 49, parágrafo único, da Lei 8.906/94.

De outra parte, não há evidência de que o advogado, que participou do inquérito policial, por designação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, tenha atuado de forma parcial. Tanto que ouvido em juízo, não foi

Acesso ao Sumário

contraditada sua oitiva (cd).

De outro lado, a denúncia formulada, nos presentes autos, ao contrário do alegado, encontra-se firmada pelo representante do Ministério Público, que atuou nos autos. Descreve o fato delituoso, louvando-se nas circunstâncias fáticas colhidas, no inquérito policial, bem como, nas conclusões apresentadas pela prova pericial, desde logo, levada a efeito (fls. 01D/05D, 997).

Em relação ao apelante Mizael, a denúncia buscou substrato, nos dados extraídos, quer nos depoimentos pessoais, quer nos dados registrados pelo rastreamento das ligações telefônicas, quer nos demais elementos de convicção, colhidos na fase inquisitiva.

A denúncia preenche os requisitos exigidos pelo artigo 41, do Código de Processo Penal. Descreveu os fatos de maneira clara, indicando data, hora e local. Relatou com todas circunstâncias em que consistiu a conduta imputada ao ora apelante. Tanto assim que a denúncia deu margem ao exercício da defesa, em cada momento processual.

No que diz respeito à pronúncia, tem-se que foi observado o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. A decisão foi exarada de forma fundamentada. Reconheceu suficientemente comprovadas a existência da materialidade do fato e a presença de indícios suficientes de autoria, apresentando os motivos e razões da solução adotada. Não se verifica configurado o alegado excesso de linguagem que, aliás, não foi arguido em tempo hábil. Nem mesmo foi matéria aventada, no Recurso em Sentido Estrito n. 0035865-48.2010.8.26.0224 - Guarulhos, que, em 21 de março de 2012, por votação unânime, esta Colenda Décima Segunda Câmara de Direito Criminal negou provimento.

O desaforamento, pretendido pela Defesa, de outra parte, constituiu matéria apreciada por esta Décima Segunda Câmara de Direito Criminal, em 24 de novembro de 2010, por maioria de votos, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 990.10.408637-0 - Guarulhos, assim consignado:

> Descreve a denúncia acima transcrita a ocorrência de um crime que se iniciou em um local (a comarca de Guarulhos) e teve seu desfecho em outro (a comarca de Nazaré Paulista) - portanto, plurilocal.
>
> É certo, como alegado pelo d. impetrante, que não há provas concretas de que os fatos teriam se desenrolado dessa maneira - no entanto, neste momento processual, não há mesmo que se falar em provas concretas, cuja presença somente o Conselho de Sentença poderá avaliar. Basta, agora, a presença de indícios, que estão suficientemente demonstrados pelo apurado no inquérito policial.
>
> Também é certo que o evento morte ocorreu na comarca de Nazaré Paulista, pois o laudo necroscópico revelou que a ***causa mortis*** foi o afogamento nas águas da represa situada naquela cidade.
>
> No entanto, entendo que a redação do artigo 70 do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Penal permite, em casos como o ora analisado, o julgamento e processamento do feito na comarca onde tudo indica que a ação foi iniciada.

No caso concreto, com a devida vênia da posição adotada pelo magistrado de primeira instância quando do recebimento da denúncia (fls. 120/128 do apenso), tenho como admissível a hipótese de que o agente não pretendia matar a vítima por afogamento.

Consta do laudo de exame necroscópico que a vítima foi alvejada por três tiros, um dos quais atingiu sua face, causando fratura na mandíbula. Lícito, portanto, presumir que o agente pretendia matar a vítima mediante disparos de arma de fogo, só a lançando às águas da represa no intuito de ocultar o cadáver, estando convencido de que ela já estava morta. Dessa forma, sua intenção homicida teria sido plenamente executada antes do ato praticado na comarca de Nazaré Paulista.

Determina o dispositivo legal acima mencionado que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração. A norma, portanto, não é absoluta e deve ser conjugada com o principio reitor dos critérios de fixação de competência - a facilitação da apuração do delito.

Tal raciocínio se aplica com precisão aos casos como o ora analisado, onde se investiga a ocorrência de crime plurilocal (repita-se, aquele que, dentro de um mesmo país, tem a conduta realizada num local e a produção do resultado noutro). Sobre esse assunto, em seu "Código de Processo Penal Interpretado", Editora Atlas, 2003, 11ª edição, p. 295, Júlio Fabbrini Mirabete escreveu que "*apesar do disposto no art. 70, "caput", de que é competente o juiz do local da consumação do delito, uma confusão de conceitos ligados à regra de fixação da competência, na doutrina e na jurisprudência, tem alastrado interpretação diversa, movida por medida de política criminal. Em tema de homicídio, doloso ou culposo, o STJ e tribunais estaduais têm decidido pela competência do juízo do lugar onde o agente praticou os últimos atos de execução e não o da morte da vítima.*

Argumenta-se que é no local da execução ou do sinistro que o crime gerou intranqüilidade social e onde melhor se fará a colheita das provas, e não no lugar onde a vítima morreu após emergência! transporte para outra cidade em decorrência da urgência, facilidades ou da necessidade de maiores recursos médico-hospitalares."

Na lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, na obra "Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudência!", Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, volume 2, fls. 903:

"*Questiona-se, dentre inúmeras outras hipóteses, o foro competente nos chamados crimes plurilocais, cuja ação é praticada em um lugar e o evento ocorre em outro. Neste passo, distingue FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:*

Acesso ao Sumário

'se o evento descrito na norma for indispensável à existência do crime, necessário à correta perfectibilidade do tipo, então a consumação se verifica onde ocorre o evento', porque nesses casos somente no lugar onde suceder o evento é que o tipo se tornará perfeito, isto é, verificar-se-á o fato típico'. O exemplo mais ocorrente é o crime de homicídio, em que a ação é praticada em um lugar e o evento morte em outro. De outro lado, 'se a produção do resultado descrito no tipo não for indispensável à configuração do crime - e é o que ocorre com os delitos formais -, o delito ficará consumado com a simples conduta, mesmo que eventual resultado ocorra em outro lugar' (Processo Penal, Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2, p. 99/101)."

Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da questão da competência nos crimes plurilocais, na obra "Manual de Processo Penal e Execução Penal", Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, ensina:

"Crimes plurilocais são aqueles cuja ação ou omissão se dá num determinado lugar e o resultado termina ocorrendo em outro. Firma-se a competência, como já mencionado, pelo foro do local da consumação (resultado).

(...) Deve-se respeitar uma ressalva corretamente feita pela jurisprudência. O homicídio, embora seja crime material, cuja conduta de lesionar a integridade física pode ocorrer em determinada cidade e o resultado morte, em outra, deve ser apurado e o agente processado no lugar da ação ou omissão. Se a regra do artigo 70 do CPP fosse fielmente seguida, o correto seria a ocorrência do trâmite processual no local onde se deu a morte da vítima; entretanto, seguindo-se o princípio da busca da verdade real, torna-se mais segura a colheita da prova no lugar da conduta."

Nesse sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - HOMICÍDIO – VÍTIMA ALVEJADA, A TIROS, NUMA COMARCA, VINDO A FALECER, TEMPOS DEPOIS, EM OUTRA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO ONDE OCORRIDA A AGRESSÃO.

1. Se o interesse do processo é a busca da verdade real, tem-se que a ação penal deve desenvolver-se no local que facilite a melhor instrução.

2. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito da Vara Distrital de Francisco Morato-SP, o suscitado." (CC 17.112'/PR, Relator Ministro Anselmo Santiago, DJ 17/8/98)."

"PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO. ART. 70. CPP.

I - O artigo 70 do Código de Processo Penal, explicitamente, indica que o critério ali enunciado atua como regra geral. Incidem pois em casos especiais os princípios reitores da competência.

II - O principio que rege fixação de competência é de interesse público, objetivando a alcançar não só a sentença formalmente legal e se possível justa.

Acesso ao Sumário

III - A orientação básica da lei é eleger situações que melhor atendam a finalidade do processo. Este busca a verdade real. A ação penal, então, deve desenrolar-se no local que facilite a melhor instrução afim de o julgamento projetar a melhor decisão.

IV - No caso dos autos, a ação foi praticada em Catalão; a morte em hospital de Brasília. A vítima removida em conseqüência da extensão da conduta delituosa. Evidente na espécie o juízo da ação e o local que melhor atenda o propósito da lei. Ali se desenvolveram os atos da conduta delituosa. Agente e vítima moravam no local. A morte em Brasília foi uma ocorrência acidental.

V - Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito de Catalão-GO o Suscitado." (CC 8.734/DF, Relator p/acórdão Ministro Pedro Acioli, DJ 20/3/95).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. ARTIGO 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. SORO CONTAMINADO. MORTES OCORRIDAS EM HOSPITAL LOCALIZADO NA COMARCA DE FORTALEZA/CE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que a competência para o conhecimento e julgamento do crime de homicídio, em regra, é determinada pelo lugar em que se consumou a infração, ou seja, pelo lugar onde ocorreu a morte da vítima, sendo esta passível de modificação na hipótese em que outro seja o local que melhor sirva para a formação da verdade real. Precedentes.

2. Se as mortes das vítimas ocorreram no Município de Fortaleza/CE, o juízo desta Comarca é que será o competente para conhecer e julgar os fatos, pouco importando que a sede da empresa fabricante do soro contaminado seja na comarca do Juízo suscitado, bem como a existência de outra ação penal, instaurada na comarca do Juízo suscitante, contra os mesmos acusados por crimes praticados contra outras vítimas.

3. O Superior Tribunal de Justiça, no conflito de competência, é competente para declarar a competência de outro juízo, que não o suscitante ou o suscitado. Precedentes.

4. Conflito conhecido para declarar competente um dos Juízos da Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, lugar onde os autos deverão ser encaminhados para posterior distribuição. (CC n° 34.557-PE - Relator Ministro Hamilton Carvalhido - julgado em 26/06/2002)." (grifos nossos)

Deve-se ponderar, também, que as investigações acerca do desaparecimento da vítima tiveram início na comarca de Guarulhos, cidade onde tanto a vítima como o acusado residiam (fls. 07 e 10 do apenso). Não havia notícia de que a vítima morrera, muito menos que isso teria acontecido na cidade de Nazaré Paulista. Assim, todas as providências para viabilizar as investigações, tais como autorização judicial para interceptação telefônica, busca domiciliar e apreensão de objetos, quebra de sigilo bancário e de dados cadastrais de telefonia

Acesso ao Sumário

foram tomadas, naturalmente, pelo juízo da comarca de Guarulhos.

Também na Comarca de Guarulhos reside a maior parte das testemunhas arroladas tanto pela acusação como pela defesa. O deslocamento do processo-crime para a comarca de Nazaré Paulista acarretaria a expedição de diversas cartas precatórias, em sua maioria para a comarca de Guarulhos. A colheita da prova seria feita por um juiz e o julgamento, por outro, o que é permitido, mas fragiliza a valoração do conjunto probatório. Daí a recente reforma processual penal ter enfatizado a observação do princípio da identidade física do juiz.

Quanto ao argumento de que o crime teria deixado vestígios nos arredores da represa onde ocorreu o afogamento, anota-se que a colheita dessas evidências é - e foi - feita por peritos, que obviamente para lá retornarão, caso necessário, não havendo necessidade de manutenção dos autos naquela comarca com esse fim.

Essa breve análise indica fortemente que a comarca de Guarulhos é o local onde há maior facilidade para se apurar os elementos probatórios necessários à busca da verdade real.

Outra questão a ser analisada é que, caso o processo seja anulado a partir do recebimento da denúncia, o juiz da comarca de Nazaré Paulista poderá recebê-la na íntegra, inclusive quanto ao crime de ocultação de cadáver, que foi rejeitado pelo magistrado de Guarulhos. Isso acarretaria o prejuízo de toda a instrução, pois caracterizaria aumento na acusação, dando azo à reabertura da instrução e reinquirição de todas as testemunhas (como já registrado, em sua maioria através de cartas precatórias).

Ademais, a comarca de Nazaré Paulista não possui Vara especializada, existindo apenas a Vara Única, que não possui ao menos estrutura física para realização de sessões plenárias, resultando, nesse sentido, tumultuaria a mudança pretendida pela defesa.

Deve, pois, no meu entender, ser feita interpretação teleológica da regra contida no artigo 70 do Código de Processo Penal, priorizando-se a ***mens legis***, esta no sentido de que o juízo competente para processamento e julgamento do feito é aquele que melhor facilitará a produção de provas, o bom funcionamento da máquina judiciária e a celeridade processual, propiciando, assim, a maior exatidão possível na apuração dos fatos.

Por fim, insta consignar que, houvesse alguma nulidade a ser reconhecida, em se tratando de competência territorial, esta seria de caráter relativo. E, para reconhecimento dessa ocorrência, além da arguição oportuna (o que ocorreu), seria necessária a demonstração da ocorrência de prejuízo por parte da defesa.

Em sede de nulidades, nosso ordenamento, em especial, na previsão contida no artigo 563 do Código de Processo Penal, adota como norte o princípio "**pas de nullité sans grief'**, oriundo do direito francês. A corroborar, insta colacionar o seguinte aresto:

Acesso ao Sumário

"***A regra máxima em matéria de nulidades, de ordem material e/ ou processual é de que inexiste nulidade sem prejuízo, curial e iterativamente aplicado o principio do "pas de nullité sans grief*** (RJDTACRIM 5/133 - Rel. Marrey Neto).

Portanto, para reconhecimento de nulidade, seria necessário demonstrar que houve efetivo prejuízo para a defesa.

In casu, o d. defensor não só não demonstrou eventual prejuízo sofrido como sequer alegou sua ocorrência - até porque, regra geral, em casos de competência do Tribunal do Júri, quanto maior a comarca onde ocorre o julgamento, maior a imparcialidade deste. Daí se concluir que o julgamento na comarca de Guarulhos não resultará em prejuízo ao acusado.

A corroborar o entendimento de que se trata de caso de nulidade relativa:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CRIME COMPLEXO. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE FOI VERIFICADO O RESULTADO MORTE. INCOMPETÊNCIA RATIONE LOCI. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE SER ARGÜÍDA EM MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CRIME PERMANENTE. COMPETÊNCIA FIRMADA POR PREVENÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Hipótese na qual a defesa alega que os réus estão sendo processados por juízo incompetente, pois o crime apurado consumou-se na Comarca de Dourados/MS, eis que a mera subtração do veículo no município de Angélica não teria o condão de fixar a competência naquela comarca.

2. Nos crimes qualificados pelo resultado, fixa-se a competência no lugar onde ocorreu o evento qualificador, ou seja, onde o resultado morte foi atingido, assim, tendo os corpos das vítimas do latrocínio sido encontrados na Comarca de Dourados, e havendo indícios de que lá foram executadas, a competência se faz pela regra geral disposta nos arts. 69,1 e 70, "caput", do CPP.

3. A incompetência territorial constitui-se em nulidade relativa, sendo impróprio o reconhecimento de qualquer vício, se não suscitado em tempo oportuno - antes de proferida a sentença e se ausente a demonstração de prejuízo à defesa, tendo em vista o princípio pas de nullité sans grief.

4. Em matéria processual não se declara nulidade sem a efetiva ocorrência de prejuízo, ou, ainda, quando o ato processual não houver influído na apuração da verdade substancial, ou na decisão da causa, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal.

5. Não obstante o fato de a incompetência ratione loci ter sido oportunamente aventada, não se vislumbra a demonstração de qualquer prejuízo sofrido pelos recorrentes, o que impede a declaração da nulidade, devendo ser perpetuada a competência do Juízo de Direito da Comarca de Dourados/MS.

Acesso ao Sumário

6. No que tange ao delito de formação de quadrilha, crime de natureza permanecente, a competência é firmada por prevenção, nos termos do art. 83 do CPP.

7. Recurso improvido."

(RHC 22295/MS - Ministra JANE SILVA (8145) – T5 – QUINTA TURMA – DJ 17/12/2007 – p. 229) – grifos nossos

"PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO. CONSUMAÇÃO. LOCAL INCERTO. JURISDIÇÃO INDEFINIDA. DIVISA ESTADUAL. COMPETÊNCIA RATIONE LOCI. PREVENÇÃO. NULIDADE. PREJUÍZO. AUSÊNCIA.

Firma-se a competência ratione loci pela prevenção, quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição, por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições (art. 70, § 3o, do CPP). Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Recurso a que se nega provimento."

(RHC 14667/MG – Ministro PAULO MEDINA (1121) – T6 – SEXTA TURMA – DJ 11/10/2004 – p. 380)

Assim, em homenagem ao princípio da busca da verdade real, entendo que o processo-crime em pauta deve seguir seu curso na comarca de Guarulhos.

Ante o exposto, por maioria de votos, **DENEGA-SE** a ordem, vencida e. Relatora Sorteada, que a concedia. (TJSP-12ª Câm. Crim. - Relator Designado Desº Breno Guimarães).

A alegação de irregularidade, na formação do Corpo de Jurados, decorrente de vício, no alistamento e sorteio, não procede. Não foi objeto de oportuna impugnação, pelos então defensores, que acompanharam o sorteio. Ademais, tiveram acesso à relação de jurados, referente ao ano de 2013, fornecida, no início de cada ano, pelo Tribunal Eleitoral.

A lista geral dos jurados é do conhecimento público, divulgada pela imprensa até o mês de outubro de cada ano, podendo ser alterada mediante reclamação, inclusive, por qualquer do povo (art. 426 §§ CPP). Indevido pressupor, como alegado pela Defesa, que "*as juradas estavam comprometidas pelo assédio da mídia, simplesmente pela sua condição de mulher*" (fls. 4.396). Não deve causar espécie o fato de ser integrada, em sua maioria, por mulheres. Nada a surpreender, eis que a sociedade brasileira é constituída mais da metade por mulheres.

Ademais, não pode deixar de ser anotado que tanto a defesa, quanto a acusação, cada um a seu tempo, poderá recusar os jurados sorteados até três, sem motivar a recusa (art. 468, *caput*, CPP).

Não há falar em inobservância da incomunicabilidade das testemunhas, porquanto, a dispensa das testemunhas, após a respectiva oitiva, em face da

Acesso ao Sumário

perspectiva do alongamento do julgamento, por vários dias, das condições precárias de acomodação, além do prejuízo da agenda profissional dos peritos, representou solicitação conjunta do representante do Ministério Público, do assistente de acusação e dos três defensores constituídos, segundo consta do termo de fls. 4054.

A alegada parcialidade na atuação do promotor de Justiça, que atuou no presente feito, foi afastada, na Exceção da Suspeição, decisão que não teve a oportuna impugnação dos então defensores constituídos, conforme consta de fls. 183/184 - apenso.

Quanto à indigitada parcialidade do juiz, ao se emocionar ao proferir a sentença, no Tribunal do Júri, em nada interferiu no convencimento dos jurados. A decisão fora dada, na sala secreta, assegurada a participação dos defensores do apelante, do representante do Ministério Público e dos advogados dos assistentes de acusação. Não consta da ata de julgamento registro de qualquer irregularidade a tisnar o ato.

De outra parte, a matéria fora objeto da Exceção de Suspeição não levada avante pela Defesa, uma vez que não impugnado o acórdão exarado, nos seguintes termos:

> A presente exceção de suspeição oposta por *MIZAEL BISPO DA SILVA* em face do Juiz de Direito *LEANDRO JORGE BITTENCOURT CANO*, titular da Vara do Júri da Comarca de Guarulhos, não reúne condições de ser acolhida.
>
> De fato, nada há nos autos a demonstrar a alegada parcialidade que teria o digno Magistrado ao fundamentar sua decisão contrária ao interesse do excipiente, de modo a autorizar seu afastamento da presidência do feito.
>
> Tal decisão, pela sua própria natureza, estando devidamente motivada e adstrita à atividade jurisdicional, não têm o condão de, por si só, induzir a suspeição do Magistrado para continuar a atuar no feito, máxime se ele rejeitou os **motivos da exceção e não foram apresentadas quaisquer outras provas a justificar seu afastamento do processo. Ademais, ressalta-se que sequer mencionado pelo excipiente qualquer das hipóteses taxativas do artigo 254 do Código de Processo Penal que o magistrado excepto teria incorrido.**
>
> **Assim, sabe-se que simples decisões, mesmo que contrárias aos interesses do excipiente, mostram-se insuficientes para sugerir eventual parcialidade. Somente provas cabais de relações de amizade íntima ou inimizade capital teriam o condão de determinar o afastamento do processo do Juízo natural ao qual livremente distribuído.**
>
> **Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente desta Egrégia Câmara Especial**: "*Para que se caracterize a parcialidade do Juiz, não basta que*

Acesso ao Sumário

este decida reiteradamente contra a pretensão de um dos demandantes. É indispensável que as determinações judiciais sejam movidas por interesses outros, que não o simples convencimento do Magistrado que as proferiu" (Exceção de Suspeição nº 97.710.0/5, Rel. Des. VISEU JÚNIOR - J. 26.5.2003).

Também, no âmbito do Egrégio STJ há precedentes no mesmo sentido, merecendo transcrição o seguinte julgado: "*Ao juiz é dado decidir a lide a partir de seu livre convencimento, sem que isso implique em parcialidade. Ademais, os atos jurisdicionais são passíveis de correção pela via recursal*" (**EDcl no REsp** nº 429.713/SP, Rel. Minª Eliana Calmon);

Portanto, é evidente que a exceção de suspeição não se presta para atacar decisão que contrarie interesse da parte, e o excipiente, em nenhum momento, comprovou ou mencionou qualquer fato sério apto a afastar o Juiz natural do processo, pelo qual pudesse reputar-se fundada a suspeição de parcialidade do Magistrado.

Pelo exposto, rejeitam a exceção de suspeição. (Câmara Especial do TJSP. Exceção de Suspeição 0392799-43.2010.8.26.0000. j. 31.01.2011, Rel. Desembargador Decano Reis Kuntz).

O apelante e os então defensores constituídos, de modo expresso e, previamente, concordaram com a transmissão do julgamento. Não pode agora a Defesa alegar nulidade, por ato que contou com explícita anuência. Não houve qualquer objeção, por parte da Defesa, quando da instalação da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, conforme consta de fls. 4054.

Expressa foi a concordância das partes, com a ressalva de que seriam preservados os senhores jurados e as testemunhas que assim desejassem.

Os julgamentos são públicos, considerado o princípio da publicidade, previsto no artigo 5º, LX, da Constituição Federal: "*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*".

Assim, uma vez aceito pelas partes a publicidade do julgamento, não há falar em violação à garantia constitucional.

Por outro lado, a distribuição de senhas para o ingresso, na sala do Tribunal do Júri, por certo, visa organizar o ato, de forma a assegurar a presença das pessoas, por ordem de chegada.

Não se discorda, por certo, de eventuais efeitos contraproducentes, resultantes da divulgação midiática exagerada.

No caso presente, a exposição na mídia radiofônica, televisiva e escrita foi intensa, contando com todo tipo de comentários. Entretanto, resultaram de informações colhidas, pelos órgãos de imprensa, indistintamente, através de todos, sem exceção, que atuaram, na primeira instância. Por várias vezes, inclusive, o apelante concedeu entrevista, da mesma forma, os advogados, que

Acesso ao Sumário

então atuavam em sua defesa. Basta para tanto verificar algumas, que vieram ter aos autos, são inúmeras (fls. 54, 591, 684, 965, 970, 971/976, 1108/1117, 1137/1150, 1689/1690, 2035/2037, 2242/2248, 2594/2625, 2875/2880, 2924/2986, 3937/3963).

Não há que se ter, assim, a divulgação do andamento das investigações e da própria tramitação do processo, como cerceamento de defesa.

Importa notar que a divulgação dos fatos, apurados no presente processo, assim como, do julgamento do apelante pelo Tribunal do Júri, foi questão apreciada por esta Décima Segunda Câmara de Direito Criminal, consignado no acórdão:

> *Por sua vez, a alegação de violação do princípio da publicidade, no caso presente, fica afastada.*
>
> *A Defesa do paciente e o próprio paciente valeram-se dos meios de comunicação de massa, de forma exaustiva e notória, para dar a conhecer os fatos e argumentos, que entenderam por relevantes, durante toda investigação policial e o desenrolar do processo.*
>
> *A cada lance da investigação ou ato processual, os então defensores constituídos do paciente, quando não o próprio paciente, manifestaram-se através dos veículos de comunicação, imprensa falada, televisiva e escrita.*
>
> *Assim, se houve exposição do caso em questão, na mídia, notória contribuição do paciente e da Defesa. Não há motivo assim para arguir a violação ao princípio da publicidade.*
>
> (TJSP – 12ª Câm. Crim. – *Habeas Corpus* n. 0079449-56.2013.8.26.0000 – Guarulhos, j. 18.09.2013, Relª Desª Angélica de Almeida).

As demais arguições, aventadas pela Defesa, durante a tramitação da presente apelação, não prosperam.

Não compromete o feito, a publicação do livro intitulado "O Tribunal do Júri na Visão do Juiz, do Promotor e do Advogado", como noticiado às fls. 4581/4586. Trata-se de exame acadêmico do tema.

Acesso ao Sumário

Prejudicada a alegação formulada de que o paciente encontra-se recolhido em local que compromete a prerrogativa do advogado. Questão apreciada por esta Câmara, em 3 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 2169317-40.2015.8.26.0000 - Taubaté, que, por votação unânime, assim decidiu:

> (...) as questões, atinentes à remoção do Presídio Militar sem sindicância e processo administrativo para apuração das faltas, são questões afetas ao âmbito da administração do estabelecimento, ainda que a prisão do paciente tenha sido determinada pela Justiça Estadual. Como o próprio paciente admite, não permanecera nas dependências do presídio militar, devido à falta de adaptação às normas.

Ao paciente se apresentou ser mais conveniente permanecer no Presídio Militar, ao invés de requerer, como faz agora, de forma alternativa, o direito à prisão, em Sala de Estado Maior, como faz jus, na condição de advogado. Não há falar em aventado acordo, no sentido de que teria aberto mão da reclusão, em Sala de Estado Maior.

Verte das informações prestadas, que o paciente *Mizael Bispo de Souza* encontra-se detido, desde 4 de agosto de 2015, na Penitenciária "Doutor José Augusto César Salgado", situada em Tremembé-SP, *unidade destinada a abrigar presos provisórios e definitivos diferenciados.*

Não se nega que a prisão, nos termos do artigo 7º, V, da Lei 8.906/94, é direito público subjetivo de todo advogado, decorrente de prerrogativa profissional, enquanto não transitada em julgado decisão condenatória.

Ademais, ante a inexistência de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional cautelar do advogado, deve ser assegurada prisão domiciliar.

O bacharel em direito faz jus à prisão especial, nos termos do artigo 295, VII, do Código de Processo Penal.

O advogado inscrito regularmente na OAB, nos termos do artigo 7º, V, da Lei 8.906/94, deve ser recolhido em Sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na falta, em prisão domiciliar.

No caso presente, não se trata de dar prevalência ao disposto no artigo 295, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.258/01.

Ocorre que, na espécie, asseguradas estão ao paciente acomodações distintas das instalações destinadas aos presos comuns, nas cadeias públicas.

Propiciado ao paciente tratamento diferenciado de modo a atender às exigências legais referentes à detenção cautelar dos advogados.

Tomando-se como paradigma o precedente do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, conclui-se que as dependências, em que se dá a custódia cautelar do paciente, atendem os requisitos do artigo 7º, V, da Lei 8.906/94. Eis o teor da decisão:

DECISÃO: Trata-se de reclamação na qual se sustenta que o ato ora questionado - emanado do Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da comarca de Belo Horizonte/MG e mantido tanto pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais quanto pelo E. Superior Tribunal de Justiça - teria desrespeitado a autoridade da decisão que o Supremo Tribunal Federal proferiu, com efeito vinculante, no exame da ADI 1.127/DF, na qual se reconheceu a plena validade constitucional do art. 7º, inciso V, "in fine", da Lei nº 8.906/94. Busca-se, na presente sede processual, seja garantida ao ora reclamante, que é Advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB (sob nº 105.524/SP), a prerrogativa que lhe assegura o art. 7º, inciso V, "in fine", da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que assim dispõe: "Art. 7º São direitos do advogado: ... V - não ser

Acesso ao Sumário

recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas (...), e, na sua falta, em prisão domiciliar." (grifei) Sustenta-se, em síntese, para justificar o alegado desrespeito à autoridade do julgamento proferido, com efeito vinculante, por esta Suprema Corte, que o ora reclamante - preso cautelarmente pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 e, ainda, no art. 299 do CP - encontrar-se-ia, atualmente, recolhido em estabelecimento prisional que não satisfaz os critérios fixados pela jurisprudência desta Suprema Corte (Rcl 4.535/ES, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.) para qualificar-se como "Sala de Estado-Maior". O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, opinou pelo não conhecimento da presente reclamação. Presente esse contexto, passo a analisar o pleito formulado na presente sede processual. E, ao fazê-lo, devo assinalar, desde logo, que eminentes Ministros desta Suprema Corte têm adotado posição com a qual conflita a pretensão reclamatória ora em exame, a propósito da definição do conceito de sala de Estado-Maior, valendo referir, por expressiva desse novo entendimento, decisão proferida pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO, em julgamento que está assim ementado: "1. Não ofende a autoridade da decisão proferida por esta Corte na ADI 1.127 a prisão preventiva de advogada em recinto com 'instalações e comodidades condignas' (art. 7º, V, da Lei nº 8.906/94). 2. Pedido liminar em reclamação indeferido." (Rcl 15.969-MC/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO - grifei). Essa mesma diretriz, por sua vez, tem sido acolhida em sucessivos julgamentos proferidos nesta Suprema Corte (HC 116.384/SP, Rel. Min. ROSA WEBER - HC 119.477/SP, Rel. Min. LUIZ FUX - HC 119.487/PB, Rel. Min. LUIZ FUX - Rcl 6.810/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Rcl 14.267-MC/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - Rcl 14.934- -MC/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - Rcl 15.815/PB, Rel. Min. LUIZ FUX - Rcl 18.124/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RHC 120.378/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.), todos eles veiculadores de orientação cujo teor proclama que a existência de vaga especial na unidade penitenciária, desde que provida de "instalações e comodidades condignas", atende à exigência fundada no inciso V do art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94): "DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECLAMAÇÃO. PRERROGATIVA DE PRISÃO EM SALA DE ESTADO-MAIOR. AVALIAÇÃO DO CASO CONCRETO. PRISÃO EM BATALHÃO DE POLÍCIA MILITAR. IMPROCEDÊNCIA. 1. A reclamação tem como objeto possível descumprimento do disposto no art. 7º, inciso V, da Lei nº 8.906/94, norma cuja constitucionalidade foi reconhecida no julgamento da ADI nº 1.127/DF por esta Corte. 2. O tema referente ao recolhimento de advogado em Sala de Estado-Maior até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória envolve a própria definição da noção de Sala de Estado-Maior. Em precedente

Acesso ao Sumário

desta Corte, considerou-se que se trata de 'compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa ser utilizado pelo grupo de Oficiais que assessoram o Comandante da organização militar para exercer suas funções, o local deve oferecer instalações e comodidades condignas' (Rcl 4.535, rel. Min. Sepúlveda Pertence). 3. A questão referente à existência de grades nas dependências da Sala de Estado-Maior onde o reclamante se encontra recolhido, por si só, não impede o reconhecimento do perfeito atendimento ao disposto no art. 7º, V, da Lei nº 8.906/94 (Rcl 5.192, Rel. Min. Menezes Direito). 4. Não houve descumprimento de julgado desta Corte, eis que o juiz federal e o Tribunal Regional Federal preservaram as garantias inerentes à situação do Reclamante, atendendo às condições de salubridade, luminosidade e ventilação. 5. Reclamação julgada improcedente." (Rcl 6.387/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Pleno - grifei) "Reclamação. Prisão especial. Advogado. Ordem concedida para determinar o recolhimento em Sala de Estado-Maior. Alegado descumprimento. 1. A sala onde determinada a prisão do reclamante não foge aos critérios adotados no precedente desta Corte (Reclamação nº 4.535, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/5/07), mencionada como parâmetro para definição do conceito de sala de Estado-Maior no acórdão do 'Habeas Corpus' nº 90.707/SP, ao qual se aponta descumprimento. 2. Avaliados todos os elementos fáticos ressaltados nas informações prestadas pela Douta Juíza de Direito, no sentido de estar o acusado recolhido em sala pertencente às dependências de Comando das Forças Auxiliares (Polícia Militar), no mesmo local em que também estão recolhidos dois Juízes de Direito, com instalações e comodidades adequadas à higiene e à segurança, afasta-se a alegação de violação do julgado desta Suprema Corte. 3. Reclamação improcedente." (Rcl 5.192/SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO - grifei). Impende registrar, por oportuno, que esse entendimento reflete-se, por igual, na jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (HC 26.760/SP, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI - HC 30.230/MG, Rel. Min. GILSON DIPP - HC 247.648/RS, Rel. Min. CAMPOS MARQUES, v.g.), cuja orientação, no tema ora em análise, está em conformidade, no que se refere ao fundo da controvérsia, com os precedentes que venho de mencionar: "'HABEAS CORPUS'. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE SEIS ANOS DE IDADE. ADVOGADO. PRISÃO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE SALA DE ESTADO-MAIOR. DESCABIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO ART. 295 DO CPP. 1. O direito do Advogado, ou de qualquer outro preso especial, deve circunscrever-se à garantia de recolhimento em local distinto da prisão comum (art. 295, § 1º, do CPP). Não havendo estabelecimento específico, poderá o preso ser recolhido à cela distinta do mesmo estabelecimento (art. 295, § 2º, do CPP), observadas as condições mínimas de salubridade e dignidade da pessoa humana. 2. Encontrando-se o paciente - advogado - preso na

Acesso ao Sumário

enfermaria do Centro de Detenção Provisória, com instalações condignas e separado dos demais detentos, não há falar em constrangimento ilegal, sendo descabido o deferimento da prisão domiciliar, sob o argumento de inexistência de Sala do Estado Maior das Forças Armadas." (HC 62.867/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ - grifei). Cabe destacar, finalmente, que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em recentíssima sessão (05/08/2014), ao julgar improcedente a Rcl 14.267/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, entendeu inexistir violação ao julgamento plenário da ADI 1.127/DF naquelas situações em que se garantam ao Advogado, na ausência de sala de Estado-Maior, "(...) instalação e comodidades mais condignas (...)". Sendo assim, em face das razões expostas, julgo improcedente a presente reclamação. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 18 de novembro de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator (Rcl 18718, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/11/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19/11/2014 PUBLIC 20/11/2014).

Também de relatoria do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, decisão proferida, em 31 de maio de 2015, no RHC 122340/DF.

Ainda, no mesmo sentido:

Reclamação. 2. ADI 1.127. Estatuto da OAB. 3. Prerrogativas dos advogados. Prisão cautelar. Sala de Estado-Maior. 4. Prisão especial em local de instalações e comodidades condignas. Ausência de afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal. 5. Reclamação julgada improcedente. (Rcl 14267, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

Tal entendimento também é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica, nos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - EXCESSO DE PRAZO - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PEDIDO PREJUDICADO - ADVOGADO - PRISÃO ESPECIAL - INEXISTÊNCIA DE SALA DE ESTADO-MAIOR - DESCABIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR - APLICAÇÃO DAS REGRAS DO ART. 295 DO CPP – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. - Encontra-se prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar, ante o excesso de prazo e a ausência dos requisitos autorizadores da segregação preventiva, porquanto sobreveio sentença condenatória. - O direito do Advogado, ou de qualquer outro preso especial, deve circunscrever-se à garantia de recolhimento em local distinto da prisão comum (art. 295, § 1º, do CPP). Não havendo estabelecimento específico, poderá o preso ser recolhido à cela distinta do mesmo estabelecimento (art. 295, § 2º, do CPP), observadas as condições mínimas de salubridade e dignidade da pessoa humana. - Ordem parcialmente concedida, a fim de que o paciente seja reconduzido

Acesso ao Sumário

a uma cela que satisfaça as condições do encarceramento especial, conforme especificado nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 295 do Código de Processo Penal. (HC 26.760/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 300).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ADVOGADO. PRISÃO ESPECIAL. LEI Nº 10.258/01. SALA DO ESTADO MAIOR. AUSÊNCIA. RECOLHIMENTO EM CELA DISTINTA DOS DEMAIS PRESOS. CONDIÇÕES LEGAIS SATISFEITAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRISÃO DOMICILIAR DESCABIDA. ORDEM DENEGADA. I. A prisão especial para os advogados foi alterada pela Lei nº 10.258/01, que regula todas as formas de prisão especial – tanto as previstas no Diploma Processual Penal, quanto as previstas em outras leis. II. O direito subjetivo do advogado, portanto, assim como de qualquer outro preso especial, fica circunscrito à garantia do recolhimento individualizado em local distinto da prisão comum. Não havendo estabelecimento específico, é suficiente que ele fique separado em cela distinta dos demais presos. III. Encontrando-se, o paciente-advogado, em cela especial, com instalações condignas e separado dos demais detentos, não há que se falar em constrangimento ilegal, sendo descabido o deferimento da prisão domiciliar, sob o argumento de inexistência de Sala do Estado Maior das Forças Armadas. IV. Ordem denegada. (HC 30.230/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 386).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PACIENTE ADVOGADO. SALA DE ESTADO MAIOR. RECOLHIMENTO EM BATALHÃO DA POLÍCIA MILITAR CONDIÇÕES LEGAIS SATISFEITAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível. 3. A Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), garante a todos os Advogados, enquanto inscritos em seus quadros, o direito de serem cautelarmente constritos em sala de Estado-Maior ou, em sua falta, em prisão domiciliar. 4. Constatado que o local em que se encontra o paciente, Batalhão da Polícia Militar, atende, aparentemente os requisitos legais, não há falar em configuração de constrangimento ilegal. 5. Habeas corpus não conhecido, por ser

Acesso ao Sumário

substitutivo do recurso cabível. (HC 247.648/RS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012).

Esta Colenda Décima Segunda Câmara de Direito Criminal, por seu turno, firmou entendimento no mesmo sentido, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 0221194-58.2012.8.26.0000 - São José do Rio Preto, em 17 de dezembro de 2012, desta Relatoria.

Por conseguinte, não se pode dizer que o paciente se encontra recolhido em local que comprometa a prerrogativa que lhe é assegurada. As acomodações em que o paciente se encontra podem ser qualificadas como Sala de Estado-Maior. Não se vislumbra configurada coação ilegal a ser reparada, daí porque não há falar em prisão domiciliar, sob o argumento de inexistência de Sala do Estado Maior.

Tendo em vista a notícia a respeito do estado de saúde, com urgência deve ser providenciado atendimento médico ao paciente, acompanhado de eventual medicação.

Por fim, anote-se que, de acordo com a documentação de fls. 26/27, o paciente não foi submetido a "espécie de Regime Disciplinar Diferenciado". Conforme previsto no Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais do Estado de São Paulo, ao ingressar no estabelecimento carcerário, o paciente permaneceu em estágio de observação.

Diante do exposto, por votação unânime, conheceram em parte da impetração e, na parte conhecida, denegaram a ordem. (TJSP - 12ª Câm. Crim. - Relª Desª Angélica de Almeida).

Por fim, por se confundir com o mérito, a palavra do corréu Evandro, nos presentes autos, deve ser examinada em confronto com os demais elementos de prova.

Da mesma forma a valoração da conclusão dos laudos da perícia, notadamente, do relatório técnico referente às ERBs, do estudo de fls. 1836/1876, assim como, a relevância ou não do depoimento da testemunha Alpha, tal como questionado pela defesa, comporta exame quando da análise do mérito do recurso,

Afasta-se a preliminar invocada, no decorrer da sustentação oral, pelo ilustre defensor, eis que, ao determinar a realização de diligências e provas, na busca da verdade real, o juiz exerce atividade jurisdicional, tanto assim que destinatário das informações obtidas através dos meios de prova, produzidos nos autos do processo.

Assim sendo, com tais considerações, rejeitam-se as preliminares arguidas pela Defesa.

Passa-se assim, ao exame do mérito dos recursos interpostos.

A existência da materialidade do fato encontra-se estampada no boletim de ocorrência (fls. 3/7), auto de exibição e apreensão (carteira da OAB) (fls. 30),

Acesso ao Sumário

auto de exibição e apreensão das armas, celulares e recibo de estacionamento (fls. 75/78), laudo de vistoria da residência do apelante Mizael (fls. 81/98), extrato do rastreamento do veículo Kia Sportage, placas EAZ-9080, referente aos dias 22 a 26 de maio de 2010 (fls. 102/154), extrato das ligações telefônicas (3435-8605) relativo a 23 de maio e 29 de maio de 2010, laudos referentes aos celulares 3436-5858 (Embratel) e 7311-3008 (Vivo) (fls. 209/216), auto de reconhecimento fotográfico do apelante (fls. 257), boletim de ocorrência da localização do veículo da vítima, em 10 de junho de 2010 (fls. 260/263), auto de apreensão do veículo e objetos (fls. 264/265), boletim de ocorrência da localização do corpo da vítima, nas margens da Represa de Nazaré Paulista (fls. 275/278), recognição visiográfica do local do delito (fls. 279/297), auto de exibição e apreensão das vestimentas da vítima (fls. 298), mandado de busca e apreensão domiciliar, na residência do apelante Mizael (fls. 310), auto de exibição e apreensão de três celulares e outros objetos (fls. 311), relatório de identificação (fls. 326), autos de exibição e apreensão dos objetos encontrados no carro e no corpo da vítima (fls. 335/336); auto de reconhecimento fotográfico do corréu Evandro (fls. 365, 405), laudo da perícia relativo às armas, apreendidas na residência do apelante Mizael (fls. 376/379), relatórios de investigação (fls. 344/346, 476/481, 484/486, 487/488), auto de reconhecimento fotográfico de Mizael e Evandro (fls. 503, 506, 527, 530,), auto de apreensão referente à linha telefônica 9973-1799 (Vivo) - (fls. 532), laudo da perícia, relativo aos aparelhos celulares, *pen-drive* e jaqueta (fls. 545/547), auto de exibição e apreensão referente ao *chip* 6265-8475 (fls. 637), auto de exibição e apreensão de objetos e documentos do corréu Evandro (fls. 651), laudo de exame de corpo de delito do corréu Evandro (fls. 677, 734/735 e 1167), certidão de óbito da vítima (fls. 700), laudo da perícia referente ao levantamento do local em que foi localizado o corpo da vítima (fls. 702/735), boletins de ocorrência lavrados pela Polícia Militar (fls. 743/745, 746/748), laudo de exame necroscópico (fls. 760/770), acompanhado do relatório radiológico (fls. 771/782), relatório odontolegal (fls. 783/786) e odonto complementar (fls. 788/795), laudo de exame toxicológico (fls. 796), laudo pericial de exame complementar anatomopatológico (fls. 797/799), pesquisa de espermatozoide (fls. 804), fotos (fls. 805/812, 904/911); auto de exibição e apreensão do veículo da vítima (fls. 821/822), relatórios da investigação policial, com extrato de linhas telefônicas (fls. 836/837, 838/872), extratos de contas telefônicas do apelante (fls. 1097/1105), relatório de posições do rastreador (fls. 1106/1107), laudo de exame em celular (9973-1793) (fls. 1170/1175), comunicação da empresa Nextel referente ao celular da vítima número 7868-7308 (fls. 1200/1203), laudo referente ao par de sapato apreendido (fls. 1212/1231), fotos do veículo da vítima e dos objetos que se encontravam em seu interior (fls. 1232/1286), fotos do local (fls. 1287/1292), foto do aspirador de pó (fls. 1293), foto dos sapatos (fls. 1298/1297), foto da camisa polo (fls.

Acesso ao Sumário

1298/1299), foto de resíduos do piso da residência (fls. 1300), foto dos tapetes do veículo (fls. 1301), foto de uma amostra de terra (fls. 1302), foto da jaqueta de couro (fls. 1303), desenhos esquemáticos (fls. 1304/1308), relatórios de análises dos núcleos de Física (fls. 1310/1345, 1363/1368, 1369/1382, 1397/1423, 1438/1445, 1452/1456, 1473/1477, 1484/1492, 1509/1514), de Biologia e Bioquímica (fls. 1346/1355, 1356/1362, 1383/1396, 1424/1430, 1446/1451, 1460/1467, 1478/1483) e Química (1431/1437, 1457/1459, 1468/1472, 1493/1508, 1515/1526), laudo complementar odontolegal (fls. 1528/1535), registro de movimentação bancária – Banco do Brasil (fls. 1544/1545), boletim de ocorrência (fls. 1562/1564), laudo da perícia referente ao celular 011-6223-4735, *chip* da operadora Oi (fls. 1578/1583), laudos da perícia relativo à reconstituição dos fatos (fls. 1611/1645), laudo de degravação de Cd (fls. 1647/1678, 2122/2144), laudo da perícia de confronto balístico, que resultou negativo (fls. 1708/1714), laudo da perícia do veículo da vítima (fls. 1720/1738), laudo de reprodução simulada (fls. 1753/1782), laudo pericial firmado pelo Núcleo de Química, exame residuográfico (fls. 2100/2112), do tapete, carpete e forração do banco do carro da vítima (fls. 2120/2121, 2282/2285, 2287/2288). Transcrição de Cd (fls. 2124/2143), laudo de exame de trajeto viário (fls. 2839/2844), relatório técnico (fls. 3966/3976).

Está evidenciada pela prova oral, colhida sob o manto do contraditório, na primeira fase do procedimento escalonado e no Plenário do Tribunal do Júri.

O apelante Mizael, ouvido em declarações, no 6º Distrito Policial de Guarulhos, em 26 de maio de 2010, alega que o relacionamento amoroso com a vítima Mércia, começou em julho de 2005. Trabalhavam juntos no mesmo escritório. Em meados de junho ou julho de 2007, resolveram instalar um escritório, em Cumbica. Márcio, irmão da vítima, não aceitava o namoro. Em setembro de 2009, Mércia disse ao apelante que achava melhor dar um tempo no relacionamento. Tiveram alguns desentendimentos do dia a dia, mas não se agrediram. Sem compromisso, e escondido da família, algum tempo depois, passaram a se relacionar. No dia 21 de maio de 2010, buscou a vítima em sua residência para jantarem, deixando-a em casa, por volta de 2h. No dia 22 de maio de 2010, foram ao cinema e jantaram, na residência do apelante. Já na madrugada do dia 23 de maio de 2010, por volta de 01h30min, o apelante acompanhou o carro da vítima até a portaria do prédio, onde morava o genitor de Mércia. Por volta de 14h ou 15h, do dia 23 de maio de 2010, ligou para a vítima, nos números 3435-8605 e 7093-4433. As ligações caíram na caixa postal. Foi a última vez que tentou falar com a vítima. No dia 25 de maio de 2010, recebeu ligação do senhor Macoto informado que a vítima havia desaparecido. Disse ao genitor da vítima para registrar um boletim de ocorrência. Na oportunidade, disse não ter ideia dos motivos que levaram ao desaparecimento, acrescentando que, em certa ocasião, a vítima disse que tinha tentado o suicídio (fls. 71/74).

Acesso ao Sumário

Ao prestar declarações no DHPP, em 31 de maio de 2010, apelante asseverou que namorou com a vítima, por pouco mais de quatro anos (julho de 2005 a setembro de 2009). A vítima trabalhou no escritório do apelante até julho de 2007, quando resolveram instalar um escritório, em Cumbica, local em que ficava a vítima. Nunca se agrediram. Tinham eventuais discussões, normais a qualquer casal. Ambos eram ciumentos, mas não possessivos. Até dezembro de 2009, o apelante tentara reatar o relacionamento, mas resolveu deixar de lado. Assevera que uma das brigas fora pelo fato de ser mulherengo. Márcio, irmão de Mércia, é quem *fazia a cabeça* dela. Depois do término do namoro, sem que a família da vítima soubesse, continuaram a se encontrar. Nega tenha perseguido a vítima. No dia 21 de maio de 2010, buscou a vítima em sua residência para jantarem e irem ao motel, deixando-a em casa, por volta de 2h. No dia 22 de maio de 2010, foram ao cinema e jantaram. Já na madrugada do dia 23 de maio de 2010, por volta de 01h30min, o apelante acompanhou o carro da vítima até a residência dela. Acordou por volta de 10h30 ou 11h30min e almoçou com o irmão Rosiel. Por volta de 14h ou 15h, tentou ligar para a vítima, nos números 3435-8605 e 7093-4433. As ligações caíram na caixa postal. Desconhece que a vítima tivesse uma linha telefônica Nextel. Foi até a casa de sua filha e, por volta de 16h resolveu dormir. Conversou com o vizinho, entre 18h e 19h e, após 19h, decidiu ir até uma boate, no Centro de Guarulhos, retornando para a residência após das 21h. Permaneceu com uma garota de programa, em rua próxima do Hospital Geral de Guarulhos-SP. Saíra de casa, na segunda-feira, por volta de 8h. Tomou conhecimento do desaparecimento da vítima somente na terça-feira, informado que fora pelo genitor da vítima. Orientou-o a registrar boletim de ocorrência. Possui duas armas de fogo. Nega discussão com o irmão de Mércia sobre suas armas de fogo. Não desferiu tiros contra o carro de professor, na Faculdade. Nunca agrediu a ex-esposa, com quem foi casado por nove anos. (fls. 66/69).

Em complementação, em 2 de junho de 2010, o apelante ratifica as declarações anteriormente prestadas no DHPP, esclarecendo que, para ligar para a vítima provavelmente utilizou a linha 7311-3008. Depois das 17h, ao retornar do escritório, na av. Armando Bei, durante o caminho, abasteceu o carro, seguiu para a casa de um amigo, na região de Taboão, em Guarulhos, próximo a casa da avó de Mércia. Como o amigo não estava, voltou para casa, por volta de 18h. Rapidamente saiu novamente, oportunidade em que encontrou uma garota de programa de nome Ariane ou Ariana, estacionando seu veículo, próximo ao Hospital Geral de Guarulhos. Perdeu a noção do tempo com tal garota, retornando para casa por volta de 22h30min ou 22h40min. Nega tenha encontrado Mércia, no dia 23 de maio de 2010. Nega tenha comentado com amigos que precisasse sumir por algum tempo em razão de ter feito uma besteira. Não conhece pessoa que tenha um carro Ford/Fiesta cor vinho. O apelante e Mércia não prestavam

Acesso ao Sumário

serviços para facção criminosa (fls. 162/165)

Ao ser interrogado, em Juízo, o apelante Mizael nega a autoria do homicídio descrito na denúncia. Alega que, durante o namoro, tinha bom relacionamento com a vítima Mércia. Continuaram a se encontrar esporadicamente mesmo após o término do namoro, que ocorreu em 17 de setembro de 2009. Na ocasião, com lágrimas nos olhos, Mércia lhe comunicou que não queria dar continuidade ao namoro. No final de semana anterior ao desaparecimento de Mércia, dia 16 de maio de 2010, encontrou-se com a vítima. Recebeu um telefonema de Mércia e combinaram um encontro. Apanhou Mércia na casa dela, dirigindo seu veículo Kia Sportage. Estiveram em local situado, na Rodovia Fernão Dias, onde pernoitaram. Por volta de sete horas da manhã, deixou Mércia em sua casa. Retornou para sua residência e participou de uma audiência, no fórum trabalhista. Falou com Evandro, por telefone, na noite em que saiu com Mércia. Afirma que nunca houve desinteligências a respeito de honorários advocatícios entre ele e Mércia. Informa que, no dia 23 de maio de 2010, teve notícia de sequestro de sua filha, fato que fez com que tentasse localizá-la em vários locais. Esteve em seu escritório. Foi à casa de seu amigo Alexandre, que não foi encontrado. Encontrou-se na feira da Avenida Monte Alegre com Evandro. Ao deixar ao local, deu carona a uma mulher e duas crianças. Permaneceu no interior de seu veículo, na companhia de uma moça, por algum tempo, na avenida Evandro Lins e Silva. Descreve as características pessoais de tal pessoa, alegando que não conseguiu localizá-la. Alega que possuía quatro ou cinco telefones celulares de operadoras diversas, fazendo uso habitual de três deles. Não indicou o telefone 6552-5741 porque, de início, não se lembrou do número. Era de uso pessoal, mas não contínuo, cadastrado em nome de outra pessoa. Alega que Mércia também utilizava-se de vários telefones celulares. Mércia comprara linha telefônica da operadora Oi, daí porque adquiriu referida linha telefônica da mesma empresa para baratear a comunicação entre os dois. Em nenhum momento, recebeu intimação formal para comparecer perante a autoridade policial. Comunicado via telefone para comparecer à delegacia, antecipou-se, apresentando-se três dias antes. Ao perceber que era considerado suspeito, deixou o local vez que tinha direito à assistência de advogado. É policial militar reformado, e advogado, desde 2006. Passou para Evandro alguns trabalhos, daí porque, recebia habitualmente algum valor pelo serviço prestado nas feiras livres. No dia 23 de maio, por várias vezes tentou falar, via telefone, com Evandro. Apenas em duas oportunidades chegou a conversar com Evandro. Não se lembra do número da linha telefônica que se utilizou para falar com Evandro. Informa que não conhece a cidade de Nazaré Paulista. Nunca jogou futebol na referida localidade. Em 2008, foi candidato a vereador, ocasião em que esteve, na companhia de Mércia e seu irmão, em matadouro, localizado no bairro de Cuiabá. Não tinha conhecimento que Evandro tivesse parentes

Acesso ao Sumário

em Nazaré Paulista. Não tem hábito de pescar. Nunca entrou com sapato em represa. Mora em rua de terra. Nos finais de semana, costuma usar roupa esporte e tênis. Nunca esteve na represa de Nazaré Paulista na companhia de Mércia. Sempre que viajaram juntos, foram para outras localidades. Esporadicamente andava armado. De vez em quando treinava tiro ao alvo, em local apropriado, até mesmo na companhia de Mércia. Alega que é destro. Foi reformado por invalidez, em razão de acidente. Esclarece que a importância maior constante de sua conta bancária refere-se à venda de um imóvel e o saque de cinco mil reais foi efetuado para pagamento de um pedreiro e outros compromissos, bem como, a pensão que dá à sua filha. Nega que tenha ameaçado qualquer parente, amigo ou familiares da vítima (cd - fls. 1949).

Ao ser interrogado, em Plenário, o apelante nega ter tirado a vida de Mércia. O apelante assevera que é policial militar reformado por invalidez. Tem porte de arma, mas não costuma andar armado. As duas armas, localizadas, permanecem encaixotadas em sua casa. Não consegue atirar com a mão direita. Em caso de emergência, pode usar a esquerda. Afirma que, no dia 25 de maio de 2010, por volta de 14hs, retornou do Fórum, passou pela casa do senhor Makoto, pai de Mércia, e orientou-o a fazer boletim de ocorrência, caso Mércia não aparecesse até o dia seguinte. Ligou para Mércia, deixou recado na caixa postal. No dia 26 de maio, Galdino telefonou-lhe, avisando que fora acusado pela família de ter sequestrado Mércia e deveria prestar esclarecimento. A seu pedido, Galdino o acompanhou até o IML, onde encontrava- se Airton, amigo de Márcio, irmão de Mércia. No dia em que deixou a carteira da OAB, na delegacia de polícia, a família de Mércia já estava no local. Ao ser interpelado pelo delegado Olim, informou que nada tinha feito, estava ali para colaborar. Como houve demora, pediu a devolução da carteira, pois tinha audiência. Acabou por dizer que apanharia o documento, na segunda-feira. Alega que o relacionamento com a família de Mércia era de passagem, na casa dos avós, em aniversários. Márcio, irmão de Mércia, com a chegada do apelante, saia. Por dois anos, o apelante e Mércia trabalharam juntos, no escritório de advocacia. Nunca houve discussão a respeito de honorários advocatícios. Eram depositados na conta do apelante e de imediato repassados para Mércia. A procuração era outorgada para os dois. Acrescenta que não omitiu o número do telefone à Polícia. Apenas dele não se lembrava. Comprara as linhas juntamente com Mércia. Na família dele, ninguém tinha o número. Possuía quatro celulares. Há mais ou menos oito meses, tinha terminado o namoro, em 17 de setembro de 2009. Continuaram a se encontrar, semanalmente, quinzenalmente, às vezes, até mensalmente. *Nunca foi infiel à Mércia. Ao que sabe, Mércia não tinha qualquer desconfiança dele, assim como, nunca desconfiou de Mércia*. Mesmo porque, depois que terminaram, o relacionamento *era aberto*. Inclusive disse a ela que iria se casar. Enquanto namoraram, houve discussão normal entre eles, nunca agressão

Acesso ao Sumário

física. No sábado, 22 de maio de 2010, para o domingo, esteve com Mércia. Deixou Mércia em casa, por volta de uma ou duas horas da madrugada. Ao chegar em casa, telefonou para dizer que chegara bem. No domingo, 23 de maio de 2010, acordou, e por volta de 10h30min, recebeu ligação do ex-cunhado. A notícia de sua filha e mãe tinham sido sequestradas foi desfeita, pois estavam fazendo compras, no mercado. Foi à feira, comprou frutas e de longe falou com Evandro. Nem mesmo tratou com Evandro do pagamento de valor referente ao *bico*, que estava acumulado. Deu carona a uma senhora com duas crianças, até o Jardim São João. Passou, no jardim Presidente Dutra, na empresa de um amigo. Retornou a sua casa e almoçou com Roziel, seu irmão e vizinho. Por volta de 17h30min, foi à casa de Alexandre, *ver se ele tinha uns bons vinhos*", próxima à casa dos avós de Mércia. Parou na antiga avenida Perimetral, tempo suficiente para perceber que estava sem dinheiro e preservativo, pois pretendia ir a uma boate. Retornou a sua casa, passou no posto de gasolina para abastecer e não viu Evandro por lá. Antes de chegar no CECAP, avistou uma moça que, indagada se era garota de programa, ingressou no carro. Foram ao Motel Marriot, pela avenida Evandro Lins e Silva, por volta de dezenove e pouco e permaneceram até 21h. Alega que a perícia esteve em sua casa, por três vezes, a última estava fora. Todas as vezes foram levados pertences seus. O carro foi, por duas vezes, submetido à perícia. Sempre colaborou com as investigações. Não sabe dizer porque *Evandro coloca o interrogando na cena do crime*. Talvez por receber algum privilégio. Não é verdadeiro o que Evandro alega. Evandro fazia segurança de um posto de gasolina. Tinha com ele relacionamento estritamente profissional. Fez *bicos*, desde 1998, passou para terceira pessoa em 2002 e, em 2008, para Evandro. Nunca esteve na Represa de Nazaré Paulista. *Nunca entrou com sapato na água*. Alega que a prova foi forjada (cd- contracapa 21º volume).

No que diz respeito ao corréu Evandro, a anteceder o interrogatório, em juízo, na primeira fase do procedimento, foi apresentada pelo Ministério Público proposta de delação premiada, expressamente afastada, tanto pelo corréu, quanto por seus defensores.

Em 9 de julho de 2010, o corréu Evandro, ao prestar depoimento pessoal em interrogatório, na fase inquisitiva, revela que fazia bico de segurança em feira, expediente coordenado por Mizael. Mizael, por sua vez, recebia aproximadamente a arrecadação semanal de cento e oitenta reais. Alega que conheceu a vítima Mércia, então namorada de Mizael, na ocasião em que o mesmo era candidato a vereador. Em determinado momento, Mizael passou a desconfiar do envolvimento de Mércia com terceira pessoa, sentindo-se desprezado e humilhado, mantendo ideia de tirar a vida de Mércia. Em 22 de maio de 2010, Mizael disse que o "QRU (o crime)" seria no final da semana. Em 23 de maio, foi procurado por Mizael, na feira, e, na mesma data, aproximadamente às 18h, ficou combinado que deveria apanhá-lo, na cidade de Nazaré Paulista, por

Acesso ao Sumário

volta de 21h. Apanhou Mizael que, na oportunidade, trajava jaqueta marrom, calça jeans escura e portava arma cromada. Mizael chegou ao local a pé. Alegou que tudo estava resolvido e pediu para que fosse conduzido até a "parte externa do Hospital Geral de Guarulhos" (fls. 573/575).

No interrogatório prestado, em 9 de julho de 2010, na cidade de Canindé-SE, o corréu Evandro acrescenta que Mizael nada comentou a respeito do desaparecimento da vítima. Soube dos fatos pela televisão. A viagem para o nordeste havia planejado antes do desaparecimento de Mércia. Por volta do dia 2 de junho, ao chegar na residência, foi levado por duas pessoas que, após *a geral*, perguntaram-lhe: *você conhece o cabo Bispo*? Tais pessoas tinham *gíria de polícia*. Conseguiu se desvencilhar daquelas pessoas, que efetuaram disparos de arma de fogo. Chegou no nordeste em 12 de junho, só veio a saber que estava sendo procurado tempos depois, pela TV. Não se apresentou em São Paulo pois estava com medo de morrer. Não recebeu dinheiro de Mizael para matar uma advogada. Reafirma que a viagem nada teve a ver com o desaparecimento de Mércia, pois já estava programada. Não possui arma, nem mesmo revólver calibre 38 (fls. 652/654)

Renovado o interrogatório, em 10 de julho de 2010, o corréu Evandro confirma que aceitou a incumbência de buscar Mizael. Nada recebeu em troca. Não sabe dizer se Mizael portava um revólver ou uma pistola. Não ouviu estampido semelhante a disparo de arma de fogo, na oportunidade. Alegou que Mizael tinha ciúmes de Mércia (fls. 660/663).

Em novo depoimento pessoal, o corréu Evandro acrescentou novos esclarecimentos, na presença dos advogados constituídos e do promotor de Justiça, que atuou no feito. Na oportunidade, ratificou que, no dia e hora dos fatos (23 de maio de 2010), por volta de 21h30min, buscou Mizael, na estrada de chão, nas proximidades da Represa de Nazaré Paulista. Não sabia o que estava ocorrendo. Na ligação telefônica, Mizael disse-lhe ter sido deixado no local, por amigos. Estava sem carro. Conduziu Mizael até a cidade de Guarulhos. No momento em que apanhou Mizael, não tinha conhecimento de qualquer crime praticado por ele. Foi obrigado a dizer que sabia, no interrogatório anterior. Esclarece que seu advogado o orientou a dizer a verdade. Após ser solto, manteve contato pessoal com Mizael e o irmão dele. Na ocasião, não se recorda se Altair ou Adão comentou que o carro deveria ter sido colocado em lugar raso, deveria ter sido deixado mais no fundo, por isso, *deu essa cagada e a casa caiu*. Na oportunidade desse encontro, que se deu próximo a estação do Metrô Armênia, em São Paulo, fora buscar umas roupas, que lhe foram ofertadas por Mizael. Não houve mais contato entre ambos. Recebeu telefonema de Mizael para apanhá-lo na represa, pouco antes das 19h, não se recordando o número do telefone utilizado. Também não se recorda as placas do veículo Fiat-Uno, que dirigia na ocasião. Saiu de Guarulhos antes das nove horas para buscar Mizael.

Acesso ao Sumário

Ao que se recorda, deixou o posto de gasolina, onde trabalhava como segurança, por volta de 19h40min. O percurso entre o posto de gasolina e a estrada de chão, próxima à represa tem duração aproximada de uma hora. O trajeto deu-se pelo bairro São João. No dia dos fatos, trabalhou no posto de gasolina, no período das 17h às 19h, oportunidade em que fez uso de seu celular. Mizael costumava deixar seu veículo estacionado no posto de gasolina, oportunidade em que circulava com o carro pertencente ao apelante. Não se recorda se Mizael utilizou seu veículo, no dia dos fatos. O itinerário utilizado, no dia 23 de maio, juntamente com Mizael, tal como constou do termo das declarações anteriores, não prevalece. Foi pressionado a manter o teor de tais declarações. No dia 23 de maio de 2010, telefonou e recebeu várias ligações telefônicas de Mizael, pois estava treinando um vigilante para exercer a segurança na feira. Constantemente ligou para Mizael. Nenhum dos telefonemas envolveu assunto relacionado à vítima Mércia. No momento em que Mizael ingressou no veículo, na represa, percebeu que Mizael portava duas armas de fogo - um revólver e uma pistola. Mizael disse-lhe que "a menina que o acompanhava era moradora da região e já havia deixado o local". Nada falou a respeito de Mércia. O trajeto de retorno, em estrada de terra, foi indicado por Mizael. Deixou Mizael no bairro Cecap e dirigiu-se à sua residência. No trajeto, cruzou com viatura da policial militar, não no Galego, mas, na rodovia principal para Guarulhos. Conversou com Altair, irmão de Mizael, várias vezes, depois dos fatos, pois ele queria comprar um sítio, em Nazaré Paulista. Seu cunhado e irmão moravam em chácaras, em Nazaré Paulista. Mizael conhecia o local e várias pessoas ali residentes. Costumava comprar carne com André. Não recebeu pagamento para buscar Mizael, na represa. Durante a tramitação do processo, teve contato com Mizael, apenas no Fórum. Não foi ameaçado ou constrangido por Mizael. Mizael sempre passava pelo posto de gasolina, inclusive, no sábado anterior aos fatos, por lá passou, na companhia da vítima Mércia. Algumas vezes, Mizael fez menção ao relacionamento conflituoso entre o casal. Tinha conhecimento de atritos entre Mizael e Mércia, pois segundo soube, a vítima estava se relacionando com outra pessoa, um policial. Quando esteve, no Nordeste, não fez uso de celular, só emprestado, com cartão de memória (cd - fls. 1813).

Acesso ao Sumário

Na fase de instrução do processo, o corréu Evandro nega a participação no delito, que lhe é imputado na denúncia. Alega que conhece Mizael há quatro anos, vez que toma conta de "*bicos*" nas feiras, região de Guarulhos. Também trabalhava em posto de gasolina. Não tem conhecimento da vida pessoal de Mizael. Conhecia a vítima Mércia em razão de campanha política, em que Mizael fora candidato a vereador. Por várias vezes, conversava com Mizael, no posto de gasolina, para "*dar fechamento*" ao trabalho realizado nas feiras. No dia 23 de maio de 2010, trabalhou no posto de gasolina das 17hs20min às 20hs, horário reduzido, pois se tratava de um domingo. Em seguida, esteve em sua

residência, encontrou-se com um conhecido de nome Marcos. Deixou uma pizza para seus filhos e pernoitou na casa de sua namorada, onde chegou por volta de onze horas. Revela que deixou de trabalhar, no posto de gasolina, em 5 de junho de 2011. Avisou que iria visitar seus familiares no Nordeste. Treinou uma pessoa para deixar em seu lugar. Não é verdade que tenha justificado a viagem pelo falecimento de sua mãe, fato ocorrido anteriormente. Viajou de ônibus, no dia 12 de junho, às 17hs, bilhete adquirido de empresa clandestina, vez que mais barato. Dirigiu-se à Arapiraca, depois para Canindé de São Francisco-SE. Tomou conhecimento que estava sendo procurado pela polícia através da televisão. Preso por policiais, foi interrogado em Aracajú, ao que parece, por um delegado de polícia de nome Antonio José. Lavrado o termo, o documento foi colocado em envelope aos cuidados do delegado de polícia Olim. Após a chegada, do delegado de polícia Olim, em Aracajú, foi conduzido a um prédio e obrigado a dar entrevista à imprensa. No primeiro contato, com o dr. Olim, não aceitou "*a proposta de favorecimento*". Ao retornar à cela, permaneceu sentado em uma cadeira, algemado, com os pés amarrados e fita crepe na boca. Colocado um plástico em sua cabeça, foi-lhe dito que, se não aguentasse, deveria bater os pés. Tal fato foi repetido por quatro vezes até que desmaiou. Após ser jogado água em seu rosto, concordou em ser interrogado novamente. Na sala vizinha, encontrava-se o dr. Olim. Foi interrogado e gravado seu depoimento. Alega que não teve entrevista prévia com advogado, nem mesmo tinha conhecimento da presença de advogado no local. Informa que é capaz de identificar cada policial que o submeteu a sevícias e tortura. Embora tenha comentado o ocorrido, o dr. Olim alegou que o recorrente estava bem. Em São Paulo, não foi submetido a qualquer constrangimento físico. Escreveu uma carta que entregou a seu advogado, contando o que se passara em Aracajú. O retornou a São Paulo deu-se em avião, em que se encontravam o dr. Olim, um investigador de polícia e um repórter (barbudo) da Bandeirantes, ao que parece de nome Henrique. Nega que tenha apontado a presença de viatura policial em estrada, nas proximidades da represa. Informa que foi apreendido equipamento, no posto de gasolina, que registrava as imagens do local, permanecendo gravadas por trinta a quarenta dias. Seis câmeras filmavam e gravavam tudo. Ao que foi informado, o equipamento retornou ao estabelecimento comercial, sem funcionar. Nada registrado. Tinha familiares, que residiam do lado oposto da represa, em Nazaré Paulista. Conhece os irmãos de Mizael, Altair e Adão. No dia 23 de maio de 2010, teve contato telefônico com Mizael. Costumava conversar diariamente com ele. Possuía um Fiat Uno prata. Exerce a função de vigia autônomo, não tinha arma de fogo (cd – fls. 1949).

Na primeira fase do procedimento, foram ouvidas as testemunhas Cláudia, Alexandre, Márcio, Bruno, Jurandir, Maria Cleonice, Ômega, Antonio Olim, Alfeu, Carlos, Gentil, Luís Araújo, Marcos Manteiga, Matheus, Maria

Acesso ao Sumário

Aparecida, Nilza, Patrícia, Pedro, Leonardo, Renato Domingos e Wilson.

A testemunha Cláudia, irmã da vítima, não acolhida a contradita, formulada pela defesa, alegou que residia, na companhia de sua irmã Mércia. No dia 23 de maio de 2010, encontrava-se, juntamente com Mércia, na casa da avó. Por volta de 14hs ou 15hs, Mércia recebeu um telefonema. Disse que se tratava de ligação telefônica de Mizael, mas não atendeu à chamada. Ao deixar a casa da avó, entre 18hs e 18hs30min, Mércia asseverou que iria para sua residência. Esclareceu a testemunha que o relacionamento entre Mércia e Mizael era conflituoso, com muitas brigas. Algumas delas, teve oportunidade de presenciar. Mizael proibia Mércia de conversar com outras pessoas. Após o término do namoro, Mizael tentou reatar o relacionamento, desconhecendo os encontros posteriores entre os dois. Depois do desaparecimento de Mércia, Mizael manteve atitude estranha. Não auxiliou nas providências para que tudo fosse apurado. Mércia já estivera em Nazaré Paulista. Evandro trabalhou na campanha política de Mizael. Fazia segurança privada. Sentia-se ameaçada. Anotou placas de veículos e levou ao conhecimento do delegado de polícia, responsável pela investigação policial (cd - fls. 1908).

A testemunha Márcio, irmão da vítima, afirma que o relacionamento entre Mércia e Mizael era conturbado, embora não tenha presenciado ato de violência. Segundo Mércia, Mizael não aceitava o rompimento do namoro, do qual desconhece o motivo. Após retirar-se do escritório de advocacia, Mércia conversava com Mizael apenas a respeito de assuntos profissionais. Estranhou o comportamento de Mizael, após o desaparecimento de sua irmã. Não conhecia Evandro até então. Tomou conhecimento que Evandro tinha parentes em Nazaré Paulista, local em que Mércia fora a um churrasco, quando da campanha política de Mizael. Moradores de Nazaré Paulista disseram que Mizael frequentava tal localidade. Certa feita discutira com Mizael. Em razão da presença de crianças, pediu-lhe para que não deixasse arma de fogo em lugar visível, na casa de seus familiares (cd – fls. 1908).

A testemunha Alexandre, investigador de polícia, participou da equipe que apurou os fatos narrados na denúncia, notadamente, do levantamento das chamadas telefônicas recebidas e realizadas pelo apelante e corréu, no dia dos fatos e naqueles que o antecederam. Assim como, o registro das ligações realizadas entre Mizael e a vítima. Informa que a última ligação recebida pela vítima, tendo como interlocutor o apelante Mizael, deu-se em 23 de maio de 2010, por volta de 14hs56min. Chamaram à atenção várias ligações telefônicas, entre a vítima Mércia e Mizael, ocorridas, em 22 de maio de 2010. Foram seguidas, cada uma de *per si*, por contatos telefônicos entre Mizael e Evandro. Relata que Mizael inicialmente indicou dois números de linhas telefônicas por ele utilizadas. Omitiu um terceiro, cujo número resultou apurado através do rastreamento das ligações telefônicas. Ficou constatado que, no dia 23 de maio

Acesso ao Sumário

de 2010, uma série de ligações, aproximadamente, em número de dezenove, no período das 10hs até às 19hs42min, entre Mizael e corréu Evandro. Para tanto, foi utilizada a linha telefônica, cujo número fora desvendado pelas investigações policiais. Acrescenta que o monitoramento das ligações telefônicas, efetuadas no dia 23 de maio de 2010, indicava que Mizael se comunicava com Evandro, utilizando-se de antenas diversas, a revelar que estava em movimento. Ficou constatada a utilização de antenas, nas proximidades da casa da avó de Mércia e da própria Mércia, região da residência do apelante Mizael, região da Avenida Monte Alegre-Estrada de Nazaré. Informa que Mizael esteve, com Mércia, nos dias 16, 22 e 23 de maio de 2010, datas em que também utilizou o terceiro telefone para se comunicar com o corréu Evandro. Assinala que o veículo de Mizael permaneceu estacionado, nas cercanias de hospital local, enquanto mais de três antenas diversas foram acionadas. Esclarece que a ligação telefônica aciona a antena mais próxima - Estação Rádio Base - ERB, ficando registrado também o aparelho celular receptor (cd - fls. 1908).

A testemunha Antonio Assunção de Olim, delegado de polícia, que presidiu as investigações policiais, descreve em minúcias a sequência de atos realizados para a apuração dos fatos. Informa que o veículo do apelante Mizael estava equipado com rastreador. Foram indicados, inicialmente, cinco números de telefones. No decorrer da investigação, descobriu- se um sexto número também utilizado por Mizael. O recorrente Evandro foi identificado, após a localização do corpo da vítima, em represa situada em Nazaré Paulista. Tanto o cunhado como o irmão de Evandro residiam, nas proximidades da referida represa. Assevera que os depoimentos prestados por Mizael mostraram-se contraditórios, no inquérito policial, em pontos fundamentais. No primeiro momento, Mizael alegou que não via Mércia há trinta dias. Fato que resultou desmerecido vez que Mizael e Mércia tiveram contato, no dia anterior aos fatos. Apurado que a linha telefônica usada por Mizael, no dia 23, até às 19h40min, correspondia ao aparelho não cadastrado em seu nome, cujo número ficou apurado na investigação policial.

Acrescenta referida testemunha que, a princípio, não havia indicação da participação do corréu Evandro, fato que ficou evidenciado após o encontro do corpo da vítima. Durante todos os dias do mês de maio de 2010, Mizael se encontrava com Evandro, num posto de gasolina. Dois dias após a morte de Mércia, Evandro deixou o posto sob a justificativa de que teria falecido sua genitora. Através de interceptação telefônica autorizada judicialmente, foi identificada a localidade em que Evandro se encontrava. Estava em sítio localizado, em Canindé, Estado de Sergipe. Tomou o interrogatório de Evandro, ainda naquele Estado, ato gravado em som e imagem. Evandro descreveu os fatos, inclusive com detalhes até então desconhecidos. Ratificou a versão apresentada, em São Paulo, na presença de advogado da Ordem dos Advogados

Acesso ao Sumário

do Brasil. Evandro não conseguiu explicar o motivo pelo qual alegava que se encontrava, no posto de gasolina, enquanto o registro telefônico indicava localidade diversa. Evandro esclareceu que, no dia dos fatos, Mizael passou pelo posto de gasolina, deixou o carro perto do hospital. Admite que foi buscá-lo em Nazaré Paulista, no final da noite. Revela que, ao deixar o local, havia uma viatura da polícia militar na estrada em que transitaram. Assevera a testemunha, ainda, que Mizael e a vítima Mércia utilizavam várias linhas de telefone celular. Inicialmente, Mizael forneceu o número de cinco aparelhos. Apurado posteriormente um sexto número, utilizado pela vítima Mércia, no dia dos fatos, para se comunicar com Mizael. Na mesma data, Mizael dele fez uso para se comunicar com sua filha e com Evandro. Revela que, no dia 23 de maio de 2010, a última ligação entre Mizael e Evandro ocorreu por volta de 19h40min. O monitoramento das ERBs (estações rádio-base) contribuiu para que Evandro acabasse por esclarecer os fatos. Informa que, de início, foram apreendidas as armas pertencentes a Mizael. Localizado o corpo da vítima, foram apreendidos os sapatos, camiseta e jaqueta, na residência de Mizael. Revela que denúncias recebidas, dando conta de eventuais suspeitos foram investigadas e afastadas, tendo em vista a improcedência da comunicação (cd - fls. 1948).

A testemunha Leonardo, funcionário da empresa que presta serviço para a firma Graber, alega que recebeu ordem de serviço, agendado previamente o atendimento, vez que autorizada a troca do rastreador instalado no veículo de Mizael.

Não prestou o serviço porque não tinha o rastreador em estoque. O modelo de rastreador instalado no veículo era antigo, não mais recebia tal equipamento. Não chegou a verificar o equipamento instalado no veículo. Constatou o modelo de rastreador pelo sistema de monitoramento. Segundo foi informado, o rastreador deixara de funcionar, em 26 ou 28 de agosto de 2010. Embora solicitado um laudo, informou que apenas a empresa Graber fornece tal documento, cabendo à oficina autorizada apenas comunicar o atendimento à empresa Graber. O rastreador, ao apresentar problema, trava no ponto em que deixou de funcionar. Na oportunidade, não foi analisado o motivo pelo qual o aparelho deixara de funcionar. Apenas o sistema de monitoramento indicava a data e local em que o equipamento apresentou defeito (cd - fls. 1949).

Acesso ao Sumário

A testemunha Renato Domingos, perito coordenador das perícias realizadas, no presente caso, informa que coletou o material na borda da represa e apreendeu, na residência de Mizael, após vistoria detalhada, dois pares de sapatos e outros objetos. Ficou constatado pela perícia, em um dos sapatos, a presença de alga, compatível com as condições da Represa de Nazaré Paulista, embora pudesse ser encontrada em outras represas. A terra era compatível, mas em quantidade exígua para atestar com segurança a origem do material. Os vestígios constantes do sapato não eram visíveis a olho nu. Havia apenas um

ponto de terra na sola. Informa que, no interior do veículo da vítima, foram constatadas partículas ósseas, parte do maxilar, pontas de cigarro, marca Free, dois projéteis. Um deles transfixou o banco traseiro do veículo da vítima.

Revela ainda a testemunha Renato, que participou da perícia do rastreador, que teve como referência os pontos fornecidos pela empresa de segurança. Não houve contato físico com o aparelho de rastreamento. Na reconstituição dos fatos, permaneceu do outro lado da margem, na companhia da testemunha protegida. Como a testemunha disse não ter ouvido disparos de arma de fogo, tal circunstância não constou da reprodução dos fatos. É graduado em engenharia agrônoma, informando que a perícia envolveu, entre outros, o setor de informática, física e botânica, do Instituto de Criminalística de São Paulo (cd - fls. 1949).

A testemunha Wilson Aparecido afirma que, diretor responsável pelo setor de rastreamento, de empresa de transportes, opera com sete caminhões. No mês de junho de 2010, avisado por Mizael, a quem conhece há vinte anos, a respeito de discrepância, no monitoramento do rastreamento, o aconselhou a entrar em contato com a central da empresa ou solicitar um técnico para verificar o problema. Informa que há dois sistemas de rastreamento, via satélite e via telefone. Não sabe dizer qual o sistema então adotado pela empresa Graber. Revela que, após a união com outra empresa, o sistema de rastreamento operado pela Graber apresentou muitos problemas. Queixas que teve conhecimento através de empresas que até então eram atendidas pela Graber (cd – fls. 1949).

A testemunha Bruno, guardador de carros, em estacionamento localizado, no Parque Cecap, alega que, no dia 23 de maio de 2010, viu Mizael estacionar o veículo Sportage, nas proximidades de hospital. Em seguida, por volta de 18h30min, ingressou em veículo Honda Fit, prata, pela porta dianteira do passageiro. Não pode divisar o condutor do veículo. Apenas os cabelos compridos de uma mulher. O veículo Sportage foi dali retirado, no mesmo dia, depois das 22hs. Alega que já tinha visto o apelante Mizael deixar o carro, outras vezes, no referido local (cd - fls. 1908).

A testemunha Ômega, que teve a identidade protegida, alega que costuma frequentar a represa de Nazaré Paulista para pescar. Na noite dos fatos, percebeu a presença de um carro com luz alta, do outro lado, na beira da represa. Era noite clara, de lua cheia. Ouviu três gritos, que pareciam de uma criança e divisou um homem que desceu do veículo do lado do motorista. Viu o carro afundar. Não escutou tiros. Chegou ao local, aproximadamente, às 19h30min. Saiu por volta de 20h30min. Não procurou autoridade policial. Imaginou que se tratava de carro roubado. Não percebeu a presença de outro veículo. Após comentar com um amigo, deu-se conta que tais circunstâncias poderiam se relacionar ao desaparecimento da vítima Mércia (cd - fls. 1908).

Acesso ao Sumário

A testemunha Jurandir disse que Evandro exercia a função de segurança no posto, onde também trabalha. Quase todos os dias, Mizael lá comparecia para conversar com Evandro. Durante o mês de maio, de maneira mais amiúde. Mizael, costumeiramente, utilizava um veículo Sportage. Por comentários, soube da presença de outro carro, branco ou prata. Não pode dizer se Evandro usava arma. Não se recorda se Evandro trabalhou, no local, no dia 23 de maio de 2010 (cd - fls. 1908).

A testemunha Maria Cleonice afirma que ajudou a colocar os cartazes, que davam conta do desaparecimento da vítima Mércia. Não sabe informar a pessoa que efetuou a retirada dos cartazes (cd - fls. 1908).

A testemunha Alfeu (Ferrugem) também era segurança do posto, tal como o recorrente Evandro. Alega que não conhecia Mizael. No dia dos fatos, viu Evandro no posto (cd - fls. 1948).

A testemunha Carlos informa que conhece Mizael há aproximadamente vinte anos. Mizael era gentil e atencioso com Mércia. Recebia a visita do casal tanto em São Paulo, como na sua residência no litoral. No casamento de seu filho, o casal esteve presente. Nunca presenciou cena de ciúmes entre eles. Não tomou conhecimento de desavença profissional entre eles, embora soubesse que a vítima Mércia instalara-se em novo escritório (cd - fls. 1948).

A testemunha Gentil, frentista e caixa do posto Rio Real, confirma que Evandro fazia a segurança do local. Evandro possuía um Uno prata, que permanecia guardado, sob a cobertura do lava-rápido. Não conhece Mizael, assinalando que Jurandir e Alfeu também trabalham no local (cd - fls. 1948).

A testemunha Luís Araújo alega que Evandro exercia a função de segurança em feira livre, onde tem uma banca. No dia 23 de maio de 2010, entre 14hs30min e 15hs, Evandro esteve no local. Conhece Mizael, pessoa benquista. Não conheceu a vítima Mércia (cd - fls. 1948).

A testemunha Marcos Manteiga informa que mantém com Mizael, desde 2000, amizade e contato com certa regularidade. Foram colegas de faculdade. Desconhece qualquer ato de violência praticado por Mizael. Teve oportunidade de almoçar com Mizael e Mércia, ocasião em que soube que Cláudia, também colega de classe, era irmã de Mércia. Nega que tenha acusado Mizael para Cláudia (cd - fls. 1948).

A testemunha Matheus, também colega de faculdade de Mizael, revela que nunca ouviu comentários de atitudes agressivas de Mizael (cd - fls. 1948).

A testemunha Maria Aparecida conhece Mizael desde 2006. Fazia faxina na casa e no escritório de Mizael. Conheceu a vítima Mércia, na casa de Mizael, vez que ali costumava pernoitar (cd - fls. 1948).

A testemunha Nilza revela que, casada durante oito anos com Mizael, nunca foi submetida a atos de agressão, assinalando que a separação foi amigável

Acesso ao Sumário

(cd - fls. 1948).

A testemunha Patrícia informa que teve oportunidade de sair na companhia de seu marido e do casal Mizael e Mércia. No aniversário de Mizael, esteve na casa da avó de Mércia, ocasião em que lá se encontravam a genitora e os tios de Mércia. Mércia apresentou a testemunha e seu marido, como advogados, embora não tivessem tal graduação. No momento em que deixavam a casa, chegou o irmão de Mércia, Márcio. Sequer cumprimentou as pessoas (cd - fls. 1948).

A testemunha Pedro, proprietário da imobiliária local, revela que Mizael é pessoa benquista, na região. Conheceu a vítima Mércia, assinalando que o casal mantinha excelente relacionamento (cd - fls. 1948).

Em plenário, foram colhidos novamente o depoimento das testemunhas Márcio, Alexandre, Antonio Olim, e Renato Domingues, além do depoimento das testemunhas Wagner, Eduardo Amato, Arles, Carlos Eduardo, Hélio e Rita Maria.

A testemunha Márcio alega que Mizael foi o primeiro e único namorado de Mércia. Nunca aceitou a separação, Mesmo após Mércia passar a trabalhar com Cláudia, sua irmã, o apelante insistia em se encontrar com Mércia. Também a procurava em sua residência, a ponto de Mércia ter proibido a entrada dele no prédio. Na segunda-feira, após o desparecimento de Mércia, seu genitor procurou pelo apelante. Alegou que há dois meses não tinha notícia de Mércia. Também procurou Mizael para pedir ajuda, mesmo tendo cortado relacionamento, acreditava ter sido um sequestro. Foi recusado qualquer contato por Mizael. Levantou suspeita a atitude de Mizael, ao buscar Airton Lima, que trabalha no Instituto Médico Legal de Guarulhos, na companhia do investigador de polícia Ailton Galdino, alegando que a acusação indevida da família de Mércia contra ele pois não sabia de Mércia; há dois meses não a via. Por recomendação do investigador Ronaldo (do 6ºDP) procurou o DHPP. Todas as informações, que a família recebia, foram transmitidas ao Dr. Olim, delegado de polícia (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Alexandre, investigador de polícia, participou da equipe que apurou os fatos narrados na denúncia, notadamente, do levantamento das chamadas telefônicas recebidas e realizadas pelo apelante e o corréu Evandro, no dia dos fatos, e naqueles que o antecederam. Assim como, o registro das ligações realizadas entre Mizael e a vítima. Informa que a última ligação recebida pela vítima, tendo como interlocutor o apelante Mizael, deu-se em 23 de maio de 2010, por volta de 14h56min. Chamaram à atenção várias ligações telefônicas, entre a vítima Mércia e Mizael, ocorridas, em 22 de maio de 2010. Foram seguidas, cada uma de *per si*, por contatos telefônicos entre Mizael e Evandro. Relata que o apelante Mizael inicialmente indicou dois números de linhas telefônicas

Acesso ao Sumário

por ele utilizadas. Omitiu um terceiro, cujo número resultou apurado através do rastreamento das ligações telefônicas, notadamente, da análise criteriosa das contas telefônicas da vítima Mércia. Ficou constatado que, no dia 23 de maio de 2010, uma série de ligações, aproximadamente, em número de dezenove, no período das 10h até às 19h42min, entre Mizael e Evandro: 16 vezes o apelante para o corréu Evandro e recebeu três legações de Evandro. Para tanto, foi utilizado a linha telefônica, cujo número fora apurado pelas investigações policiais. Acrescenta que o monitoramento das ligações telefônicas, efetuadas, no dia 23 de maio de 2010, indicava que o recorrente Mizael se comunicava com Evandro, utilizando-se de antenas diversas, a revelar que estava em movimento. Ficou constatada a utilização de antenas, nas proximidades da casa da avó de Mércia e da residência da própria Mércia, região da residência do recorrente Mizael, região da Avenida Monte Alegre-Estrada de Nazaré. Informa que Mizael esteve, com Mércia, nos dias 16, 22 e 23 de maio de 2010, datas em que também utilizou o terceiro telefone para se comunicar com o recorrente Evandro. Após telefonar para Mércia, ligava para Evandro. Assinala que o veículo de Mizael permaneceu estacionado, nas cercanias de hospital local, enquanto mais de três antenas diversas foram acionadas. Esclarece que a ligação telefônica aciona a antena mais próxima - Estação Rádio Base - ERB, ficando registrado também o aparelho celular receptor. Participou de reconstituição dos fatos (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Antonio Olim, delegado de polícia, ao chegar em São Paulo, afirma que inicialmente Evandro disse não querer advogado. Apresentou o Dr. Arles, que iria acompanhar o inquérito. Não houve tortura. O investigador de polícia se utiliza das palavras "*Evandro, você precisa nos ajudar, precisa dizer a verdade, pois nó que vamos elaborar o relatório e mandar para o juiz.* A versão que foi para o papel é a versão que Evandro diz antes da observação do investigador de polícia. Não filmou o depoimento em Sergipe. Ao ser confrontado com o mapa, Evandro admite ter ido buscar Mizael. Evandro não foi até o local em que o carro foi jogado. Conta do trajeto, da estrada de terra, do acidente e da viatura no mercadinho Galego. Nos levantamentos dos meses de março e abril as antenas próximas à região próxima à residência do pai e da avó de Mércia, não fora cessada por Evandro e Mizael. Dia 23 de maio é a primeira vez que aparecem 16 registros de ligações entre Mizael e Evandro, na região, na linha não apresentada pelo apelante. Tal linha foi identificada nos registros de ligações da vítima Mércia. A linha não estava registrada no nome do apelante. O telefone nunca mais foi usado após as 21h20min, do dia 23 de maio de 2010. A antena utilizada foi a da Antônio Távora, próxima a residência do apelante. Não se recorda qual a resposta para o boné encontrado no carro de Mércia. Não sabe dizer quem é Bicudo (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Renato Domingues, perito coordenador das pesquisas,

Acesso ao Sumário

acrescenta que, ao menos dois disparos foram realizados dentro do veículo à distância bem curta, aproximadamente quinze centímetros, conforme constatado pela zona de tatuagem encontrada na blusa da vítima. O autor do disparo estava, no banco do passageiro dianteiro. O projétil semi-encamizado, localizado, no assoalho dianteiro esquerdo do carro passou pela blusa da vítima e atingiu o maxilar, eis que continha *fibra de tecido e fragmentos ósseos*. É possível ter havido mais disparos pois estava aberta a janela do motorista. O carro era conduzido por *pessoa pequena e uma maior ao lado* fato inferido pela distância do assento ao pedal. O corpo da vítima encontrava-se em processo adiantado de decomposição. A presença de fragmentos ósseos, dentes e cabelos, no interior do veículo, evidencia que a morte, por afogamento, e a decomposição do corpo deram-se dentro do carro. Assinala que não houve compatibilidade entre os projéteis encontrados no carro da vítima e as armas apresentadas pelo apelante (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Wagner descreve a apuração de dados realizada através do registro do rastreamento do veículo do apelante (GPS). As alternâncias e o cruzamento das ligações telefônicas tornaram possível conhecer que o apelante estivera com Mércia, semana antes, em determinado motel. Registrado que após tal fato, o apelante se comunicou com o corréu Evandro (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Eduardo Amato, engenheiro elétrico, mestre em telecomunicações, informa que, a pedido da acusação, realizou estudos de ligações telefônicas e efetuou levantamento entre a posição registrada, no GPS do carro do apelante e a estação de rádio base (ERB), utilizada pelo apelante, acabando por confirmar a manifestação por ele firmada e acostada aos autos às fls. 3008/3009. Ou seja, que as ERBs acionadas demonstram que o apelante não se encontrava no local por ele indicado, no momento em que fazia uso do celular, no dia 23 de maio de 2010. Deu explicações detalhadas ao responder inúmeras reperguntas das partes (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Arles, advogado, então Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, e presidente da Comissão de Fiscalização de Defesa da Advocacia, nomeado pela presidência da OAB para acompanhar inquérito da advogada desaparecida, pedido formulado pela família da vítima Mércia. Acompanhou o inquérito policial até a reconstituição dos fatos, na represa, em Nazaré Paulista. Estava presente, quando do interrogatório policial do corréu Evandro. Em nenhum momento, foi procurado pelo corréu Evandro para contar possível tortura ocorrida, no Nordeste. Tudo o que foi dito está registrado, no termo respectivo em que firma, como testemunha. Entre outras coisas, indagado pelo Dr. Olim, o corréu Evandro dispensou a presença de advogado. Evandro disse que se encontrava com o apelante, na feira. Ficou marcado que iria buscar o apelante. Alegou que, quando deixaram o local, depararam-se com um acidente,

Acesso ao Sumário

atendido por uma viatura policial. Determinado pelo Dr. Olim, a apuração do evento. Presenciou o interrogatório policial do apelante. Na oportunidade, o apelante, no primeiro momento, negou fazer uso de determinado número de telefone. Ao depois, acabou por reconhecer que comprara um chip cadastrado em nome de terceira pessoa. O apelante alegou que teria permanecido, no interior do carro, próximo ao Hospital Central de Guarulhos, na companhia de uma pessoa (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Carlos Eduardo Bicudo, biólogo, doutorado pela USP, e pós-doutorado em Montana e Alabama, firmou o parecer técnico de fls. 1344. Explicou minuciosamente a conclusão chegada a partir da análise das lâminas contendo restos de sedimento, numeradas. Após identificadas as algas, soube que correspondiam ao tapete do carro e do sapato do apelante. Rebateu item por item o parecer técnico firmado pelo perito aposentado Osvaldo Negrini Neto (fls. 3966/3976), apresentado pela Defesa do apelante. Asseverou que a alga examinada, de água doce, desenvolve-se em represas. Não pode ser encontrada em poça d'agua, pois ambiente temporário. Na Represa de Nazaré Paulista existe tal tipo de alga, assinalando que já fora coletada anteriormente, no local. Além de tecer considerações outras, afirmou que o sapato, levado à perícia, pisou na vegetação, não existindo outra possibilidade desta alga estar lá (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha do juízo, Hélio, perito criminal, firmou laudo pericial (fls. 2839/2844), traçou os trajetos, visto por duas hipóteses, da saída do mata-burro ao Hospital Central de Guarulhos. Deu detalhes a respeito dos trajetos indicados, inclusive, ao responder indagações dos senhores jurados (cd - contracapa do 21º volume).

A testemunha Rita Maria dá boas referências do apelante, corretora de imóveis da imobiliária sediada no mesmo prédio, em que locou, imóvel ao apelante, para instalar o escritório. Conheceu Mércia, que por algum tempo dividiu o escritório com o apelante. Tinham relacionamento tranquilo e harmonioso, ao que parecia (cd - contracapa do 21º volume).

Acesso ao Sumário

Completa a prova oral, a farta prova pericial, que resultou em inúmeros laudos, analisados os vestígios coletados, em minucias, durante a apuração dos fatos.

Assim é que, o laudo de exame necroscópico (fls. 760/770) deixou consignado: *III – DO TEMPO DA MORTE – Na presença de putrefação, a maior parte dos sinais cronotanatognósticos tornam-se imprecisos (ausência de humor vítreo, impossibilidade de analisar fundo de olho, ausência de circulação póstuma, presença de inflação cadavérica gasosa, ausência de larvas), fazendo localizar a morte em um período superior a 72 horas. A presença de cristais acastanhados nos pulmões sugere cristais de Westenhöfer-Rocha-Valverde, que aparecem no cadáver por volta do terceiro dia e não são mais percebidos*

após o trigésimo quinto dia do óbito, permitindo, assim, localizar a morte em um período ***inferior a 35 dias***. Apresentou a seguinte conclusão*: Concluo que a vítima foi injuriada por instrumento contundente (e possivelmente perfuro contundente-projétil de arma de fogo) na sua região bucal, ainda em vida, causando a fratura e sangramento nas vias aéreas e, em seguida, encontrou a morte devido à asfixia por afogamento. Não tenho como avaliar se, na imersão, a vítima estava consciente ou não. Em se confirmando fragmentos de projétil de arma de fogo na vítima, esta foi tangencial à região oral. Existe compatibilidade com a área bicipital branquial esquerda e tricipital esquerda podendo nestas regiões* ***o mesmo ter sido transfixante. Um provável disparo de arma de fogo não colaborou para a morte*** (fls. 769)

O relatório Radiológico (fls. 771/782) atesta a existência de *Sinais traumáticos faciais caracterizados pela presença de fraturas mandíbulo-maxilares* (fls. 782); e, o relatório Odonto Legal (fls. 783/786) destaca *que a maxila do lado direito exibia solução de continuidade com perda de substância óssea, abrangendo a região correspondente ao dente 14 (primeiro pré-molar) até a região do dente 17(segundo molar). (...) Na mandíbula, em região do corpo, do lado direito, observamos solução de continuidade, com perda de substância óssea, na área correspondente ao dente 43 (canino) até a região do dente 46 (primeiro molar). Esclarecemos que ambos os fragmentos da mandíbula e maxila não acompanhavam o cadáver. (...) Os alvéolos abertos correspondentes aos elementos dentários ausentes indicam que as perdas dentárias foram post mortem. As soluções de continuidade com perda de substância óssea descritas nos itens 2.2.1 indicam ação de instrumento contundente (fls. 786).* Complementado pelo laudo de fls. 788/795, nos seguintes termos*: Os fragmentos de números 1 e 2 correspondem à área da solução de continuidade, com perda de substância óssea, do osso maxilar do lado direito da vítima Mércia Mikie Nakashima (...). Os fragmentos de números 3,5,6,7 e 8 correspondem aos dentes ausentes na área da solução de continuidade, com perda de substância óssea, do osso maxilar do lado direito da vitima Mércia Mikie Nakashima (...).* (fls. 795).

De outra parte, o laudo do Núcleo de Anatomia Patológica (fls. 797/799) deixou consignado: *A presença de corpos estranhos no parênquima pulmonar é compatível com lesão de natureza vital. Esses achados, associados aos dados de história enviados, são compatíveis com pulmão de afogamento*. (fls. 798).

Relatório de Análise dos materiais rochoso e vegetal e de um projétil registra (fls. 1397/1423): *O resultado do perfil genético, enviado pelo NBB (DNA – Lacre SPTC 0003681), confirmou que o material genético presente no projétil semi-encamisado apresenta relação de verossimilhança com o perfil coletado da vítima, Mércia N. Nakashima (RA nº 2476/2010, em anexo).* Concluiu-se ainda que o resultado encaminhado pelo núcleo de química *mostrou a presença Cálcio (CA) aderido ao chumbo metálico do projétil, indicando ter passado por uma região óssea* (fls. 1405). Também foi verificada *a presença de fragmentos de*

Acesso ao Sumário

fibras de coloração roxa, estas compatíveis com a cor da blusa da vítima, a qual se encontrava no Laboratório de DNA (fls. 1406). *Na solução de continuidade da blusa de lá roxa constatou-se presença de chumbo metálico e enrijecimento de fibras (item 3.5), decorrente de aquecimento no instante do disparo (entrada do projétil). No fragmento ósseo (número 3) foi confirmada a presença de chumbo metálico (item 4.1). Dos fragmentos recebidos (item 4), verificamos de nove (1=1=7) são rochosos e que o restante é um fragmento ósseo. Ressaltamos que a comparação do material rochoso não pode ser realizada, dentro das condições de análise disponíveis neste núcleo, pois tais fragmentos são ínfimos impossibilitando o confronto. Constatou-se compatibilidade entre o fragmento enviado pelo IML (RA nº 2269/10) com a ogiva do projétil semi-encamisado "chumbo metálico". A comparação do material vegetal recebido (item 5) indiciou que não existia compatibilidade* (fls. 1422/1423).

Relatório de análise do núcleo de biologia do confronto entre os pelos e/ou cabelos e o material já encaminhado, pela RA 2419/10 (fls. 1424/1430). *Na amostra biológica presente no projétil foi observada a presença de material genético oriundo provavelmente de um único indivíduo, do sexo feminino, cujos alelos nos loci que pudemos analisar apresentam relação de verossimilhança com o perfil alélico identificado na amostra óssea coletada da vítima Mércia Mikie Nakashima. (...) Uma vez que não obtivemos perfil genético nas amostras enviadas no RA 2419/2010, referente aos cabelos coletados na casa do suspeito, não permitindo o confronto através da análise de DNA, utilizamos o perfil genético obtido da própria vítima recebida como amostra referência do RA 2360/2010* (fls. 1429).

Compõe a prova pericial ainda os vestígios colhidos, quando da retirada do veículo da vítima da represa, Consignado no respectivo laudo (fls. 1212/1308): *Considerações finais. 1) Sobre o veículo: 1.1) a posição e situação que se encontrava o banco dianteiro esquerdo (motorista), era compatível com a compleição física da vítima, indicando que a mesma era a condutora quando do fato; a posição que se encontrava o banco dianteiro direito (passageiro), no seu último estágio para trás, em relação ao banco do motorista, indica que ali sentava-se uma pessoa de compleição física maior que a vítima; 1.2) a constatação da chave no bloco de ignição na posição "ligado", era indicativo de que o veículo estava em funcionamento ou só preparado para ignição; 1.3) das verificações: câmbio desengatado, freio de estacionamento solto, bem como o solo inclinado em que se encontrava o veículo, facilitavam o seu movimento, de uma força de contato aplicada no mesmo, na direção e no sentido da margem para o centro da represa; (...) 2) Sobre a vítima: 2.1) O chamuscamento constatado na blusa roxa que a vítima trajava, especificamente no terço mediano, face externa, do braço esquerdo, indica um disparo de arma de fogo a curta distância do alvo, com orientação de trás para frente; 2.2) Os fragmentos ósseos e dentários encontrados no interior do veículo e identificados como sendo da vítima, nos indicam ter sido ela alvejada por disparo(s) de arma de fogo dentro deste.* (fls. 1229).

Acesso ao Sumário

Relatório de análise da camisa pólo (fls. 1363/1368) *Constatou-se haver solução de continuidade provado por esforço abrupto, característicos daqueles provocados por enroscamentos em objetos ou instrumentos de natureza desconhecida* (fls. 1368).

Relatório de análise do arame farpado (fls. 1452/1456) *(...) as fibras encontradas nos fragmentos de arame farpado não são as mesmas das obtidas da camisete pólo. (...) os materiais arrecadados nos solados dos sapatos não têm correspondência com a composição dos fios de arame farpado* (fls. 1455/1456).

Relatório de análise referente a uma bituca de cigarro (fls. 1438/1445, 1446/1451) *(...) na amostra biológica presente na bituca foi observada a presença de material genético oriundo provavelmente de um único indivíduo, do sexo feminino, cujos alelos nos loci que pudemos analisar não apresentam relação de verossimilhança com o perfil alélico identificado na amostra óssea coletada da vítima Mercia Mikie Nakashima* (fls. 1451).

Laudo de exame de confronto balístico (fls. 1708/1714) "*podemos concluir que o projétil incriminado (item II), não foi disparado por nenhuma das armas que ora aqui vieram ter (item I -1 e 2)* (fls. 1711).

Vestígios coletados no material apreendido na residência do apelante: *3.1) apesar do sapato de cor marrom ter sido limpo, foram encontrados materiais orgânicos impregnados (esquírula óssea e substância hematóide), e devido a exígua quantidade, não foi possível a identificação pelo método do DNA. 3.2) a alga junto ao material particulado constado no sapato marrom claro, esplanada no R.A. nº 2260- A/2010: "Foram encontrados nos solados dos sapatos descritos como peça 5 - sapato marrom claro - terra visível um fragmento de xilema (tipo de tecido vascular vegetal), o qual serviu como substrato para alga do gênero Chaetophora ou Stigeoclonium (identificada pelo biólogo do Instituto de Botânica Prof. Dr. Carlos Eduardo de M. Bicudo), típica de ambientes aquáticos de água doce, onde vivem imersas. Portanto, podem os peritos afirmar que o referido par de sapatos esteve em contato com ambiente aquático de, de forma imersa. Conclusão De tudo quanto foi observado, do levantamento do estado em que encontramos o veículo, dos locais vistoriados, dos resultados dos Relatórios de Análises laboratoriais e seus confrontos, podemos concluir que: O usuário do aludido sapato de cor marrom claro, apreendido na residência da Rua Toshio Uenishi, número 40, indicada como a moradia de Mizael Bispo de Souza, visto as evidências nele impregnadas e comprovadas cientificamente, mostra que o calçado esteve imerso em um local de mesmas características as da Represa de Nazaré Paulista, local do encontra da vítima fatal Mércia Mikei Nakashima* (fls. 1230).

Complementado pelo Relatório de análise das amostras de terra (fls. 1369/1382) *Do confronto entre as terras defronte a casa do suspeito com aquelas da represa (...) podem os peritos inferir que as amostras enviadas não são compatíveis. Do confronto entre as terras dos sapatos e aquelas defronte*

Acesso ao Sumário

a casa do suspeito. (...) Após a realização do confronto, e lembrando que as amostras retiradas do solado do sapato eram ínfimas, podemos esclarecer que a granulometria das terras examinadas são diferentes, bem como não foi encontrada material orgânico na amostra da terra retirada defronta à casa do suspeito. (...) Desse modo, podemos inferir, mediante os meios disponíveis para exame, que as amostras de terra são incompatíveis. Diante do exposto, podemos observar que as terras defronte à casa do suspeito não são compatíveis com as demais (fls. 1377/1380, 1381/1382).

Assim como, pelo relatório de análises de Física (fls. 1310/1343): *1. Foram encontrados nos solados dos sapatos descritos como peça 5 – sapato marrom claro–terra visível um fragmento de xilema (tipo de tecido vascular vegetal), o qual serviu como substrato para alga do gênero Chaetophora ou Stigeoclonium (identificada pelo biólogo do Instituto de Botânica Prof. Dr. Carlos Eduardo de M. Bicudo), típica de ambientes aquáticos de água doce, onde vivem imersas. Portanto, podem os peritos afirmar que o referido par de sapatos esteve em contato com ambiente aquático de, de forma imersa. 2. Nos solados dos sapatos descritos como Peça 5 – Sapato Marrom Claro–terra Visível obteve-se reação quimio-luminescente positiva quando submetido a aplicação do reagente Blue Star, entretanto o Núcleo de Biologia e Bioquímica, através do RA 2775/2010, não obteve êxito na extração de DNA, devido a exiguidade de amostra.* (fls. 1341).

Já o parecer técnico firmado pelo perito Carlos Eduardo M. Bicudo, exarado nos seguintes termos: *Com respeito ao caso Mércia Nakashima, Laudo 453/10 do DHPP, declaro ter encontrado material de uma alga, Chaetophora ou Stigeoclonium, cujo gênero não pôde ser identificado com precisão por conta das plantas ainda muito jovens encontradas na lâmina preparada de terra de um sapato (lâmina por mim marcada com um asterisco vermelho no rótulo). Que se trata de restos de algas, não há o que duvidar. Os representantes de ambos os gêneros, Chaetophora e Stigeoclonium, habitam ambiente aquático, onde vivem imersos (dentro da água), aderidos a qualquer tipo de substrato, no caso a um fragmento de fibra vegetal por conta de elementos de xilema nele encontrado* (fls. 1344).

Acesso ao Sumário

Parecer técnico, firmado pelo perito criminal aposentado Osvaldo B. Negrini Neto, se contrapõe à conclusão apresentada pela perícia técnica. Após apresentar ponderações e argumentação extraída de trabalhos técnicos indicados conclui: *questiona-se, portanto, como podem os ilustres peritos apresentar uma conclusão sobre a presença do sapato na represa de Nazaré Paulista sem qualquer base cientifica? Onde quer que se pesquise sobre tais algas, seja na literatura brasileira ou internacional, vê-se que* ***estas algas estão espalhadas pelo planeta, existem nos mais diversos ambientes, sejam terrestres, aquáticos de água doce ou marinho (até mesmo em poças d'agua salobra), e ainda podem estar associadas a outros organismos*** (fls. 3966/3976).

Infere-se da análise dos autos que o Conselho de Sentença optou por uma

das versões revelada pela prova produzida sob o manto do contraditório.

Em face da pluralidade de indícios apurados e provados, concatenados entre si, autoriza dizer que a decisão dos Senhores Jurados não se apresenta manifestamente contrária á evidência dos autos.

O apelante Mizael nega o envolvimento no desaparecimento da vítima Mércia. Alega que esteve por mais de quatro horas, na companhia de prostituta, em estacionamento de hospital local, na noite do dia 23 de maio de 2010. Surpreendido pela notícia de que o rastreador existente em seu veículo, indicava a permanência do veículo, no referido local, alegou que permanecera, primeiramente, no interior do veículo, na companhia de garota de programa. Ao depois, alterou o alegado, asseverando que estivera em hotel, juntamente com a moça e deixara o carro estacionado, nas proximidades do apontado hospital. Sustenta que foi informado do sumiço de Mércia, no dia 25 de maio de 2010, por volta de 14h, pelo genitor da vítima, oportunidade em que recomendou que fosse comunicado o fato à polícia. Disse que não contou que estivera com Mércia, na noite anterior, pois a vítima não desejava que a família soubesse que se encontravam.

Ocorre que, segundo apurado, horas antes, por volta de 11h, do dia 25 de maio de 2010, o apelante estivera na 6ª Delegacia de Polícia de Guarulhos e comunicado, que fora lavrado boletim de ocorrência do desaparecimento da vítima Mércia, segundo consta do depoimento da testemunha Ailton, escrivão chefe (fls. 448/449). Nem assim o apelante tomou a iniciativa de comunicar à polícia, ou mesmo aos familiares de Mércia, o encontro com a vítima, na noite anterior.

Com o desenrolar das investigações, apurou-se, através do rastreador do veículo, que o apelante estivera, na companhia de Mércia, nos dias anteriores, inclusive, na noite, que antecedeu o desaparecimento da vítima. Fato que não pôde ser negado pelo apelante, em face dos dados registrados pelo rastreador do veículo e em virtude do monitoramento das ligações telefônicas, notadamente no que diz respeito ao telefone da vítima Mércia.

De início, o apelante forneceu à polícia o número das linhas telefônicas, por ele utilizadas. Entretanto, autorizado por ordem judicial o rastreamento das chamadas telefônicas, ficou constatada a utilização de mais uma linha, que não fora objeto da informação prestada pelo apelante.

Ao ser informado da identificação da indigitada linha telefônica, o apelante alegou que se tratava de telefone, que não era usualmente por ele utilizado, daí não ter fornecido o respectivo número à polícia. Entretanto, o registro das ligações telefônicas revelou que a indigitada linha telefônica fora utilizada pelo apelante, nos dias que antecederam ao desaparecimento da vítima Mércia.

Constatado ficou a existência de dezenove ligações telefônicas entre o

Acesso ao Sumário

apelante e o corréu Evandro, no fatídico dia 23 de maio de 2010, através da linha telefônica, cujo número deixara de ser fornecido pelo apelante à polícia. Sem contar que do momento em que o apelante telefona para Mércia, ato contínuo, comunica-se com o corréu Evandro, situação também registrada, nas datas anteriores, respectivamente em 16, 21 e 22 de maio de 2010. Dias em que o apelante estivera, na companhia da vítima, fato que resultou apurado através dos dados do rastreador do automóvel e da pesquisa do registro de chamadas telefônicas. Fatos que acabaram por serem admitidos pelo apelante, nas oportunidades em que foi interrogado. Circunstâncias, aliás, que levaram à suspeita do envolvimento do corréu Evandro.

No dia 23 de maio de 2010, consta do registro ligação telefônica do apelante para Mércia, pouco mais de 14h da tarde. Sem contar várias ligações telefônicas entre o apelante e Mércia, ocorridas no sábado (22 de maio de 2010), seguidas, cada uma delas, por contatos telefônicos entre o apelante e o corréu Evandro.

Ademais, inúmeras ligações telefônicas, no dia 23 de maio de 2010, entre o apelante e Evandro (16 vezes de Mizael para Evandro e 3 vezes de Evandro para Mizael), utilizada para tanto a linha telefônica que só veio à lume, por força da investigação policial (fls. 145/179 - apeno 1).

Tais fatos, a rigor, não foram repelidos pelo apelante ou pelo corréu Evandro. Apenas disseram que tais ligações telefônicas visavam tratar de negócios.

Após o encontro do automóvel da vítima, retirado das águas da Represa de Nazaré Paulista, as investigações policiais apuraram que o corréu Evandro deixara o emprego e viajara para o nordeste do País. Capturado em Sergipe, o corréu Evandro admitiu ter apanhado o apelante, no mataburro da Represa de Nazaré Paulista, na noite do dia 23 de maio de 2010. Esclareceu que, na ocasião, o apelante portava armas de fogo. Inicialmente o corréu Evandro alegou que, na manhã do referido dia, combinara apanhar Mizael, nas proximidades da represa. Ao depois, alterou o alegado, afirmando que recebera ligação telefônica de Mizael, na noite do dia 23, para buscá-lo, nas proximidades da represa em questão.

Acesso ao Sumário

Ao ser interrogado, em Juízo, o corréu Evandro, embora tenha negado a participação no delito, reiterou que, na noite do dia 23 de maio de 2010, atendendo a pedido, foi buscar o apelante Mizael, em mataburro, localizado na represa de Nazaré Paulista, confirmando que, na oportunidade, Mizael portava arma de fogo.

Assim é que, uma vez identificado o interlocutor das conversas, em face do resultado das providências até então realizadas, o corréu Evandro viu-se na contingência de reconhecer os contatos telefônicos com o apelante e, ainda que,

com idas e vindas, refute o envolvimento a qualquer título na morte de Mércia, reitera, a cada momento, que foi apanhar o apelante, na noite do dia 23 de maio de 2010, no mataburro da Represa de Nazaré Paulista.

Evidenciada a utilização de várias antenas (ERBs), no decorrer de tais ligações telefônicas, a demonstrar que o apelante, ao contrário do alegado, estava em trânsito, não no local onde alegou estar. Demonstrado que, no dia 23 de maio de 2010, por volta de 21h21min, o apelante recebeu ligação de sua filha, no telefone celular que não revelara à polícia. Horário em que disse estar na companhia de garota de programa. Registrado, entretanto, que se encontrava distante do Hospital Geral de Guarulhos.

Não pode ser descuidada a conclusão da perícia dos sapatos do apelante (fls. 1344). Embora não conclusiva, revela a presença de alga compatível com as condições da Represa de Nazaré Paulista, embora pudesse ser encontrada em outras represas. Situação que foi esmiuçada em detalhes, rebatida a argumentação apresentada pelo parecer técnico de fls. 3966/3976, no depoimento prestado pela testemunha Carlos Eduardo Bicudo, perito criminal, que firmou o respectivo laudo.

Ao contrário do alegado pela Defesa, a prova pericial, de forma categórica, concluiu que os fragmentos ósseos e dentários encontrados no interior do veículo foram identificados como sendo da vítima Mércia (fls. 1229).

Importante consignar que o laudo de exame necroscópico, em face das evidências, localizou a morte da vítima em um período superior a 72 horas e inferior a 35 dias (fls. 766)

Mais do que tudo, a autoria, repelida, é certo, a cada momento pelo apelante, fica abalada. O próprio apelante, a cada passo, notadamente do desenrolar do inquérito policial, tenta justificar os dados obtidos pelo rastreamento do GPS e das linhas telefônicas, trazendo fatos até então omitidos, na tentativa de esclarecer a situação apurada pela investigação criminal.

Assim é que, por primeiro, informa aos familiares da vítima que há tempo não se encontrava com Mércia. Ciente de que apurada situação totalmente diversa, constatado que se comunicara com Mércia, nos dias 16, 22 e 23 de maio de 2010, o apelante acaba por admitir que, na semana anterior ao desaparecimento estivera na companhia de Mércia. Em face do apurado, acaba por reconhecer que, na noite anterior, também se encontrara com a vítima.

Ademais, uma vez descoberta mais uma linha telefônica, além daquelas por ele indicadas à autoridade policial, o apelante acaba por reconhecer que dela também fazia uso esporádico e eventual para se comunicar. Ao depois, diante dos registros dos dados telefônicos obtidos, reconheceu que dela fez uso, inclusive, para se comunicar com o corréu Evandro, na tarde e na noite do dia 23 de maio de 2010, embora alegue terem sido tratados assuntos profissionais.

Acesso ao Sumário

Mais do que tudo, mesmo tendo repelido o envolvimento no homicídio da vítima, em todos os momentos em que ouvido, o corréu Evandro reafirma de forma expressa que, na noite do indigitado dia, fora buscar o apelante, na Represa de Nazaré Paulista, oportunidade em que percebera que Mizael trazia consigo duas armas de fogo.

Trata-se de assertiva de real importância. Dá respaldo aos seguros indícios, obtidos através dos dados registrados pelo rastreador do veículo do apelante, e revelados pelas ligações telefônicas. Ou seja, assertiva que, além de corroborar os registros apurados pelo rastreador do veículo e pelos dados apontados pelo relatório técnico, confirma que, na noite de 23 de maio de 2010, o apelante estava na Represa de Nazaré Paulista.

A testemunha Bruno, que trabalhava em estacionamento, informou que no dia 23 de maio de 2010, viu o apelante estacionar o veículo Kia Sportage, nas proximidades do Hospital local, para, em seguida, ingressar em veículo Honda Fit, cor prata, como passageiro. Não pode divisar a fisionomia do condutor do veículo, apenas constatou que se tratava de uma mulher, pelos cabelos compridos. Acrescenta que o veículo foi retirado dali, no mesmo dia, depois de 22h.

A testemunha Ômega, que teve a identidade protegida, esclareceu que frequentava a Represa de Nazaré Paulista para pescar. Chegou ao local aproximadamente às 17h30min e lá permaneceu até 20h30min. Na noite dos fatos, notou a presença de um carro com luz alta, do outro lado da represa. Ouviu três gritos, que pareciam de uma criança. Não escutou tiros. Divisou um homem, que desceu do veículo do lado do motorista. Em seguida, viu o carro afundar. A princípio, imaginou que se tratava de carro roubado, ao depois, deu-se conta que o ocorrido poderia se relacionar ao desaparecimento da vítima Mércia.

O depoimento da testemunha Cláudia, irmã de Mércia, dá conta que, no dia 23 de maio de 2010, encontrava- se com Mércia, na casa da avó. Por volta de 14 ou 15 horas, Mércia recebeu um telefonema do apelante Mizael, mas não respondeu ao chamado. Em seguida, Mércia deixou a casa da avó, alegando que ia para casa. Tanto a testemunha Cláudia, como a testemunha Márcio, também irmão da vítima, esclarecem que o relacionamento da vítima e Mizael era muito conturbado e conflituoso. Tanto que o apelante não aceitava o término do namoro. Situação que foi revelada pela testemunha Silmara, ainda que ouvida apenas na fase inquisitiva. Há indicação de situações constrangedoras para a vítima, ainda que o apelante tenha tentado relativizar a situação, com a demonstração de que o relacionamento com a vítima era casual, sem importância. Situação que pode se inferida do próprio depoimento do apelante, mesmo que tente amainar tal circunstância a todo momento (fls. 59/61).

Acesso ao Sumário

O álibi apresentado pelo apelante, embora seu veículo tenha permanecido

estacionado nas proximidades do Hospital Geral de Guarulhos, fica comprometido.

O monitoramento das ligações de um de seus telefones celulares, exatamente aquele que não fora informado à autoridade policial, indica localização diversa. Utilizadas ERB's diversas e diferentes, do local onde estava seu automóvel.

Importa notar que foram 19 ligações telefônicas, entre o apelante e o corréu, no período compreendido entre 10h e 19h42min, do dia 23 de maio de 2010, utilizada a linha telefônica, em princípio, omitida pelo apelante, apurada que foi, no decorrer da investigação policial.

É certo que, nos dias 11 e 12 de junho de 2010, após o encontro do carro da vítima, foi colhido, na fase inquisitiva, o depoimento da testemunha Alpha, que teve a identidade protegida. Na oportunidade, alegou que, em 26 de maio de 2010, teria visto o apelante Mizael, na companhia de uma moça de origem nipônica, que entendeu ser a vítima Mércia (fls. 312/313, 314/317).

Não cuidou a defesa de arrolar, na primeira fase do procedimento escalonado, referida testemunha. Nem mesmo constou do rol de testemunhas apresentado pela Defesa, em plenário. Sem contar que, em nenhum momento dos interrogatórios prestados pelo apelante, houve sequer menção a tal fato.

Por outro lado, àquela altura, o andamento das investigações policiais apontava rumo diverso.

De outra parte, os vestígios obtidos através da perícia, em seus inúmeros laudos, como já apontado, devem ser levados em conta. O laudo da perícia, acostado aos autos às fls. 2839/2844, foi esmiuçado detalhadamente pelo perito criminal que o subscreveu, ouvido como testemunha do Juízo, oportunidade em que esclareceu os elementos utilizados para aferir o tempo de deslocamento *entre o mata-burro, localizado no bairro de Cuiabá, na Represa de Nazaré Paulista até o local onde encontrava-se o carro do apelante* (cd).

Ademais, não compromete o quanto apurado pela perícia documento apresentado pela Defesa, consistente em cópia de "estudos" a respeito de funcionamento do telefone móvel, obtida através da *internet* (fls. 1838/1876).

Os jurados concluíram pela responsabilidade penal do apelante, valendo-se de indícios que não se sustentam na mera possibilidade. Constituem indícios incontestáveis, aptos a autorizar a condenação do apelante.

Diante da presença de encadeamento coerente de indícios sérios e graves, unidos entre si, conclui-se que a decisão dos jurados ampara-se na prova dos autos.

No caso presente, a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri mostra-se inviável na medida em que a decisão dos jurados não se apresenta manifestamente contrária à prova dos autos.

Acesso ao Sumário

Optou o Júri por versão verossímil, lastreada na prova produzida. Incumbe ao Corpo de Jurados reconhecer a prevalência de uma ou outra versão, vez que juiz natural da causa, por força do artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Impõe-se, nesse passo, examinar a pena.

Na graduação da pena, a sentença recorrida considerou o motivo cruel, como qualificadora do homicídio e, tendo em vista as circunstâncias judiciais, que entendeu como desfavoráveis (art. 59, CP), incluído como tal, o motivo torpe, fixou a pena-base em 19 anos de reclusão. Reconheceu o recurso que impossibilitou a defesa da vítima (dissimulação) como circunstância agravante genérica (art. 61, II, c, CP) e aumentou a pena para vinte anos de reclusão.

Infere-se da análise da dosimetria da pena que a sentença recorrida, ao aplicar pena pelo homicídio triplamente qualificado, tal como decidido pelo Conselho de Sentença, observou estritamente o sistema trifásico e, ao apresentar, a cada passo, os motivos e razões da solução adotada, tem o respaldo da garantia constitucional da motivação da decisão e da individualização da pena.

Assim é que justificou expressamente o aumento da pena devida à qualificadora do meio cruel. Indicou o gravame diferenciado e diverso para cada uma das circunstâncias judiciais, que entendeu desfavoráveis ao apelante. Justificou o aumento resultante do recurso, que dificultou a defesa da vítima (dissimulação), assim como, a fixação do regime inicial fechado.

Evidente e devidamente comprovado a crueldade do delito em decorrência dos disparos não letais, efetuados na vítima, antes de o veículo ser lançado, na represa, causando-lhe desnecessário e incomensurável sofrimento.

Foi a vítima colhida, no interior do veículo por disparos de arma de fogo, e segundo consta do laudo necroscópico "*na sua região bucal, ainda em vida, causando a fratura e sangramento nas vias aéreas e, em seguida, encontrou a morte devido à asfixia por afogamento* (fls. 769).

Não há falar em afastamento da qualificadora do motivo cruel, como postulado pela defesa.

Acesso ao Sumário

Entretanto, no que diz respeito a incidência das circunstâncias judiciais, ainda que por motivos diversos, tanto daqueles alegados pela acusação, quanto pela defesa, a pena comporta alteração.

Por certo, na dosimetria da pena, cada uma das circunstâncias judiciais, a depender do acaso concreto, exige mesmo valoração diferenciada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como prevê o disposto no artigo 68, do Código Penal.

Todavia, nos termos em que propostos e requeridos pelo Ministério Público, secundados que foram pelos assistentes de acusação, dar peso único, sucessivo e sobreposto às circunstâncias judiciais não condiz com a garantia constitucional da individualização da pena.

O artigo 59, do Código Penal, reconhece larga margem de discricionariedade, na dosimetria da pena que, todavia, não se confunde com arbítrio. Basta ter em conta que, para a fixação da pena-base, são estabelecidos balizas, observados que devem ser os limites mínimo e máximo da pena cominada para o delito.

Assim, ainda que fixada a premissa de que, no caso presente, observado o sistema trifásico pela sentença recorrida e assegurada a individualização da pena, preservadas todas as demais, inclusive aquela decorrente do comportamento da vítima, pois, como assentado, de nenhum modo contribuiu para a ocorrência do fato criminoso, duas circunstâncias judiciais não podem prevalecer.

A dissimulação não pode ser levada em conta, ao mesmo tempo, como circunstância judicial, na primeira fase, e ao depois, aumentar a pena a título de circunstância agravante genérica. O mesmo fato não pode incidir por duas vezes para majorar a pena. Representa *bis in idem*, vedado pela garantia constitucional da individualização da pena.

O fato de a vítima ser ex-namorada e ter sido atraída ardilosamente para uma cilada, tal como consignado na sentença recorrida e, diga-se de passagem, bem comprovado, enquadra-se na agravante genérica da dissimulação, recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Está inserido, portanto, na agravante genérica, devendo ser valorado como tal.

De outro lado, fato de o apelante ter negado a prática do delito não pode servir ao agravamento da pena.

O direito de o acusado não colaborar é assegurado pela Constituição Federal, garantia constitucional prevista no artigo 5º LXIII, que encontra respaldo na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, introduzida no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto 678/92.

O exercício de permanecer calado, constitucionalmente garantido, representa o âmago do direito de autodefesa. Garante a cada pessoa o direito de não se incriminar que, por sua vez, se desdobra no direito de não colaborar. Em princípio, o acusado não está obrigado a falar, não está obrigado a participar da produção da prova, não está obrigado a produzir prova contra si. Em outras palavras, pode, inclusive, negar a autoria dos fatos que lhe são imputados.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, pelo qual o réu não está obrigado a se autoincriminar, constitui pedra angular do interrogatório, eis que assegura a própria garantia da autodefesa. Significa dizer que mesmo correndo o risco de não chegar a bom resultado na individualização da autoria e da materialidade do delito, o Estado não pode invadir a intimidade do acusado para exigir que se autoincrimine. Ao abrigar o princípio do *nemo tenetur se detegere*, a Constituição de 1988 dá ao interrogatório do acusado a dimensão de garantia constitucional. Qualquer restrição ao direito de defesa expresso pela autodefesa

Acesso ao Sumário

necessariamente deve ter como parâmetro limitador o direito ao silêncio.

Não é por outro motivo que a autodefesa, uma das faces da ampla defesa, é renunciável. O acusado pode dela dispor como lhe parecer conveniente.

O momento do interrogatório serve para que o acusado apresente, ou não, sua versão ao juiz, na forma e amplitude que tiver interesse em apresentar.

A única consequência que pode decorrer da negativa do acusado em se manifestar sobre a acusação ou mesmo omitir circunstâncias ou fatos, é a de não aproveitar a oportunidade para se defender. Como enfatiza Ada Pellegrini Grinover: *o único prejuízo que do silencio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório* (*O interrogatório do réu e direito ao silêncio,* in Processo em sua Unidade, SP: Saraiva, 1978, p. 111).

Para dar concretude à garantia constitucional da ampla defesa, o artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com a redação da pela Lei 10.792/06, estabelece que o silêncio do acusado, que não importará em confissão, não poderá ser interprestado em prejuízo da defesa. Também o artigo 189, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/06, dispõe, se o interrogado negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimento e indicar provas.

Assim, tendo em vista que o direito de não se auto incriminar constituiu garantia constitucional da ampla defesa, afasta-se o aumento daí decorrente.

De outra parte, como postulado pela acusação, não há como reconhecer o gravame da pena, quer em relação aos antecedentes, quer em relação à atividade desempenhada pelo apelante.

Para que estejam caracterizados os maus antecedentes, necessário que sentença condenatória por conduta delituosa, cometida em data anterior, tenha transitado em julgado, no curso do processo, que apura novo delito, e que não tenha sido superado o prazo de cinco anos, desde a extinção da pena. Situação não configurada, no caso presente. Eventual desavença entre o apelante e a ex-esposa não foi confirmada devidamente conforme se extrai do depoimento prestado em juízo às fls. 1948.

Também não pode ser tida, a título de gravame de pena, atividade de trabalho informal, desempenhada pelo apelante, mesmo porque, não fora objeto de providências oportunas.

Em suma, permanece em cinco anos o aumento da pena-base, em razão das circunstâncias judiciais.

Resta apreciar a dissimulação, recurso que dificultou ou impediu a defesa da vítima.

O contexto dos fatos e, considerado inclusive o alegado pelo apelante,

Acesso ao Sumário

justifica o acréscimo em grau máximo de um terço. Infere-se da prova que não havia razão para a vítima esperar ou suspeitar da possibilidade de agressão. Nada dava ensejo a que a vítima pudesse colocar em dúvida ou suspeitar o intento do apelante, dissimuladas que foram as reais intenções. O contato com a vítima foi cordial, nos dias imediatamente anteriores à data do desaparecimento, inclusive, segundo o próprio apelante, na noite que antecedeu o dia 23 de maio de 2010.

Assim sendo, fixada pena-base, em doze anos de reclusão, mantido o acréscimo de cinco anos, pelas circunstâncias judiciais, resultam dezessete anos de reclusão, que, aumentada de um terço, em razão da dissimulação, recurso que dificultou a defesa da vítima, permanece em vinte e dois anos e oito meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

Anote-se, por fim que o apelante viu-se beneficiado, pois fatos ocorridos em plena vigência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que preceitua, como uma das formas de violência de gênero, hipótese em que o ato de violência praticado em qualquer *relação íntima de afeto*, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, *independentemente de coabitação e de orientação sexual* (art. 5º III).

Em vista disso, introduziu a agravante genérica prevista na alínea *f*, no inciso II, do artigo 61, do Código Penal: *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*.

Situação que, embora não possa ser admitida, porquanto sequer atribuída em tempo oportuno pela acusação, nem mesmo requerida pelos advogados dos assistentes do Ministério Público.

Os vestígios constatados pelo laudo de exame de corpo de delito demonstram que a vítima foi colhida, por disparos de arma de fogo, no rosto, lesão típica de violência de gênero, em que a mulher tem desfigurada sua identidade.

Diante do exposto, por votação unânime, afastaram as preliminares arguidas e deram e provimento parcial aos recursos para afastar as circunstâncias judiciais: 1) da dissimulação, em face do *bis in idem*, 2) da negativa de autoria, reconhecida a garantia constitucional da autodefesa, representada pelo direito de não se autoincriminar, 3) dos antecedentes e 4) da atividade de trabalho informal, e para aumentar a pena, em um terço, em razão da dissimulação, recurso que impossibilitou a defesa da vítima, mantida como circunstância agravante genérica, resultando a pena de *vinte e dois anos e oito meses de reclusão*, mantido o regime inicial *fechado*.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0062412-26.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CLAUDIO MAGNO MENDES, ALEXANDRE LOPES DE ALMEIDA e GIANCARLO DIAS MEDEIROS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício determinaram a extinção do processo pela litispendência, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.733)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

EDISON BRANDÃO Relator

Ementa: APELAÇÃO – ROUBO QUALIFICADO, RECEPTAÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES – Existência de recursos idênticos, remetidos como autos desmembrados pela origem, que já foram julgados e processados – Litispendência – Configuração – Extinção do processo sem julgamento – Necessidade – Tratando-se os presentes autos, de recursos idênticos aos já analisados, remetidos por cópia, e, portanto, havendo identidade de partes, fatos e causas de pedir, resta configurado, ainda que por via transversa, a litispendência, sendo necessária a extinção do processo sem julgamento do mérito – Processo extinto pela litispendência, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 367/379 que, por dupla infração ao art. 157, § 2º, I, II e V, c.c. art. 70, *caput*, todos do Código Penal, condenou **CLAUDIO MAGNO MENDES** a pena de **06 anos, 07 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 16 dias-multa, no piso** e, por infração ao art. 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material com o art. 244-B, da Lei 8.069/90, condenou **ALEXANDRE LOPES DE ALMEIDA** e **GIANCARLO DIAS MEDEIROS** a **03 anos de reclusão, em regime aberto, mais 20 dias-multa, no piso**.

Consta da denúncia, resumidamente, que no dia 16 de julho de 2014, agindo em concurso com 2 indivíduos não identificados e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restringindo a liberdade de locomoção das vítimas, CLAUDIO subtraiu uma camionete HYUNDAI e respectiva carga de produtos alimentícios, assim como os aparelhos de telefonia celular das vítimas Alexandre G. e Severino L. S. No mesmo dia GIANCARLO, ALEXANDRE e Michael (corréu não apelante), agindo em concurso com o adolescente Nathan Emanuel Mendes, receberam e ocultavam cargas de 02 roubos, consistentes em produtos alimentícios avaliados em R$ 11.117,00 e, com tal conduta, corromperam e facilitaram a corrupção de menor de 18 anos. Constou, ainda, que dias antes do roubo, os réus se associaram em quadrilha armada para o fim de cometerem crimes. Segundo apurado as vítimas Alexandre e Severino faziam entregas quando dois roubadores, entre os quais CLAUDIO, se aproximaram do utilitário e mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo, anunciaram o assalto e, depois de ingressarem no caminhão, mantiveram o motorista e o entregador como reféns, conduzindo-os até o local em que ficaram em poder de outro roubador até que a carga fosse transbordada. A carga foi descarregada em uma residência na qual, horas antes, outra carga da mesma empresa havia sido descarregada. Policiais militares, em patrulhamento de rotina, perceberam a movimentação e, com a chegada de reforços, prenderam ALEXANDRE e GIANCARLO em flagrante, bem como Michael e Nathan que estavam no interior da residência e CLAUDIO, que aguardava dentro de um veículo VW/Gol estacionado nas proximidades (fls. 01d/04d).

Inconformados, buscam absolvição por insuficiência de provas, tendo CLAUDIO, alternativamente, postulado aplicação de fração mínima de aumento em razão das qualificadoras e abrandamento do regime prisional (fls. 353/357 e 362/364).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 372/382), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 423/429).

Relatei.

Os presentes autos, embora sejam os originais, subiram a esta Corte em razão de equívocos iniciados no juízo de piso.

Proferida a r. sentença, o corréu Michael Almeida Gonçalves, conformado com a resposta jurisdicional, dela não recorreu e, por isso, foi determinado o desmembramento dos autos em relação a ele (fls. 385), dando origem ao autos nº 0011365-42.2016.8.26.0050, conforme certidão de fls. 395.

No dia seguinte, entretanto, a serventia percebeu um equívoco e certificou que o desmembramento ocorreu em relação a CLAUDIO MAGNO MENDES (fls. 396), mas ainda assim a cópia integral do processo aqui tratado foi remetida a esta Instância.

Acesso ao Sumário

Distribuídos os autos 0011365-42.2016.8.26.0050 por prevenção e remetidos à Douta Procuradoria Geral de Justiça, sobreveio parecer sobre todos os recursos, já que copiados naqueles autos e, inclusive, acompanhados das contrarrazões recursais.

Recebendo os autos e constatada sua integralidade, ainda que por cópia reprográfica e, portanto, estando eles aptos a julgamento, esta relatoria determinou a correção da autuação e prosseguimento do feito que, em 27/09/2016, foi julgado, oportunidade em que esta C. Turma Julgadora negou provimento aos recursos, em votação unânime (fls. 419/433 da apelação 0011365-42.2016).

Seguiu-se, então, o trânsito em julgado para o Ministério Público, bem como para os defensores de ALEXANDRE e GIANCARLO (fls. 435 da apelação 0011365-42.2016).

Percebe-se, assim, que nos presentes autos trata-se dos mesmos réus, mesmos fatos e mesmas causas de pedir, configurando-se, ainda que por via transversa, a litispendência e, com isso, necessária a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, c.c. art. 3º do Código de Processo Penal.

Posto isto, *EX OFFICIO*, **DETERMINO A EXTINÇÃO DO PROCESSO** pela litispendência, sem julgamento do mérito, com determinação de remessa conjunta deste processo e da apelação nº 0011365-42.2016.8.26.0050 à origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002593-18.2013.8.26.0205, da Comarca de Getulina, em que é apelante A.L.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "afastada a preliminar arguida, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.012)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – Absolvição – Impossibilidade – Prova boa e robusta a lastrear a condenação – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos, etc...

Adotado o relatório da r. sentença (fls. 157 e s.), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que o apelante A.L.S. foi condenado à pena de 9 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por infração à norma penal contida no art. 214, c.c. o art. 224, ambos do Código Penal.

Inconformado apelou o réu (fls. 171/178). Preliminarmente, defende a nulidade do *decisum*, posto que não enfrentou as teses defensivas levantadas. Quanto ao mérito, persegue a sua absolvição por carência probatória e, subsidiariamente, a redução da pena imposta.

O Ministério Público apresentou suas contrarrazões a fls. 182/184 e a D. Procuradoria de Justiça ofereceu seu parecer, opinando pelo desprovimento do apelo (fls. 187 e s.).

É o relato do necessário.

Inicialmente, cabe examinar a preliminar levantada, que há de ser afastada. Defende o apelante a ausência de fundamentação da sentença, mas sem sucesso. Note-se que a Defesa, em memoriais, sustentou (como agora) a ausência probatória para a condenação. E a r. sentença, ao analisar o acervo probatório produzido concluiu em sentido diverso, tendo a negativa do réu por isolada nos autos.

Cabe mencionar que é desnecessário que o julgado analise, um a um, cada argumento defensivo de forma exaustiva. Basta que, fundamentadamente, examine as matérias trazidas. É o que ocorreu, *in casu*.

Narra a denúncia que o apelante, durante aproximadamente seis meses do ano de 2006, em horário incerto, quando a vítima tinha sete anos de idade, por diversas vezes, constrangeu G.P.S., mediante violência presumida, a permitir que com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

No que concerne à prova pericial, o laudo a fls. 50/51 ratificou a ocorrência dos abusos, concluindo que o relato da vitima não aparentava ter sido influenciado por terceiros. E o estudo psicológico trazido a fls. 138/147 caminhou no mesmo sentido, não constatando a influência de terceiros no discurso de abuso narrado pela vítima. E concluiu que "existem fortes indícios que G. sofreu violência sexual".

Já quanto à prova oral, os depoimentos foram gravados e trazidos a fls. 87.

Acesso ao Sumário

Interrogado em juízo, A. negou a prática delitiva. Disse que foi acusado injusta e repentinamente. Disse que não ia na casa da vítima e tampouco o buscava. Disse que namorava uma amiga da mãe da vítima, e negou ter presenteado a vítima com uma bicicleta. Afirmou que as acusações contra ele foram feitas depois que a vítima teria abusado de sua irmã – da própria vítima. Prosseguiu explicando que teriam sido feitas porque a genitora do ofendido "nunca gostou dele", pois A. contou ao então marido dela que ela sairia para bailes.

D.C.P., mãe do ofendido, disse que seu filho lhe narrou os abusos, cometidos quando ele tinha sete anos de idade. O apelante era namorado de uma amiga de D. e amigo da família. O acusado deu uma bicicleta usada para a vítima e a levava para passear. O ofendido disse que A. o levava a uma casa, lá tirando as roupas da vítima e "se esfregava nele", ejaculando na vítima. Após, o próprio A. o banhava.

J.C.L., em síntese, atestou a boa índole do réu.

G., por sua vez, disse que tinha acabado de se mudar para a casa de sua vó, que ficava na mesma rua da casa do réu. O acusado lhe comprou uma bicicleta, que era usada pelo réu para leva-lo à sua casa. Lá na casa, levava a vítima para seu quarto, a despia e esfregava sua genital no ofendido até ejacular. Para conseguir o silêncio de G., ameaçava tirar-lhe a bicicleta. Para fugir disso, a vítima foi morar com seu pai. Depois de voltar, nunca mais foi procurado pelo apelante.

Essas as provas dos autos. Diante delas, impossível o pleito absolutório.

A tese exculpatória trazida pelo apelante, sintetizada na negativa de autoria e alegação de injusta acusação, se revelou não apenas isolada nos autos, mas infirmada pelo restante do conjunto probatório.

O crime sob apreço, como é cediço, é via de regra praticado às escondidas. Foi o que ocorreu no caso concreto. Em tais situações, ganha especial relevância a palavra da vítima, que há de ser cuidadosamente analisada, mormente tendo-se em vista a ausência de confissão por parte do réu.

Acesso ao Sumário

De todo modo, há um laudo psicológico e um estudo psicológico que apontam para o mesmo norte. Ambos concluíram pela presença de fortes indícios do abuso sexual e, além disso, pela ausência de elementos a indicar que a manifestação da vítima tenha sido influenciada por terceiros.

Diante da solidez que esses elementos atribuem aos dizeres do ofendido, a condenação se mostra inafastável. Passa-se, então, ao exame da pena imposta e, com ele, à análise do pleito remanescente.

A pena-base foi acrescida pela fração de um sexto diante das consequências do crime. E corretamente. De fato, o estudo supramencionado esclarece que a violência sofrida gerou "tendências depressivas, insegurança, tendências agressivas, preocupação com a sexualidade, sexualidade precoce,

desajustamento, isolamento e retraimento social. Também a repetição da violência sofrida, insto é, a criança abusada sexual se torna abusador sexual", elementos que demandam o acréscimo da pena.

De fato, diante dessas consequências, a fração de um sexto mostrou-se até mesmo branda. Parte a pena, assim, de sete anos de reclusão. Ante a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, novo acréscimo de um sexto, elevando a pena a 8 anos e 2 meses de reclusão.

Na terceira fase, inexistentes causas de diminuição. Foi reconhecida pelo D. Juízo *a quo* a continuidade delitiva (narrou a vítima a ocorrência de mais de dez abusos), sendo imposta a mais branda fração de um sexto. Torna-se a pena, então, 9 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão.

O regime imposto decorre da pena fixada.

Ante o exposto, afastada a preliminar arguida, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto. Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015995-98.2011.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante EDSON CARLOS FERREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, para que fiquem alteradas as condições do "sursis", afastada a condição de prestação de serviços à comunidade, valendo as do art. 78, § 2º, "a", "b" e "c", do Estatuto Repressivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.765)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 27 de junho de 2017.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação – Ameaça e lesão corporal – Lei Maria da Penha – Provas suficientes a ensejarem o édito condenatório – Palavra da vítima que, no âmbito doméstico familiar, assume especial relevância – Precedente – Exame de corpo de delito e testemunho a

Acesso ao Sumário

roborarem sua versão, ademais – Legítima defesa não caracterizada – Eventual reconciliação do casal que não afasta a ilicitude da conduta ADI 4424 do STF – Condenação que se sustenta – Reincidência olvidada no juízo precedente – Acusação resignada – "Sursis" que comporta alteração nas condições – Recurso provido em parte.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu nos arts. 129, § 9º, e 147, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A r. sentença é de procedência, impostas as penas de 03 meses de detenção, pelas lesões corporais, e 01 mês de detenção, pela ameaça, tudo em regime aberto, com "sursis" por dois anos, mediante prestação de serviços à comunidade, durante o primeiro ano (art. 78, § 1º, do CP).

Recorre somente a defesa, buscando a absolvição em face da: a) insuficiência probatória; b) excludente da legitima defesa; c) reconciliação do casal (fls. 162 e 171/4).

Contrariedade a fls. 177/181.

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. João Carlos Talarico, é pelo desprovimento (fls. 195/201).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Colhe-se dos autos que Edson Carlos Ferreira e Rosana Cristina Cirilo de Almeida vinham mantendo união estável por, aproximadamente, nove anos, daí advindo um filho.

Em 08 de novembro de 2011, o réu tentou retirar dinheiro da carteira da companheira, quando ela se recusou a permitir. Na sequencia, eles passaram a discutir, momento em que o increpado empurrou a ofendida no chão e a agrediu com socos, causando-lhe lesões corporais. Nesse mesmo contexto, ele também a ameaçou de morte (fls. 01-02-d).

Representação a fl. 04 e 39.

Daí este processo.

Na fase inquisitiva, o detido declarou que, na data dos fatos, discutiu com Rosana, por motivo que não se recorda, e ela avançou para agredi-lo, sucedendo que a conteve para se defender. Houve ofensas entre as partes, mas não a ameaçou de morte. O que ocorreu foi somente uma briga "normal" de casal. Recebeu intimação para se afastar de casa, mas lá permaneceu, porque entraram num "acordo" e está tudo bem na família (fl. 44).

Acesso ao Sumário

Em pretório, foi decretada sua revelia (fl. 85).

Entanto, sua versão restou isolada nos autos.

A ofendida confirmou, nas oportunidades em que ouvida, que discutiu com o réu, por causa de dinheiro, e ele passou a agredi-la e ameaça-la de morte. Ficou sem reação e nem se defendeu. Foi até a delegacia, registrou a ocorrência e solicitou medidas protetivas, porém ele se recusou a sair de casa. Ficaram separados por seis meses, morando no mesmo imóvel, mas depois reataram o relacionamento. Tiveram mais uma filha (fls. 04 e 39 – delegacia; e mídia a fl. 98 – pretório).

E o laudo de corpo de delito externa: "*equimoses arroxeadas nas regiões posterior do punho direito e anterior do antebraço esquerdo. Do observado e exposto concluímos que houve lesão corporal de natureza LEVE*" (fl. 21).

Incontestes, pois, materialidade e autoria, sendo irrelevante a reconciliação do casal.

Aliás, a conduta enfocada é, concretamente, grave, em se tratando de violência contra membro da família, o que altamente reprovável, até porque crimes tais, além de afrontarem a ordem jurídica e a paz social, vêm crescendo a cada dia, circunstância a demandar reação estatal mais enérgica com o escopo de reprimi-los.

Também não houve a providência do art. 16 da lei específica, que, por sinal, não mudaria o quadro aqui delineado, já que o plenário do STF julgou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4424), no sentido de ser possível ao Ministério Público dar início à ação penal, sem necessidade de representação da vítima, nos crimes atinentes à Lei Maria da Penha.

De todo modo, importante é que movimentaram-se a polícia, MP e Judiciário, além de a vítima ter falado em juízo nas ameaças e agressão sofridas, do que lhe resultou ferimento.

De anotar-se que a palavra da ofendida merece crédito, considerado que crimes que tais, não raro, não são presenciados por terceiros estranhos à família ou aos envolvidos.

No respeitante, confira-se o entendimento da Instância Especial:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. AMEAÇA. (...) DEPOIMENTOS UNÍSSONOS ***DAS VÍTIMAS*** *NO SENTIDO DE QUE O RECORRENTE E O CORRÉU AFIRMARAM QUE AS "ANIQUILARIAM". INDICAÇÃO DE GESTOS NO SENTIDO DE QUE AS OFENDIDAS SERIAM "DEGOLADAS". ELEMENTOS QUE SERÃO MELHOR ANALISADOS NO DECORRER DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRETENSÃO QUE DEMANDA EXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA.* ***PALAVRAS DAS VÍTIMAS*** *QUE POSSUEM ESPECIAL RELEVÂNCIA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA*

Acesso ao Sumário

*DO JUIZADO DE **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA** PARA PROCESSAR E JULGAR O RECORRENTE (...) 5. Este Superior Tribunal possui entendimento de que, nos crimes de ameaça, especialmente praticados no âmbito doméstico ou familiar, a **palavra da vítima** possui fundamental relevância. (...)"* (RHC 51.145/DF, Rel. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, Dje 01/12/2014);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PALAVRA DA VÍTIMA. ASSUNÇÃO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA. (...) AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 2. No que tange aos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial importância, pois normalmente são cometidos sem testemunhas. (...)" (AgRG no AREsp nº 213796/DF, Rel. Min. Campos Marques, 5ª. Turma, j. 19/02/2013, v.u.).

E desta Casa de Justiça:

"LESÃO CORPORAL – Artigo 129, parágrafo 9º, DO CÓDIGO PENAL (Lei Maria da Penha). Recurso Defensivo – Absolvição – INADMISSIBILIDADE – Nos delitos cometidos no âmbito doméstico, a palavra da vítima tem relevante valor probatório, porquanto, na maioria das vezes, a violência acontece dentro do próprio ambiente familiar, longe dos olhos de possíveis testemunhas. Laudo que comprova lesão corporal de natureza leve. Pena inalterada Pena base fixada no mínimo legal e concessão da suspensão condicional da pena – "Sursis". Recurso improvido". (Apelação nº 0001488- 95.2012.8.26.0219, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 27/01/2016).

Descabida, ainda, a legítima defesa apregoada, porquanto Edson não foi submetido a exame de corpo de delito e, mesmo que, por epítrope, Rosana tivesse realmente dado o primeiro empurrão, de sopesar-se que completamente desproporcional e intempestiva a reação.

E as ameaças, ressalte-se, foram de natureza séria, não havendo falar na ausência de dolo, tanto que a ofendida solicitou medidas protetivas de urgência em desfavor do acionado (fl. 04).

É o quanto basta à configuração do ilícito, sendo irrelevante ter sido a intimidação perpetrada durante eventual desentendimento, uma vez que despiciendo ânimo calmo e refletido por parte do ameaçador, considerado que tanto não exige o tipo.

Nesse sentir:

"(...) AMEAÇA. Conduta de intimidar o genitor, por palavras, dizendo que o mataria. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Prova oral. Palavra da vítima corroborada pelos depoimentos dos policiais

Acesso ao Sumário

militares que já haviam prendido o réu em flagrante. Confissão judicial. Seriedade da promessa de causar mal injusto e grave. Temor confirmado pelo ofendido. Condenação mantida. (...) para a configuração da ameaça, dispensável o ânimo calmo e refletido, pois o tipo não contempla tal elementar. A ira ou eventual desequilíbrio não excluem a tipicidade, não anulam a vontade de intimidar, esse, por certo, o intuito de quem ameaça. Conforme já decidiu esta Egrégia Corte, impossível o reconhecimento da atipicidade da conduta do acusado em relação à ameaça, fundada a excludente na ausência de ânimo calmo e refletido. No julgado, assentou-se que a 'emoção decorrente de discussão não exclui a imputabilidade penal' (Apelação Criminal nº 0003488-10.2009.8.26.0434, 9ª Câmara Criminal, Rel. Des. Penteado Navarro, março/2012). (...)" (Apelação nº 0001732-80.2014.8.26.0210, 16ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 12.05.15, v.u.).

Inafastável a condenação.

Passa-se ao exame das reprimendas.

As bases foram fixadas nos mínimos legais, chegando-se às definitivas de 03 meses de detenção, para a lesão corporal, e 01 mês de detenção, para a ameaça, ausentes circunstâncias modificadoras.

Todavia, acabou favorecido o apelante, olvidadas que foram as majorantes da violência doméstica em relação à ameaça e a do art. 61, I, do CP, em se cuidando de reincidente (art. 184, § 2°, CP - processo 0014142-06.2008.8.26.0462, com trânsito em julgado aos 17.05.2013 – fls. 57/8, 115 e consulta ao sistema). Nada se pode alterar no respeitante, ausente reclamo acusatório.

Por fim, reconhecido o concurso material, houve a somatória, obtendo-se 04 meses detenção.

Estabeleceu-se o regime aberto, sendo inviável a substituição por restritiva, a teor do art. 44, I, do Estatuto Repressivo.

Assim, entendidas preenchidas as condições do art. 77 do CP, houve a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos, mediante prestação de serviços à comunidade, no primeiro ano.

Entretanto, mais uma vez o apelante foi beneficiado, porquanto, pela recidiva, era de rigor a imposição de regime mais gravoso, descabendo o "sursis".

De qualquer forma, uma vez que a douta sentenciante já concedeu o "sursis", faz-se necessário anotar que descabe a condição de prestação de serviços em substituição à reprimenda corporal, que é inferior a 06 meses (art. 46 do CP).

Se isso não é possível, pela lei, diretamente, menos ainda o é, indiretamente, para justificar o "sursis".

Acesso ao Sumário

Fica, pois, afastada essa condição, valendo as do art. 78, § 2º, "a", "b" e "c", do Estatuto Repressivo.

Ainda que o recurso não seja expresso a respeito, sua ampla extensão abarca esse tema, sem falar que possível "habeas corpus" de ofício.

Dá-se provimento parcial, para que fiquem alteradas as condições do "sursis", como exposto acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0039045-25.2011.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante ESTANISLAU BORGES DA FONSECA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam extinta a punibilidade com relação à imputação da prática do delito do art. 299, *caput*, c.c. art. 304, ambos do CP, com fundamento no art. 107, IV, art. 109, V, art. 110, §1º, todos do CP, pela ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal e, no tocante à imputação da prática do crime do art. 297, *caput* e § 2º, c.c. art. 304, todos do CP, deram provimento ao recurso para absolver o réu pela atipicidade da conduta (art. 386, inciso III, do CPP). v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.230)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente), FRANCISCO BRUNO e ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 28 de julho de 2017.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: USO DE DOCUMENTO IDEOLOGICAMENTE FALSO – Pena individualmente considerada de 01 ano e 02 meses de reclusão – Prescrição de pretensão punitiva retroativa operada em 04 anos (art. 109, V, CP) – Ausente recurso ministerial – Decurso do prazo da data do fato ao recebimento da denúncia (art. 110, §1º, do CP, aplicável a disposição anterior à Lei n.º 12.234/10) – Reconhecimento de ofício – Extinção da punibilidade. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSIFICADO – Uso de cheque com aval falsificado para instruir

Acesso ao Sumário

petição inicial de ação de busca e apreensão – Demanda julgada improcedente, pela procedência do incidente de falsidade documental – Atipicidade da conduta – Absolvição que se impõe – Extinção da punibilidade com relação ao crime do art. 299, *caput*, c.c. art. 304, ambos do CP e recurso provido para absolver o réu do crime do art. 297, *caput* e §2º, ambos do CP, com base no art. 386, III, do CPP.

VOTO

A r. sentença de fls. 362/366, com relatório adotado, julgou procedente a denúncia para condenar ESTANISLAU BORGES DA FONSECA como incurso no art. 304, c.c. art. 299, *caput*, e art. 304 c.c. art. 297, *caput* e §2º, na forma do art. 71, por duas vezes (dois documentos), todos do Código Penal, à pena total de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo unitário legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e multa estipulada em 10 (dez) dias-multa, no mínimo unitário legal, deferido o apelo em liberdade.

Por razões de fls. 375/379 recorre Estanislau em busca da absolvição, sustentando que a prova é frágil para a condenação. Alega que não se deve admitir a condenação pelos delitos de falsificação de documento público cumulada com a condenação pelo delito de uso do documento falsificado. Expõe que a perícia concluiu não ter sido o réu quem apôs assinatura no cheque falsificado, bem como que a única testemunha ouvida não se recorda dos fatos.

Recurso processado e respondido, com parecer do Ministério Público, de ambas as Instâncias, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade no tocante à imputação do delito do art. 299, *caput*, c.c. art. 304, ambos do CP, pela prescrição retroativa, e o provimento do recurso para absolver o apelante da imputação da prática do crime do art. 297, *caput* e §2º, c.c. art. 304, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso III, do CPP.

O apelante foi denunciado como incurso no art. 304, c.c. art. 299, *caput*, e art. 304, c.c. art. 297, *caput* e §2º, na forma do art. 71, por duas vezes (dois documentos), todos do Código Penal porque, no dia 03/03/2009, na sede do Fórum da Comarca de Franca-SP, por duas vezes, fez uso de documento ideologicamente falso, consistente em um contrato de compra e venda, bem como de documento público falso, consistente em um cheque supostamente avalizado por Paulo César Salgado.

Acesso ao Sumário

Narra a inicial que o apelante atua no mercado financeiro paralelo, realizando empréstimos em dinheiro mediante o pagamento de juros.

Nesta atividade, emprestou a Paulo César Salgado a quantia de R$870,00 (oitocentos e setenta reais), representado por duas notas promissórias.

Porém, não satisfeito com a garantia que tais cártulas lhe conferiam, o apelante exigiu do mutuário a assinatura "em branco" do contrato de compra e venda de um veículo GM Blazer, placas DZM-0099, descrito no laudo de fls. 71/86.

Aproveitando-se de que a vítima Paulo César realmente havia adquirido tal veículo, mas através de outro proprietário, bem como do fato de que negociava veículos através de estacionamento denominado "Estação motos", podendo, assim, dar aparência de realidade à suposta negociação, o apelante forjou o preenchimento do contrato de compra e venda, nele aponto a quantia exasperada de R$3.870,00 (três mil, oitocentos e setenta reais).

Por ter Paulo César recusado atender à cobrança excessiva do recorrente, e já imbuído da intenção de obter vantagem patrimonial superior à realmente devida (R$870,00), o apelante valeu-se do contrato de compra e venda para ajuizar ação de busca e apreensão de veículo supostamente vendido a ele.

Por circunstâncias não apuradas, o apelante se apossou do cheque n.º 850026, no valor de R$3.000,00 (três mil reais), do banco do Brasil, emitido por Marcilene Coelho da Silva nominalmente a Paulo César. Valendo-se do fato de que Paulo César constava como avalista naquele título, e ciente de que não fora Paulo César quem garantiu o título, valeu-se juntamente com aquele contrato para instruir a petição inicial da ação de busca e apreensão do veículo.

Na referida demanda, cujo trâmite se deu perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Franca, sob o n.º 482/09, foi instaurado incidente de falsidade, sendo declarados falsos tanto o contrato de compra e venda apresentado por ESTANISLAU, quanto do cheque falsamente avalizado (fls. 97/100).

Arremata a denúncia expondo que às fls. 71/86 consta laudo documentoscópico elaborado nos autos da ação cível, onde se concluiu que o aval lançado no cheque não proveio do punho de Paulo César, do que se infere ter sido inserido falsamente e que o recorrente sabia dessa condição.

Acesso ao Sumário

Ao cabo da instrução processual, foi a denúncia julgada procedente, concluído pelo Juízo *a quo* que a prova é segura a demonstrar ter Estanislau utilizado de um documento ideologicamente falso (art. 299, *caput*, c.c. art. 304, ambos do CP – contrato de compra e venda do veículo) bem como que se utilizou de documento público falso (art. 297, §2º, c.c. art. 304, do CP - cheque com falso aval aposto no título), praticados os delitos em continuidade delitiva (art. 71, do CP).

De início, impõe-se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva com

relação ao delito de uso de documento ideologicamente falso.

O preceito secundário do tipo penal do art. 299, *caput*, do CP, que prevê a pena cominada àquele que utiliza tal documento (art. 304, do CP), comina a pena mínima de 01 ano de reclusão.

Considerado ter o d. Juízo aplicado a pena básica elevada de 1/6, pelos maus antecedentes, – calculada pela r. sentença a reprimenda do delito com apenamento mais gravoso (art. 297, §2º, c.c. art. 304, do CP – uso do cheque falsificado), para posteriormente majorar a pena mais grave pela continuidade delitiva –, e tornada definitiva a reprimenda, alcança-se a pena de 01 ano e 02 meses de reclusão, cujo lapso prescricional, pela pena concretamente aplicada, e considerada individualmente (art. 110, §1º, do CP e art. 119, do CP), se dá em quatro anos (art. 109, V, do CP), lapso este transcorrido da data do fato (03/03/2009) até o recebimento da denúncia (03/12/2013 – fls. 174), considerado o período porque a alteração ao art. 110, §1º, *in fine*, do CP, pela Lei n.º 12.234/2010, é norma de caráter material (prescrição), superveniente ao fato

Anote-se que a prescrição retroativa implica reconhecer extinta a própria pretensão de se obter uma decisão de mérito, rescindindo-se a condenação. Portanto, não impõe responsabilidade alguma ao acusado, não marca seus antecedentes e nem gera reincidência, assim como fica ele isento do pagamento de custas do processo.

Resta, pois, apreciar o recurso no tocante ao inconformismo diante da condenação pela prática do crime de uso de documento público falsificado (cheque – art. 297, §2º, c.c. art. 304, ambos do CP) que, pela pena aplicada, não transcorreu o lapso prescricional de oito anos (art. 109, IV, c.c. art. 110, §1º, do CP), entre os marcos interruptivos mencionados, nem do recebimento da denúncia até a publicação da r. sentença (24/02/16 – fls. 367) e tampouco deste marco até a presente data.

Foi o apelante acusado da prática do crime de uso de cheque falsificado porque com cártula em que consta falso aval instruiu a petição inicial de ação de busca e apreensão juntamente ao contrato de compra e venda de veículo que, conforme a inicial, também seria falsificado, ação esta embasada em documentos falsos e representativos e inerentes a negócio jurídico que não correspondiam à realidade (compra e venda do automóvel GM Blazer, placas DZM-0099, que fora adquirido pela vítima Paulo de terceiro), apontado pela denúncia que o recorrente, na verdade, havia emprestado R$870,00 a Paulo César e, diante da inadimplência deste em lhe pagar o que reputava devido, ajuizou demanda exigindo valor extrapolado e com base em documentos falsos.

Como mencionado pela própria denúncia, na referida ação, cujo trâmite se deu perante a 4ª Vara Cível de Franca-SP, foi instaurado incidente de falsidade e declarados falsos o contrato de compra e venda e o cheque falsamente avalizado.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, ainda que comprovado tivesse restado, ao cabo da instrução processual, que Estanislau efetivamente sabia da falsidade do aval aposto no cheque que instruiu a ação de busca e apreensão, há que se reconhecer a atipicidade do fato.

O artigo 297 do Código Penal, como dele se vê, pune a conduta daquele que falsifica, no todo ou em parte, documento público, ou altera documento público verdadeiro.

E o §2º, do art. 297, do CP, dispõe que "*para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular*".

Portanto, o uso de um cheque falsamente avalizado é conduta que, em tese, se subsume ao disposto no art. 297, *caput*, e §2º, c.c. art. 304, do Código Penal.

Documento, na concepção comum, é qualquer base de conhecimento, fixada materialmente e disposta de maneira que se possa utilizar para consulta, estudo ou prova[1].

O réu teria em tese, e com base no que se apurou na ação de busca e apreensão, instruído a petição inicial com cheque em que consta falso aval aposto por Paulo César Salgado, réu daquela ação cível (processo n.º 482/09 – 4ª Vara Cível da Comarca de Franca).

Citado naquela demanda, Paulo contestou a ação, apresentou incidente de falsidade indicando que o contrato de compra e venda e o referido cheque são falsos, bem como apresentou reconvenção, negando ter entabulado o negócio jurídico de compra e venda com o reconvindo, revelando que na verdade deve R$870,00 relativo a duas notas promissórias.

Naquela ação, como se vê da cópia da r. sentença acostada às fls. 97/100, foi julgado procedente o incidente de falsidade suscitado por Paulo César Salgado, para declarar falsos o contrato de compra e venda firmado entre as partes, relativo ao veículo GM Blazer, placas DZM-0099, bem como a falsidade do aval constante no verso do cheque n.º 850026, emitido pelo Banco do Brasil, agência 2991, conta 8476-X; foi julgada improcedente a cautelar de busca e apreensão ajuizada por Estanislau em face de Paulo César; e foi julgado parcialmente procedente o pedido de reconvenção formulado por Paulo César contra Estanislau para declarar a inexistência do negócio de compra e venda do referido automóvel GM Blazer e a nulidade do aval constante da mencionada cártula.

Claro, portanto, que o fato criminoso imputado na denúncia consiste em embasar ação de busca e apreensão com cheque em que consta aval reconhecido

Acesso ao Sumário

1 Novo Dicionário Aurélio, Editora Nova Fronteira.

em incidente próprio da ação cível como falso.

O ajuizamento de ação de busca e apreensão acompanhada de cheque em que conste aval falso não se presta, por si só, a surtir efeitos de imediato.

É documento que se sujeitará ao contraditório e à valoração feita por membro do Poder Judiciário, em análise conjunta aos demais elementos da prova, observado o rito especial pertinente àquela ação de busca e apreensão.

Quer dizer, o documento que embasava o pedido ajuizado, submetido ao Juízo, não era, por si só, e naquela demanda, capaz de surtir qualquer resultado concreto.

Nesta direção: "*Falsidade ideológica. Documento sujeito à verificação. Atipicidade dos fatos. Ordem concedida (...) Não se pode reconhecer falsidade ideológica em documento sujeito à verificação, principalmente quando submetido a confronto objetivo pelo Juiz da causa*" (JSTJ 39/450).

Este E. Tribunal de Justiça também assim decidiu: *"Falsidade ideológica - Não caracterização - Necessidade, para a configuração do delito, de que a declaração seja idônea, por si só, para a constituição do documento, não ficando sujeita à apuração ou verificação do agente público. Ordem concedida, de ofício, para o trancamento do inquérito policial"* (JTJ 227/341).

Portanto, e pela particular situação dos autos, impõe-se reconhecer a atipicidade da conduta de embasar documentalmente ação de busca e apreensão com cheque no qual conste aval reconhecido como falso pelo Juízo cível e em incidente próprio, eis que o uso da cártula, a instruir petição inicial sujeita a rito próprio, ao contraditório e à valoração de membro do Poder Judiciário não é fato que se amolde ao preceito primário do art. 304, c.c. art. 297, *caput* e §2º, ambos do Código Penal.

Do exposto, e pelo meu voto, declaro extinta a punibilidade com relação à imputação da prática do delito do art. 299, *caput*, c.c. art. 304, ambos do CP, com fundamento no art. 107, IV, art. 109, V, art. 110, §1º, todos do CP, pela ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal e, no tocante à imputação da prática do crime do art. 297, *caput* e §2º, c.c. art. 304, todos do CP, dou provimento ao recurso para absolver o réu pela atipicidade da conduta (art. 386, inciso III, do CPP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0050012-43.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JEFERSON PEREIRA ZANETTI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 8ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, a fim de, aplicada a consunção, absolver o réu da conduta prevista no art. 297, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, e redimensionar a pena para 02 anos e 06 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e pagamento de 12 dias-multa, no piso legal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 22.040)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Falsificação de documento público e Uso de documento falso – Pleito de absolvição, sob o argumento de atipicidade da conduta – Impossibilidade – Materialidade e autoria bem demonstradas – Aposição de fotografia do réu em cédula cujos dados pertenciam a outrem – Crime já consumado com o porte da cédula – Condenação mantida, mas operada a consunção entre o crime meio (falsificação) e o crime-fim (uso do documento falso) – Precedentes – Pena redimensionada – Regime fechado mantido – Réu duplamente reincidente – Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos socialmente não recomendada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença a fls. 140/143, **Jeferson Pereira Zanetti** foi condenado à pena total de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 24 dias-multa, no piso legal, como incurso no art. 297, *caput* e art. 304, *caput*, ambos na forma do art. 69, *caput*, todos do Código Penal.

Inconformada, apela a defesa em busca da absolvição. Alega, para tanto, que os fatos são atípicos. Quando à falsificação de documento, porque a conduta se limitou ao fornecimento de fotografia, sem incidência de qualquer dos verbos núcleos do tipo. No que toca ao uso, refere que o mero porte representa ato preparatório; não houve uso efetivo do documento. Subsidiariamente, pretende

o reconhecimento do crime único à luz do princípio da consunção, com a consequente redução da pena e substituição por restritivas de direitos (fls. 154/157).

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público se manifestou pelo parcial provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a consunção (fls. 153/162). Subiram os autos e o feito foi distribuído, inicialmente, ao Eminente Desembargador Borges Pereira (fls. 166). A D. Procuradoria Geral de Justiça referendou o entendimento esposado pelo *parquet* em primeiro grau (fls. 167/173) e o presente processo foi a mim redistribuído, nos termos da Portaria 1, da Resolução 737/2016 (fls. 175).

É o relatório.

Segundo a denúncia, em data ignorada, mas certamente antes do dia 11 de junho de 2015, em São Paulo, o acusado concorreu de qualquer forma para a falsificação do documento público e, na aludida data (11.06.2016), por volta de 09h30m, na Rodovia SP-021, Perus, São Paulo, o apelante fez uso de documento falso.

Consta que policiais militares efetuavam patrulhamento de rotina, quando decidiram pela abordagem do veículo VW/Fox, conduzido, na oportunidade, pelo réu, tendo como passageiro a pessoa de Ediclécio Alves Martins. Ao se identificar aos policiais militares, o réu apresentou o RG 106.751.174-3 em nome de Jefferson Augusto Ramos, emitido pela SSP-RS, ostentando a fotografia do apelante. Ao receberem o documento, os policiais suspeitaram de sua autenticidade e, ao pesquisarem os dados de Ediclécio, descobriram que ele constava como procurado, encaminhando ambos ao Distrito Policial. Após as pesquisas de praxe, os policiais militares tiveram a informação de que o verdadeiro nome do réu era Jefferson Pereira Zanetti e, como Ediclécio, também constava como procurado pela Justiça, e que o documento por ele apresentado era falso.

A materialidade delitiva decorre, notadamente, do laudo de exame documentoscópico, consoante o qual a carteira de identidade em questão é falsa, não apresentando elementos de segurança constantes dos similares legítimos (fls. 106/107), além do que, a fotografia do réu foi aposta no espelho do documento, ao passo que os dados ali constantes não correspondem aos do acusado.

Demais disso, a ventilada tese de atipicidade da conduta por ausência de uso do documento não merece prosperar.

Ouvido sob o crivo do contraditório, o apelante admitiu que comprou o documento falso no centro da cidade, pagando R$300,00 por ele. Para, tanto, tirou uma fotografia 3x4 no mesmo local. Assim procedeu porque era foragido da Justiça. No dia dos fatos, foi abordado pelos policiais, que pegaram o documento. Não apresentou a cédula a eles (mídia a fls. 138).

Acesso ao Sumário

Os policiais militares confirmaram que o réu foi abordado e apresentou cédula de identidade. Apuraram, depois, já em sede policial, somente após o réu admitir a falsidade do documento (mídia a fls. 127).

Assim, sobejamente comprovado que o réu, foragido do sistema penal, adquiriu e usou documento falso, consistente em cédula de identidade.

Demais disso, a conduta incriminada em tela, qual seja, o uso, consuma-se com a utilização do documento falso, tratando-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt, ao tratar a classificação doutrinária do crime:

> *"Trata-se de crime formal (que não exige resultado naturalístico para sua consumação), instantâneo e comum (que não exige qualidade ou condição especial do sujeito), de forma livre (que pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente), instantâneo de efeitos permanentes (consuma-se de pronto, mas seus efeitos perduram no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um agente apenas); plurissubisistente (crime que, em regra, pode ser praticado com mais de um ato, admitindo, em consequência, fracionamento em sua execução)."* (*in* Tratado de Direito Penal: Parte Especial. v.4. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 348).

Nessa medida, ao portar o documento, o crime já estava caracterizado.

No mais, com parcial razão o acusado, nos precisos moldes sugeridos pelo Ministério Público em ambos os graus de jurisdição, vale dizer, o crime-fim deve absorver o crime-meio.

Isso porque o escopo do agente, desde o nascedouro de sua conduta, foi o de usar documento falso para se furtar à localização das forças do Estado, já que foragido da Justiça. Para tanto, contribuiu para a confecção do documento e por ele pagou, mas dirigiu sua ação finalisticamente a um único propósito, donde a absorção da falsificação pelo uso.

Em pertinência ao tema, precedentes desta Corte de Justiça Bandeirante:

> *"Ementa: Apelação - Falsificação de documento público e uso de documento falso - Arts. 297 e 304, na forma do art. 69, todos do CP - Autoria e materialidade bem comprovadas, com base na própria confissão do increpado - Reconhecimento de crime único, nos termos do princípio da consunção - Precedentes - Penas redimensionadas - Reincidência que prepondera sobre a confissão, a teor do art. 67 do CP - Regime semiaberto e inaplicabilidade da substituição da corporal por restritivas - Recurso parcialmente provido".* (Ap. n.º 3010716-05.2013.8.26.0576, Rel. Ivan Sartori, j. em 24.02.2015).

> *"Todavia, não há concurso de crimes entre a norma precitada e o art. 297, do Código Penal, aplicando-se aqui, o raciocínio relativo ao antefato impunível, devendo o uso de documento falso (crime-fim) absorver o*

Acesso ao Sumário

crime meio (falsificação de documento). De fato, como assentado pela Defensoria Pública, o falsário não responde, em concurso, pelo crime de falso e uso de documento falsificado. Portanto, o uso de documento falso pelo próprio autor da falsificação configura um só crime. Em suma, só neste capítulo prove-se o apelo defensivo". (Ap. n.º 0004914-35.2014.8.26.0223, Rel. Euvaldo Chaib, j. em 08.11.2016).

Dito isso, passa-se à análise da pena.

A básica foi estabelecida no piso, sofrendo única exasperação decorrente da dupla reincidência do réu, consoante certidões a fls. 02 e 05, do apenso próprio.

Uma alteração deve ser procedida e decorre da absorção do crime de uso pelo de falsificação do documento, a saber, o afastamento do concurso material de crimes.

Fica a pena, assim, mitigada para 02 anos e 06 meses de reclusão, mais 12 dias-multa, no piso legal.

A despeito da redução da pena, o regime inicial fechado persiste como único adequado, em função da dupla reincidência em crime doloso do réu, bem como porque perpetrado o crime em tentativa e se furtar ao cumprimento de pena à qual fora condenado, de sorte que, regime menos severo, não seria suficiente para a necessária assimilação da terapêutica pena.

Pelas mesmas razões, não são, em absoluto, socialmente recomendadas penas restritivas de direitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso, a fim de, aplicada a consunção, absolver o réu da conduta prevista no art. 297, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, e redimensionar a pena para 02 anos e 06 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e pagamento de 12 dias-multa, no piso legal.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024832-87.2015.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes EDGAR BARBOSA DOS SANTOS e DIEGO DEOCLECIANO DE OLIVEIRA, 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 aos

Acesso ao Sumário

recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.848)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Furto duplamente qualificado (rompimento de obstáculo e uso de chave falsa). Sentença condenatória. Defesa pretende a absolvição pela fragilidade probatória. Subsidiariamente requer o afastamento das qualificadoras, reconhecimento da tentativa, atenuação da reprimenda, reconhecendo-se a atenuante da confissão e afastando-se a agravante da reincidência e, por fim, o abrandamento do regime prisional. Incabível a absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Qualificadoras demonstradas pelo conjunto probatório colhido. Delito consumado. Inversão da posse da "res". Condenação de rigor. Penas e regimes prisionais dosados de acordo com a biografia penal de cada Réu. Além da atenuante de confissão de Diego ter sido parcial, a agravante da reincidência prepondera. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que se acolhe, acresce-se que por decisão prolatada pelo(a) magistrado(a) da 01ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente, EDGAR BARBOSA DOS SANTOS e DIEGO DEOCLECIANO DE OLIVEIRA restaram condenados à pena de 02 (anos) de reclusão, regime aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso (substituída a carcerária pelas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade pelo tempo da reprimenda e por prestação pecuniária no valor de um salário mínimo) e de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, regime fechado, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, piso, respectivamente, ambos como incursos no artigo 155 § 4º, III e IV do Código Penal.

Irresignados com a condenação apelam requerendo a absolvição pela fragilidade probatória. Subsidiariamente requer a defesa o afastamento das qualificadoras, reconhecimento da tentativa, atenuação da reprimenda,

Acesso ao Sumário

reconhecendo-se a atenuante da confissão e afastando a agravante da reincidência e abrandamento do regime prisional.

Regularmente processado o recurso, pelo seu **não provimento** é o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

RELATADOS, passo a decidir.

EDGAR e DIEGO foram denunciados pela prática de furto qualificado mediante concurso de agentes e uso de chave falsa, porque no dia 08 de novembro de 2015, no estabelecimento comercial denominado *Rosimeire Fabrício Rocha Tapeçaria*, previamente ajustados, com unidade de desígnios e identidade de propósitos, com emprego de chave falsa, subtraíram para eles coisas alheias móveis, consistentes em 01 (uma) furadeira elétrica, marca Skil; 01 (uma) lixadeira/Politriz, marca Goodyear; 01 (uma) serra elétrica (tico tico), marca Skil; 01 (uma) serra elétrica (maquita), marca Skil; e uma plainadeira usada para madeira, marca Songe Tools, bens avaliados em R$ 1.750,00 (fls. 15/16), pertencentes a Ebenezer Rocha.

Restou apurado que os denunciados dirigiram-se ao local dos fatos, aproveitando-se que o mesmo estava fechado, com o intuito de subtraírem objetos de valor.

Abriram a porta utilizando um garfo com dente retorcido e adentraram na tapeçaria, evadindo-se em seguida com os objetos supra descritos.

Policiais militares que patrulhavam as imediações surpreenderam os Réus carregando maquinários e, por suspeitarem de tal fato, os abordaram.

Pois bem.

A absolvição é meta impossível de ser alcançada.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão (fls. 13/14 no qual consta a relação dos objetos subtraídos e recuperados, bem como de um garfo retorcido utilizado como chave) e pela prova oral colhida.

Da mesma forma a **autoria.**

DIEGO confessou em parte o delito. Disse que estava sozinho no dia dos fatos e, ao passar defronte à tapeçaria, percebeu que suas portas estavam abertas.

Após notar que não tinha ninguém por perto, adentrou no estabelecimento para furtar alguns objetos, a fim de vendê-los.

Negou que Edgar estava em sua companhia, sendo este detido apenas porque passava pelo local no momento da abordagem policial.

EDGAR confessou parcialmente os fatos na esfera policial. Relatou não conhecer DIEGO e que achou duas máquinas na rua e iria levá-las ao ferro velho para vender.

Em juízo, alterou sua versão.

Acesso ao Sumário

Voltou a dizer que não estava na companhia de DIEGO e que estava apenas passando pela Tapeçaria, embriagado, quando foi abordado pelos policiais.

Não tinha nenhuma ferramenta em seu poder.

Inquirido sobre a divergência de seus relatos disse que foi coagido a assinar o termo de declarações na delegacia de polícia, sem ao menos poder lê-lo.

As versões defensivas restaram rechaçadas pelo conjunto probatório colhido.

A vítima Ebenezer Rocha afirmou que criminosos adentraram em seu estabelecimento, utilizando-se de chave mixa, e subtraíram diversas ferramentas.

Reconheceu os acusados, pois por serem moradores de rua e rondarem seu comércio, já forneceu alimentação aos mesmos.

O policial militar Anderson Luiz Ferreira de Souza narrou que estava em patrulhamento quando avistou os réus e decidiu abordá-los devido a um deles estar carregando uma mochila, enquanto o outro levava algumas ferramentas.

Ao serem indagados, ambos confessaram que subtraíram os objetos apreendidos da Tapeçaria.

Edgar também teria confessado, informalmente, que utilizou um garfo para abrir várias portas do estabelecimento e praticar o furto.

Dirigiu-se ao local dos fatos, onde constatou que várias fechaduras estavam arrombadas.

O relato do miliciano mostra-se coerente e digno de credibilidade. Nada de concreto se apurou a desqualificá-lo. A verdade é que não pode ser tomado por suspeito apenas e tão somente em virtude da função por ele ocupada, no exercício diário do combate a criminalidade.

Para tanto, seria de rigor a existência de indícios, mínimos que fossem, a apontar que possuía alguma animosidade anterior, interesse particular na ocorrência ou atuação por qualquer forma abusiva, o que não ocorreu na espécie.

Caso tivesse surpreendido apenas DIEGO com objetos furtados, não teria motivos para dizer que EDGAR também carregava parte deles, bem como que possuía um garfo retorcido, utilizado para forçar as fechaduras do estabelecimento comercial.

Configurado, portanto, o delito de furto qualificado consumado, bem como a participação dos Réus.

Não há que se falar em tentativa, pois os Réus foram presos nas imediações do estabelecimento furtado e na posse da "res".

A consumação do delito de furto ou roubo ocorre quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto período de tempo, independentemente de deslocamento ou posse mansa ou pacífica, consoante a

teoria da *amotio*, adotada por esta C. Câmara Criminal e pelas Cortes Superiores (Súmula 582 do STJ).

As qualificadoras foram comprovadas pela prova documental e oral colhida.

É certo que o laudo pericial atestando a probabilidade de que a porta do estabelecimento comercial vítima foi aberta pelo uso de chave falsa foi juntado aos autos após a prolação da sentença (fls. 192/196).

Entretanto, devido ao uso de chave falsa não necessariamente deixar vestígios, diferentemente do rompimento de obstáculo ou arrombamento, possível o seu reconhecimento.

Sobre o tema:

PROVA PERICIAL. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA. CRIME QUE NÃO DEIXA VESTÍGIOS. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A produção da prova pericial reclama a necessidade de elucidar fatos que demandam conhecimentos específicos em determinada área do conhecimento, excepcionalidade não encontrada na hipótese, já que a utilização da chave falsa foi confirmada pelas testemunhas ouvidas em juízo.

2. Ademais, como a figura delitiva em apreço não deixa vestígios, inexiste a obrigação de se proceder ao exame de corpo de delito previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal. Precedente do STF. (STJ - HC 96.665/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 13/10/2009).

A dosimetria da pena não permite reparo, pois fixada de acordo com a biografia penal de cada Réu.

Com relação a EDGAR, por ser o mesmo primário, a pena foi fixada no mínimo legal, o regime prisional imposto foi o mais brando possível, o aberto e a carcerária restou substituída por restritivas de direitos.

Nada mais pode almejar.

Já DIEGO teve sua pena fixada no mínimo legal (apesar de serem duas as qualificadoras) na primeira fase e, na segunda, majorada em 1/6 em razão da agravante da reincidência, comprovada pela folha de antecedentes acostada aos autos (fls. 47/50), motivo de insurgência defensiva.

Tal majoração deve ser mantida, pois tal documento é bastante para se afirmar que, na data da sentença ora analisada, possuía condenação definitiva por fatos anteriores, nos termos da legislação penal aplicável.

Por conter todas as informações necessárias para tanto, além de ser documento público, com presunção, até que se prove o contrário, de veracidade,

Acesso ao Sumário

a folha de antecedentes criminais é formal e materialmente idônea para comprovar os maus antecedentes do acusado, sendo desnecessária a juntada de certidão da sentença condenatória transitada em julgado para o reconhecimento.

Esse é o entendimento atual do C. Supremo Tribunal Federal:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE COM BASE NA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. VIABILIDADE. (...) RECURSO IMPROVIDO.

1. A folha de antecedentes criminais é documento idôneo para comprovação da reincidência, sendo desnecessária a juntada de certidão da sentença condenatória transitada em julgado para o reconhecimento da agravante. Precedentes.

(...)

4. Recurso ordinário improvido".

(STF - RO/HC 118380, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julg. 04-02-2014).

Incabível o reconhecimento da atenuante da confissão, pois parcial e qualificada, já que negou as qualificadoras, em clara intenção de receber reprimenda mais branda.

Ademais, mesmo que se reconhecesse tal atenuante, não haverá reflexo na pena, pois a agravante da reincidência deve prevalecer, vez que é circunstância preponderante, em exegese ao artigo 67 do Código Penal (STF. 2ª Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/03/2014).

A pena restou mantida na terceira fase em razão da ausência de causas de aumento ou de diminuição.

O regime prisional fixado foi o fechado em virtude da reincidência.

Apesar do *quantum* da pena (inferior a 04 anos) permitir a fixação do regime semiaberto, o mesmo mostra-se insuficiente para a prevenção e reprovação do delito, pois reincidente em delitos patrimoniais.

Ante o exposto, nega-se provimento aos apelos.

Acesso ao Sumário

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 2137785-14.2016.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é corrigente

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu LEONARDO SOARES DA SILVA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à correição parcial para cassar a decisão e determinar a retomada do processo devendo o Magistrado, na hipótese de continuar a dissentir do entendimento da acusação, determinar a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, a fim de cumprir o disposto na Súmula 696 do STF. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.144)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 6 de julho de 2017.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Correição Parcial – Lei n. 9.099/95 – Proposta *ex officio* de suspensão condicional do processo – *Error in procedendo* configurado – Inobservância do preceituado no Enunciado n. 696 da Súmula de Jurisprudência do STF – Analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal – Entendimento.

O benefício da suspensão condicional do processo não consiste em direito absoluto do acusado, razão pela qual o Ministério Público não está obrigado a oferecê-lo, sendo vedado ao Magistrado concedê-lo de ofício. Havendo discordância, quanto ao não oferecimento da proposta, deverá o Magistrado, por analogia ao quanto disposto no art. 28 do CPP, remeter os autos à apreciação do Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça, que se manifestará em definitivo.

VOTO

Vistos,

Trata-se de correição parcial interposta pelo Ministério Público contra a r. decisão do corrigido que ofereceu, *ex officio*, a proposta de suspensão do processo ao réu LEONARDO SOARES DA SILVA e que, após sua aceitação, suspendeu o curso da ação penal, por dois anos, mediante o cumprimento das condições estabelecidas pelo Magistrado.

O representante do Ministério Público recorreu em busca da cassação da r. decisão, alegando *error in procedendo*

Acesso ao Sumário

Busca o prosseguimento do feito, com a designação de audiência de instrução, debates e julgamento ou, ainda, a aplicação analógica do disposto no art. 28 do CPP.

Processada a correição parcial, a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo seu provimento.

Em sessão realizada em 1º de dezembro de 2016, esta Colenda Câmara, por votação unânime, deu provimento a presente correição parcial (fls. 237/240).

A i. Defesa do réu impetrou, contudo, o *habeas corpus* n. 388061/SP perante o Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, concedeu a ordem para anular o julgamento desta correição parcial, bem como, dos demais atos processuais posteriores, a fim de que outro seja proferido por esta Eg. Corte, com a prévia e regular intimação da Defensoria Pública (fls. 249).

Após a devida juntada do telegrama do Superior Tribunal de Justiça (fls. 248/249), vieram os autos conclusos.

É o relatório.

A correição comporta provimento.

Leonardo Soares da Silva foi denunciado como incurso no art. 180, *caput*, do CP, pelos fatos narrados na inicial acusatória, tendo a Promotora de Justiça, de forma fundamentada, deixado de oferecer proposta de suspensão condicional do processo, diante das peculiaridades do caso concreto.

Ocorre que o Magistrado, diante da recusa Ministerial, sob o fundamento de que o *sursis* processual constituía um direito público subjetivo do acusado, ofereceu, *ex officio*, a proposta de suspensão e suspendeu o feito pelo prazo de dois anos, estabelecendo, ainda, as condições para tanto.

Em primeiro lugar, ao contrário do quanto sustentado pelo Magistrado *a quo*, o benefício da suspensão condicional do processo não se traduz em direito subjetivo, razão pela qual o Ministério Público não está obrigado a oferecê-lo, desde que fundamentando a respeito, como ocorreu no caso *sub examine* (fls. 04).

Acesso ao Sumário

Em segundo lugar, é vedado ao Magistrado fazê-lo de ofício, ante o Enunciado n. 696 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vazada nos seguintes termos:

> Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Com tal entendimento, de forma alguma o Magistrado, *ex officio*, poderia oferecer proposta de suspensão condicional do processo. No caso de discordância do Juízo quanto à negativa do *Parquet*, dever-se-ia aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-

Geral de Justiça.

Não se cogita, portanto, da existência de obrigatoriedade do Ministério Público em oferecer o referido benefício. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a utilizar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o *sursis* processual, o que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode cogitar propriamente de composição quando a uma das partes não é dado o poder de optar ou não por ela.

Ante o exposto, dá-se provimento à correição parcial para cassar a decisão e determinar a retomada do processo devendo o Magistrado, na hipótese de continuar a dissentir do entendimento da acusação, determinar a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, a fim de cumprir o disposto na Súmula 696 do STF.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2013909-85.2017.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é paciente F. G. DE C., Impetrantes M. J. P. J. e L. M. D.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM de *habeas corpus* impetrada em favor de F.G.C., para determinar o processamento da justificação criminal, com a inquirição das testemunhas requeridas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.510)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente), POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, ENCINAS MANFRÉ, RICARDO SALE JÚNIOR, CAMARGO ARANHA FILHO e LEME GARCIA.

São Paulo, 20 de junho de 2017.

BORGES PEREIRA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Pleito visando o deferimento do pedido de justificação – Justificação criminal que deve ser processada perante o Juízo da

Acesso ao Sumário

condenação, todavia a prova obtida será valorada pelo órgão competente para o julgamento da ação revisional – Concessão da ordem, para determinar o processamento da justificação criminal, com a inquirição das testemunhas.

VOTO

Os Advogados Drs. LÍGIA MARIA DINIZ e MARIO JOSÉ PUSTIGLIONE JUNIO impetram o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, em benefício de F.G.C., apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Votorantim.

Relatam os doutos impetrantes, em síntese, que o Paciente foi condenado à pena de 06 anos 02 meses 20 dias, pelo d. Juiz da Vara Criminal de Votorantim, nos autos do Processo nº 300068.17.2013.8.26.0663, pela prática do crime previsto no artigo 240, *caput*, e § 2º, inciso II, do Estatuto de Criança e do Adolescente, em regime semiaberto. Esclarecem que contra a r. sentença foi interposto recurso de apelação, o qual foi julgado pela Colenda 12ª Câmara deste e. Tribunal, a qual deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena para 04 anos e 08 meses de reclusão, em regime semiaberto. Anotam que o acórdão foi publicado em 03/05/2016, tendo transitado em julgado em 18/05/2016. Salientam que foram revelados nomes de suma importância para a busca da verdade real, constituindo novas provas principalmente o nome do vizinho, qual nega ter tomado conhecimento do vídeo, sendo certo que, tais provas podem alterar o desfecho do processo, razão pela qual requereram uma Justificação Criminal perante a d. Autoridade Coatora, a qual foi julgada improcedente. Entendem que a justificação procede, uma vez que, os nomes das testemunhas foram apresentados tão somente no final da instrução processual, quando o paciente não podia mais arrolar testemunhas. Culminam por pleitear o deferimento da liminar, a fim de que seja determinado à Autoridade Coatora que realize a justificação criminal, concedendo-se ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trâmite do feito até julgamento final da revisão criminal a ser interposta e, no mérito, requerem a concessão da ordem.

A liminar foi indeferida (fls. 21/24), a D. autoridade coatora prestou informações (fls. 59/61), e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 51/53, pela denegação da ordem.

RELATADOS.

Consta dos autos, que o ora paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 240, *caput*, e § 2º inciso II, do Estatuto de Criança e do Adolescente, porque segundo a exordial acusatória, filmou e divulgou a relação sexual que manteve com a vítima A.C.S.

Acesso ao Sumário

Por r. sentença o ora paciente foi condenado à pena de 06, anos 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, por incurso no artigo 240, *caput*, e § 2º, inciso II, do Estatuto de Criança e do Adolescente.

Contra a r. sentença foi interposto recurso de apelação, o qual foi julgado pela Colenda 12ª Câmara deste e. Tribunal que, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena imposta para 04 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. O acórdão foi publicado em 03/05/2016, tendo transitado em julgado em 18/05/2016.

Os ora impetrantes alegam que foram revelados nomes de suma importância para a busca da verdade real, constituindo novas provas, as quais poderiam alterar o desfecho do processo, razão pela qual requereram Justificação Criminal perante a d. Autoridade Coatora, a qual foi julgada improcedente.

Contra a r. decisão que indeferiu a justificação impetram o presente remédio heroico, buscando a concessão da ordem, a fim de que seja determinada à D. Autoridade Coatora que realize a justificação criminal, concedendo ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trâmite do feito até julgamento final da revisão criminal a ser interposta.

A ordem há de ser concedida.

Inicialmente, há de se consignar que as provas, a serem produzidas na Justificação Criminal, se destinam a instruir pedido de Revisão da condenação do paciente a pena privativa de liberdade (art. 625, § 1º, do Código de Processo Penal) e, se apesar disso, é denegada, o "Habeas Corpus" pode viabilizar sua realização, afastando, em tal circunstância, o risco de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do condenado (art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal).

E, no caso trazido a julgamento, o paciente está definitivamente condenado por infração ao art. 240, *caput*, e § 2º, II, do ECA, em regime inicial semiaberto. Cabível, pois, o "H.C."

De atenta análise dos autos, em especial da r. decisão que indeferiu o pedido de justificação, temos que o D. Magistrado de 1º Grau anotou o fato de que à defesa incumbia ter arrolado as testemunhas A.P.G. e de J.C.M. tempestivamente, em defesa preliminar, ou mesmo postulado, em audiência suas oitivas como testemunhas do juízo. Não tendo sido adotada a medida adequada na oportunidade propícia, restou precluso o direito da parte quanto à matéria.

Ressaltou, como anotado às fls. 141: "....tais testemunhas já eram conhecidas ao tempo da instrução daquele feito e, portanto, não há que se falar em prova nova, pressuposto para a revisão criminal e, em consequência, para a justificação criminal...".

Em que pesem os judiciosos argumentos expendidos pelo D. Julgador de 1º Grau, evidente que o réu condenado tem o direito de perquirir novos

Acesso ao Sumário

elementos de convicção, que possam desfazer a prova anteriormente produzida no feito em que foi declarado culpado, para deduzir em seguida sua pretensão revisional.

O processamento do pedido de justificação compete ao juízo da condenação, porém não compete ao Magistrado de primeira instância se pronunciar acerca do mérito da prova a ser produzida, devendo se restringir a observar se foram cumpridas as exigências legais para proferir o juízo de admissibilidade da Justificação.

A justificação representa apenas um procedimento de constituição de prova, não se podendo, de antemão, avaliar o conteúdo do que irá a testemunha dizer para se concluir pela inocuidade de pedido. É possível que no transcorrer da oitiva das testemunhas, surjam fatos novos que sirvam para demonstrar a ocorrência de algum erro judiciário.

A valoração das provas colhidas em Justificação Criminal deve ser dada pelo órgão jurisdicional competente para julgar o pedido revisional.

Neste sentido:

CRIMINAL. RHC. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PEDIDO DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL INDEFERIDO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ARGUMENTO INCONSISTENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO INOCORRENTE. VALOR DA PROVA QUE DEVE SER AFERIDO PELO JUÍZO COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DO PEDIDO REVISIONAL. PRETENSÃO DE CONSTITUIR PROVA PARA FUTURA PROPOSTA DE REVISÃO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese em que o paciente requereu a realização de justificação criminal, a qual foi indeferida por falta de previsão legal, e, em sede da impetração originária, por falta de fundamentação do pedido. O art. 3º do Código de Processo Penal admite a aplicação subsidiária e analógica do Código de Processo Civil, onde a justificação é regulada pelo art. 861 a art. 866, além do art. 423 daquele diploma processual penal prever a possibilidade de realização de justificações, em sede de processo de competência do Tribunal do Júri. Deve ser admitida a justificação criminal para fins de constituir material probatório para instruir ação de revisão criminal, tendo em vista que a prova utilizada para tal fim deve ser pré-constituída. A manifesta intenção do paciente em propor ação revisional que exige a existência de prova pré-constituída - com o fim de se ver absolvido com base na tese de que não se encontra no local do crime, constitui fundamento suficiente ao deferimento de realização de audiência de justificação.

"Compete ao órgão jurisdicional, quando do julgamento da revisão criminal, dar às provas colhidas o valor que lhes for admissível. Estando demonstrado o cerceamento ao direito de ampla defesa do paciente, resta patente

Acesso ao Sumário

a ilegalidade da decisão que indeferiu a justificação, bem como do acórdão que a manteve, sendo necessária a desconstituição do julgado para determinar a realização da requerida justificação criminal. VII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ, RHC 16850, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª turma, j. 07/12/04) (g.n.)".

"Justificação criminal. Produção de provas com o fim de viabilizar futura revisão criminal. Decisão que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito. Inadmissibilidade. Cerceado da ampla defesa. Direito à produção de novas provas, com oitiva de testemunhas ainda não ouvidas no curso do processo-crime. Inadmissível a substituição por juntada de declarações escritas, o que afastaria a espontaneidade dos depoimentos. Rejeitada, contudo, a reabertura da instrução processual para renovar as provas já produzidas, para reinquirir a vítima e as testemunhas já ouvidas. Determinado o prosseguimento do pedido de justificação, portanto, apenas para a produção de novas provas. Recurso parcialmente provido" (TJSP – Apelação Criminal nº 409.572-3/2, 1ª Câmara Criminal, Rel. Péricles Piza, j. 31.05.2004).

Isto posto, **CONCEDE-SE A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor de F.G.C., para determinar o processamento da justificação criminal, com a inquirição das testemunhas requeridas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2088358-14.2017.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que são impetrantes CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO e DENNER DOS SANTOS ROQUE, Pacientes CAIO CESAR VERNOCHI DA CONCEIÇÃO (RÉU PRESO) e LEONIR DA CONCEIÇÃO (RÉU PRESO).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0278)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pleito de revogação da prisão preventiva. Hipótese em que existem indícios de que

Acesso ao Sumário

os pacientes estavam envolvidos no crime. Quantidade expressiva de droga apreendida. Requisitos da prisão preventiva presentes. Decisão fundamentada. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem Denegada.

VOTO

Os advogados *Carlos Henrique Affonso Pinheiro* e *Denner Santos Roque* impetram este *habeas corpus* com pedido liminar em favor de **CAIO CÉSAR VERNOCHI DA CONCEIÇÃO** e **LEONIR DA CONCEIÇÃO**, sob alegação de estarem sofrendo constrangimento ilegal por ato da MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Assis, que manteve a prisão preventiva não obstante entendam como desnecessária a manutenção da custódia cautelar.

Sustentam que a decisão a qual decretou a preventiva carece de fundamentação e que estão ausentes os requisitos da prisão preventiva, pleiteando seja concedida a liberdade provisória, ou seja, aplicada medida cautelar diversa da prisão.

O pleito liminar foi negado (fls. 71/72).

Nas informações, a ilustre Magistrada noticia que o paciente foi preso em flagrante no dia 1º de maio de 2017, por tráfico ilícito de entorpecentes, tendo sido a prisão convertida em preventiva.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Nas informações o ilustre Magistrado noticia que os pacientes foram presos em flagrante delito, pois, em 09 de maio de 2017, foram surpreendidos por policiais rodoviários transportando na camionete placas HTO2279-Corumba/MS, na Rodovia Raposo Tavares, altura do Km 438, 30 tabletes de pasta base de cocaína, pesando aproximadamente 32,280 kg (trinta e dois quilogramas e duzentos e oitenta gramas) – conforme laudo de fls. 52/53.

A prisão cautelar, em tais condições, deve ser preservada, não caracterizando constrangimento algum. Mantê-los em liberdade, dentro do contexto dos autos, representaria risco para a sociedade como um todo. Os pacientes foram flagrados no momento em que transportavam grande quantidade de droga da cidade de Corumbá/MS para a cidade de São Paulo.

Ademais, é perfeitamente razoável a custódia preventiva para garantia da ordem pública, considerada a ação em concreto. Não há razão para a revogação da prisão, porque clara a necessidade de preservação da ordem pública.

Ademais, a Lei nº 12.403/2011, ainda que de forma excepcional, prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva para os crimes dolosos com o

Acesso ao Sumário

máximo de pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, o que engloba o crime em questão.

Não se vislumbra, de resto, vício formal na decisão.

Consta-se, ainda, que a decisão cujo teor decretou a prisão preventiva não peca por vício de fundamentação, pois reúne os elementos necessários para a sua validade.

A medida foi decretada e claramente explicitada pela ilustre Magistrada, não podendo naquele momento processual invadir o mérito dos fatos atribuídos aos pacientes.

Esse quadro evidencia não só o *fumus boni iuris*, mas também, o indispensável *periculum in mora*, a amparar a necessidade da medida excepcional, não sendo razoável a revogação da custódia, nem a aplicação de medida cautelar alternativa.

Diante do exposto, não vislumbrado o alegado constrangimento ilegal, **denego a ordem**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2107202-12.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente MARIA DE FATIMA WALENDZUS REIS, Impetrantes ADRIANO SALLES VANNI e CECILIA DE SOUZA SANTOS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 36.332)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 29 de junho de 2017.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Ação penal que supostamente envolve o erário. Imprescindibilidade da presença da paciente no compromisso familiar que não ficou suficientemente demonstrada. Audiência de instrução a ser realizada no dia seguinte à data marcada pela paciente como sendo de sua chegada. Risco de que o curso regular da presente ação penal seja frustrado. Retenção dos passaportes imposta como alternativa à

Acesso ao Sumário

prisão preventiva. Cf. julgados do e. Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra constrangimento ilegal na manutenção da medida cautelar de retenção de passaportes, dada a relevância da medida para a instrução criminal, bem como para, se o caso, aplicação da lei penal. Prevalência do poder geral de cautela. Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor da paciente Maria de Fatima Walendzus Reis, apontando-se como autoridade coatora a MM. Juíza da 24ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda, Comarca da Capital.

Em resumo, alegam os impetrantes que a paciente, processada por violação ao disposto no art. 1º, §1º, I e II da lei n. 9.613/98[1] a propósito, por 8 vezes, c.c. art. 71 *caput* do Cód. Penal, fora convidada a participar da cerimônia de graduação de seu filho na cidade de Madri, Espanha, razão pela qual reclama exceção à medida cautelar de sorte a viajar para aquele país entre 13 e 23 de julho do corrente ano, para o que aguarda julgamento do presente *writ* para aquisição dos bilhetes junto das companhias aéreas.

Então, comprometendo-se a retornar a tempo, requereu à MM. Juíza a liberação do seu passaporte, repito, inicialmente apreendido em cumprimento de medida cautelar alternativa à decretação de prisão preventiva, o que teria sido indeferido em nome da isonomia e pela incompatibilidade teleológica com a natureza das providências acautelatórias.

Os impetrantes argumentam que a paciente está cumprindo religiosamente as determinações que lhe foram impostas por ocasião da instauração desta ação penal.

Este relator indeferiu a medida em sede de liminar (fls. 162/165), aliás, igualmente rechaçou o pleito de reconsideração em nome do princípio da colegialidade.

Requisitadas informações judiciais, estas aqui aportaram e o relator, para que a paciente tivesse seu pleito examinado com urgência, envidou esforços para que o pronunciamento da d. Procuradoria Geral de Justiça se desse com celeridade (fls. 177/178 e 182/186).

É o relatório.

Voto n. 36.332

Observo o teor da imputação, especialmente o que se fez lançar na cópia

Acesso ao Sumário

1 Que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

de fl. 106, increpação aquela, por sinal, tirada da lei 9.613, de 3.3.1998, que não apenas dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, como também para prevenção da utilização do sistema financeiro em relação aos ilícitos previstos naquele diploma legal:

"Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere (...)".

Por sinal, o Dr. Promotor de Justiça imputa repetição daquelas faltas por oito vezes, tanto que reporta a incidência do art. 71 *caput* do Cód. Penal.

Respeitosamente, considerando o que articulo a seguir, proponho à e. Câmara que, nos termos deste voto, denegue a ordem postulada, cf. passo a justificar.

Na origem, a MM. Juíza aplicou em relação à paciente medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dentre elas a de retenção dos passaportes (fls. 108/110), o que restou confirmado por este sodalício, em 28.4.2016, por ocasião do julgamento, por esta 9ª Câm. de Direito Criminal, do *Habeas Corpus* n. 2044931- 98.2016.8.26.0000 (fls. 112/130).

Em fins de abril do corrente ano a paciente, ainda em 1º grau, postulou autorização para viagem ao exterior por 10 (dez) dias, compreendidos entre 13 e 23 de julho de 2017, justificando-se com a necessidade de se ausentar do país para acompanhar a cerimônia de graduação do filho, em curso de MBA, a ser realizada na cidade de Madri na Espanha.

Juntou docs. (fls. 143/153).

O Dr. Promotor de Justiça manifestou-se contrariamente à pretensão da paciente, articulando que a increpada está cumprindo medidas cautelares impostas como alternativas à prisão preventiva.

E foi além: a cerimônia de graduação em comento não conteria motivação suficiente para justificar a saída do país de alguém que está respondendo por delitos cujas penas são de vulto (fl. 158).

Então, a MM. Juíza adotou como fundamentação para o seu indeferimento as mesmas razões lançadas no parecer ministerial. E não ficou só nelas, pois ainda levou em conta a isonomia em relação aos demais increpados, que também postularam sair do Brasil, evidentemente também sem sucesso (fl. 157).

Acesso ao Sumário

Anoto que o col. Supremo Tribunal Federal admite a utilização da técnica de motivação *per relationem*, daí porque a MM. Juíza poderia, como de fato o fez, fazer remissões a decisões anteriores e mesmo a pareceres do Ministério Público, sem que isso importasse violação ao art. 93, IX da Const. Federal.

Confira-se tal orientação no julgamento do AI n. 825.520 AgR- ED/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJe 12.9.2011 e, no mesmo sentido, mais precedentes, todos do Pretório Excelso: HC 93.574/PB, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJe 1.8.2013; HC 112.207/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 25.9.2012; HC 99.827/CE (MC), rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJe 25.5.2011; HC 92.020/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJe 8.11.2010.

Não se pode olvidar que as faltas que pesam sobre a paciente contêm previsão de penas que vão de 3 a 10 anos de reclusão, destacando-se a respeito que estamos diante de imputação em continuidade (art. 71 do Cód. Penal).

Ora, se é açodado cogitar penas, igualmente descabido, nesta quadra, enveredar sobre o contexto probatório, mesmo acerca da existência ou não desta ou daquela prova.

Acolher, no bojo de *habeas corpus*, ainda que reflexamente, argumentação defensiva não esgotada pelo devido processo legal, demandaria minucioso exame do conjunto fático e probatório, o qual há de ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução processual contraditória. Esta a orientação advinda dos precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça: RHC 27.592/PR – rel. Min. Laurita Vaz – J. 3.9.2013; HC 166.360-SP – rel. Min. Sebastião Reis Junior – J. 5.9.2013; RHC 27.292/PR – rel. Min. Sebastião Reis Junior – J. 10.9.2013.

No mais, respeitosamente, tornando ao ponto fundamental do *habeas corpus* em tela, bem andou S. Exa., a MM. Juíza, quando indeferiu o pleito.

Não estamos diante de formatura em curso de graduação, mas de um curso de pós-graduação, a propósito, de curta duração (fls. 7, 150 e 151). Ademais, ainda que o amor de Mãe mereça todo o nosso apreço, o nosso mais sincero respeito, a hipótese em questão não se acha elencada dentre aquelas situações excepcionais que, se o caso, haveriam de autorizar a viagem pela imprescindibilidade da presença da paciente.

Acesso ao Sumário

As informações judiciais indicam que a próxima audiência está marcada para o dia 24.7.2017 (fls. 177/178), ou seja, no dia seguinte àquele marcado como sendo o do retorno da viagem, absolutamente cogitável que possa sim acontecer atraso que reflita na regular instrução da causa.

O e. Dr. Ricardo Prado Pires de Campos, d. Procurador de Justiça, em seu pronunciamento pela denegação da ordem, fez plausível construção hermenêutica, para propor a rejeição do pleito fazendo leituras do Cód. de Processo Penal e da Lei 7.210/84 (a LEP). Ora, ao invés de se optar pela prisão preventiva, à paciente foram impostas medidas cautelares alternativas, dentre

elas a proibição de se ausentar do país, onde nossa jurisdição, se necessário fosse, teria graves dificuldades para alcançar réu supostamente ausente. Abrir-se exceção, sem base normativa para tal desiderato, esvaziaria a teleologia das medidas, mesmo porque não se antevê constrangimento ilegal nem na retenção do passaporte, muito menos na proibição de viagens internacionais, quando estamos diante do que seria prejuízo grave em detrimento das finanças públicas, perigo para a aplicação da lei penal, mesmo risco para a normal instrução.

Ao que parece este relator não está só, eis que há julgado do e. Superior Tribunal de Justiça acenando no mesmo sentido, confira- se:

> "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 22 DA LEI 7.492/86 E 1º, VI, DA LEI 9.613/98. EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. OPERAÇÃO CURAÇAO. MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO FIXADA NA SENTENÇA. PROIBIÇÃO DE VIAGEM AO EXTERIOR E APREENSÃO DE PASSAPORTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE 1º GRAU. INOCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO (...) a r. sentença condenatória, ao decretar medida cautelar ao recorrente, consistente no recolhimento do passaporte, apresentou fundamentação idônea, porquanto justificada pelas peculiaridades do caso, bem como para evitar a reiteração das condutas tidas por delituosas, consoante exige a redação do art. 387, §1º do CPP (precedentes) (...)" (RHC 52.907/PR, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 10.9.2015).

A jurisprudência contém mais exemplos de igual teor, no e. STJ: HC 241.423/ES, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 21.5.2014; HC 252.289/RJ, rel. Min. Marilza Maynard, DJe 13.2.2014; e HC 192.193/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJe 17.12.2012.

Vezes há em que, para bem decidir, em face de determinadas situações, o Juiz não dispensaria a antevisão do futuro, predicados aqueles que estão reservados apenas às pitonisas, aos que conhecem os segredos da adivinhação. Então, desprovidos de tais técnicas, corremos a nos socorrer da lei e dos julgados. Havendo mero perigo de inconvenientes para a instrução do processo, ou alguma faixa de risco para o império da lei penal, ao julgador cabe deliberar se fica com o direito individual ou com os paradigmas postos pela lei processual no que toca às medidas cautelares correspondentes.

Temos que a deliberação deve estar fundada tão apenas na presença de algum indicador concreto que revele a real necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal (STJ, HC 289.618/PA, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 10.8.2015), caso deste feito.

Atuamos, pois, instados, inspirados pelo *poder geral de cautela*, como,

Acesso ao Sumário

aliás, assim procedeu a Suprema Corte quando do julgamento do HC 94.147/RJ, antes da edição da Lei n. 12.403/2011, confira-se:

> "PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3°, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judicias. 3. **Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela** (CPC, art. 798; CPP, art. 3°). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais).
>
> 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2°), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada" (rel. Min. Ellen Gracie, 2ª t., DJe 13.6.2008, negrito deste subscritor).

Finalizando, e uma vez feitas estas observações, tornando ao caso real, não estamos diante de uma situação de fato que tornasse a presença da paciente condição *sine qua non* para atendimento do direito subjetivo de quem quer que seja. Ao contrário. Não por vontade do Estado-juiz, mas por ação do Ministério Público, respeitados os ditames legais, ela e outros são alvo de ação penal com gravíssima imputação, respaldada em cotejo probatório antecedente e agora alvo do pleno contraditório, que se acha prestes a começar.

Inclusive, demais disso, nos foi dado ver que o atraso na instrução se deveu ao atendimento de um pleito da defesa, especificamente para a realização de mais outras diligências probatórias, ao que parece de cunho pericial e documental.

Em suma, não há constrangimento ilegal em manter a cautelar tal como originariamente posta, sem abertura de qualquer exceção, porque esta exigiria requisitos lógicos antecedentes e os mesmos não estão presentes, quais sejam, a imprescindibilidade da viagem e autorização legal para tal mister.

Do contrário, nem haveria necessidade de fazer subsistir as medidas

cautelares deferidas na abertura da ação penal.

Nestes termos, meu voto propõe a denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2116517-64.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente JOSÉ EDUARDO BARROS e Impetrante CARLOS ALEXANDRE SANTOS DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.890)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – DESCABIMENTO – A EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL EM CURSO PELA VIA DO *HABEAS CORPUS* SÓ É POSSÍVEL EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, O QUE NÃO SE VERIFICA NA ESPÉCIE – PRECEDENTES DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por CARLOS ALEXANDRE SANTOS DE ALMEIDA, em favor de JOSÉ EDUARDO BARROS, sem pedido liminar, apontando-se como autoridade coatora o Juízo de Direito da 30ª Vara Criminal da Comarca da Capital (autos nº 0080388-51.2011.8.26.0050).

Consta dos autos que ao paciente se imputa a prática do crime tipificado no art. 1º, incisos I e II, e parágrafo único, combinado com art. 11, ambos da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1.990, combinado com art. 61, inciso II, alínea *g* e art. 71, ambos do Código Penal (fls. 01/04 dos autos digitais da ação penal nº 0080388-51.2011.8.26.0050).

Acesso ao Sumário

Aduz o impetrante que:

"O Paciente foi denunciado, pois, segundo lhe imputa a denuncia, na qualidade de administrador da empresa Alba Tech Comércio Importação e Exportação Ltda., nos meses de março, abril, setembro e outubro de 2003 e de abril à agosto de 2004 ,em suposto exercício de atividade empresarial, haveria suprimido tributos no valor de R$ 72.359,06 (setenta e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e seis centavos), mediante fraude à fiscalização tributária, conforme descrito em Auto de Infração que instruí o feito.

A suposta conduta haveria sido apurada em fiscalização tributária, a qual culminou com a representação fiscal. Ocorre, Excelências, que ao contrário do constante na denuncia, o Paciente jamais participou da administração, sequer exerceu função administrativa, da empresa a qual se imputa sonegação fiscal, consoante se infere da própria constatação do Agente Fiscal que lavrou o auto de infração, fls. 09, dos depoimentos da Sócia, fls. 294, e da Contadora, fls. 349, bem como por cópia de petição que juntou, em sede de defesa preliminar, protocolizada pelo Escrivão Alex, a qual não constou do Inquérito, mas foi juntada em sede de defesa preliminar nos autos, onde informou que o crédito tributário perquirido tinha a sua exigibilidade extinta por decisão deste Egrégio Tribunal de Justiça [...].

[Mais ainda], *o crédito tributário advindo do Auto de Infração, do qual se origina a imputação no presente, encontra-se inexigível por decisão unânime da 3ª Câmara de Direito Público desta Egrégia Corte, cópia do Acórdão instruí ação penal* [... que] *expressamente declara,* in verbis: 'a inscrição na dívida ativa dos débitos tributários referentes ao ICMS deu-se quando já transcorrido o prazo quinquenal estabelecido para o tributo em comento'" (fl. 01/02 e fl. 06).

Resumidamente, o *habeas corpus* é impetrado visando ao trancamento ação sob o fundamento de falta de justa causa à persecução penal consubstanciada na ausência de elementos mínimos de correlação entre a prova colhida e a imputação dos fatos ao paciente, bem assim como pela extinção do crédito tributário pela ocorrência de prescrição.

Requereu, nestes termos, a concessão da ordem.

A fls. 171/175 a liminar foi indeferida, e, na mesma oportunidade, foi determinado ao impetrante que trouxesse aos autos "***cópia da denúncia oferecida em desfavor do paciente***", o que foi cumprido a fls. 178/181.

Prestadas as informações pela Douta Autoridade indicada como coatora a fl. 183.

A fls. 192/195 foi acostado parecer da douta Procuradoria-Geral de

Acesso ao Sumário

Justiça, manifestando-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.

A ordem deve ser **denegada.**

"A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal em curso (bem como do antecedente inquérito policial) de forma prematura, pela via do habeas corpus*, só é possível em situações excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria; e (c) a presença de causa extintiva da punibilidade"* (HC 132170 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 01-03-2016 PUBLIC 02-03-2016)".

Consta dos autos que:

"ALBA CRISTINA BALTHAZAR [...] *e JOSÉ EDUARDO BARROS* [...] *nos meses de março a abril, setembro e outubro de 2.003, bem como no período entre abril e agosto de 2.004, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, continuamente, agindo por meio desta no exercício da atividade empresarial, suprimiram tributo no valor de R$72.359,06* [...]*, que deveriam ter recolhido aos cofres públicos, mediante fraude à fiscalização tributária consistente em inserir elementos inexatos, omitir operações tributadas em documentos fiscais e deixar de fornecer, apesar de devidamente notificado, no prazo, documentos fiscais obrigatórios exigidos pela autoridade, conforme descrito no auto de infração AIIM 3.081.720-1* [...].

O agente fiscal durante verificação na ALBA-TECH constatou as seguintes fraudes:

Item I – Os denunciados, nos meses de março, abril, setembro e outubro de 2.003, bem como no período entre abril e agosto de 2.004, com o único desígnio de reduzir ICMS, emitiram e escrituraram no Livro de Registos de Entrada [...] *notas fiscais* [...] *com alíquota a menor* [...].

Item III – A empresa denunciada, nos meses de abril e setembro de 2.003, bem como entre o mês de maio a agosto de 2.004, deixou de emitir [...] *notas fiscais modelo 1 relativas às entradas reais de mercadorias importadas* [...].

E mais, a não exibição dos documentos exigidos pela autoridade conforme notificação [...]*, embaraçou a fiscalização, obstruindo a apuração de outras fraudes* [...].

Esgotada a via administrativa, o débito tributário foi definitivamente constituído [...]*"* (fls. 178/181).

Acesso ao Sumário

O paciente não ostenta direito líquido e certo ao trancamento da ação penal.

Com efeito, sem adentrar ao mérito da ação penal, tem-se que o *habeas corpus* é ação de rito célere e de cognição sumária, não se prestando a analisar alegações relativas à absolvição ou inocência das acusações, questões que demandam o revolvimento de provas (cf. AgRg no HC 317874/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015; HC 308549/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 21/05/2015; HC 318033/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015; AgRg no RHC 58189/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015; AgRg nos EDcl no HC 317246/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015; AgRg no RHC 30706/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015; HC 311146/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 31/03/2015; HC 309982/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 19/03/2015).

Ainda que assim não fosse, a prescrição do crédito tributário, tal qual aduzida na exordial, abarcaria tão somente *parte* do crédito tributário objeto da Certidão da Dívida Ativa nº 1.056.524.021, remanescendo, no entanto, íntegra a obrigação tributária relativa aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2.004, o que constitui óbice à pretensão de trancamento da ação penal.

Igualmente não prospera a pretensão do impetrante ao argumento de ausência de elementos mínimos de correlação entre a prova colhida e a imputação dos fatos ao paciente, pois o documento de fl. 89 indica que o paciente, juntamente com a Sra. Alba Cristina Balthazar exercem a direção da ALBA-TECH COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., na qualidade de sócio-gerente, sem a indicação de qualquer alteração do corpo diretivo desde a constituição da sociedade empresária em comento.

Acesso ao Sumário

Oportunizado ao paciente de esclarecer, em sede administrativa, o efetivo exercício de atividade administrativa na empresa ALBA-TECH COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., JOSÉ EDUARDO BARROS sequer compareceu perante a autoridade competente, tampouco justificou sua ausência (fl. 103).

Tal fato, conquanto não autorize, por si só, a formação de juízo de convicção exauriente acerca da autoria delitiva, não infirma a justa causa para a instauração de ação penal, na qual haverá a indispensável dilação probatória,

visando aferir se efetivamente inexiste nexo subjetivo que vincule o paciente à autoria dos delitos cuja materialidade resta demonstrada, tal qual alegado por sua defesa.

Assim, por todos os fundamentos supra, há que se rejeitar a pretensão do impetrante à supressão sumária da persecução penal, anotando-se que, conforme precedente do C. Superior Tribunal de Justiça que bem sintetiza a controvérsia ora apreciada, "*o trancamento prematuro da persecução penal é medida excepcional, admissível somente quando emergem dos autos, de plano e sem necessidade de apreciação probatória, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inépcia formal da denúncia* [... e] *não há falar em inépcia da denúncia se a inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP e explicita, de forma satisfatória, a conduta delitiva e as circunstâncias da sonegação fiscal, estabelecendo, com elementos que deverão ser aprofundados durante a instrução criminal, que* [o paciente], *como* [administrador] *da pessoa jurídica, fraudara a norma tributária para suprimir pagamento de ICMS*" (RHC 65.221/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

Ante o exposto **DENEGO** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2136441-61.2017.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é impetrante JONATHAN CONTIERE SAMPAIO e Paciente ALESSANDRO DA SILVA DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.091)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Constrangimento ilegal oriundo do Juizado Especial Criminal. Competência do Colégio Recursal. O órgão competente para coibir eventual constrangimento ilegal advindo de r. decisões proferidas em sede e seguindo o rito do JECRIM são

Acesso ao Sumário

os Colégios Recursais e não as Câmaras da Seção Criminal do Tribunal de Justiça. Entendimento do art. 14 da Lei Complementar n. 851/98, do Estado de São Paulo, e do item 70, "f", do Provimento n. 1.670/09, do Conselho Superior da Magistratura. Incompetência desta E. Corte no presente caso. *Habeas Corpus* não conhecido.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **ALESSANDRO DA SILVA DE ALMEIDA**, alegando, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes.

Sustenta o impetrante que o paciente está preso desde 28 de junho de 2017, por conta de decisão proferida pela autoridade coatora que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade pelo tempo de 03 (três) meses de detenção no regime semiaberto.

Com tais fundamentos, requer a concessão liminar da ordem para progredir o paciente ao regime aberto, nos termos do artigo 112 da LEP, cessando assim a grave violação ao seu direito de liberdade, expedindo-se, imediatamente, o competente alvará de soltura clausurado (fls. 01/08).

É o relatório.

Em que pese o alegado pelo d. impetrante, não cabe a esta E. Corte a análise do presente *writ*, uma vez que, em se tratando de feito oriundo do Juizado Especial Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, a impetração deveria ocorrer junto ao C. Colégio Recursal competente.

Nesse sentido:

"Compete, com efeito, à Turma Recursal, além do julgamento dos recursos das decisões proferidas nos Juizados Especiais, o dos mandados de segurança e de habeas corpus, quando a autoridade coatora for o Juiz do Sistema dos Juizados Especiais, conforme previsto no art. 14da Lei Complementar n. 851/98, do Estado de São Paulo. No mesmo sentido, aliás, o item 70, "f", do Provimento n.1.670/09, do Conselho Superior da Magistratura". (HC nº 003580-19.2015.8.26.0000, Rel. Des. Grassi Neto. 8ª Câmara de Direito Criminal. J. 19/03/2015).

Desta forma, o alegado constrangimento ilegal atribuído ao MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes deverá ser suscitada perante o respectivo Colégio Recursal, que detém a competência para tanto.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** do *writ.*

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2106779-52.2017.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que são impetrantes ANDRÉ DE LIMA FILHO e ANDERSON DE LIMA LINHARES, é impetrado JUIZ DE DIREITO CORREGEDOR DOS PRESÍDIOS - DEECRIM 3ª RAJ – BAURU.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam parcialmente a ordem, a fim de que o preso Anderson de Lima Linhares possa ser visitado por seu tio André de Lima Filho, mas apenas enquanto perdurar a suspensão temporária das visitas de sua companheira Cássia de Lima. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.423)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA CARVALHO (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 6 de julho de 2017.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Execução penal – Pedido de inclusão do tio do sentenciado em seu rol de visitas – Indeferimento pelo Juízo impetrado (que efetivamente decidiu a questão, mantendo, pelos fundamentos que expôs, o entendimento do Diretor da Penitenciária) – Resolução SAP nº 144/2010 que regulamenta a Lei de Execução Penal, não padecendo de ilegalidade ou inconstitucionalidade – Companheira do preso inscrita no rol de visitantes, mas suspensa temporariamente – Possibilidade, durante a suspensão, de se aplicar o permissivo do parágrafo 1º do artigo 101 da Resolução SAP nº 144/2010 – Segurança parcialmente concedida, para garantir o direito do sentenciado de receber visitas de seu tio, mas apenas enquanto perdurar a suspensão temporária das visitas de sua companheira.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por ANDRÉ DE LIMA

FILHO e ANDERSON DE LIMA LINHARES, contra ato da MMª. Juíza Corregedora de Presídios do DEECRIM 3ª RAJ – Bauru (Processo nº 1000076-36.2017.8.26.0026).

Sustentam os impetrantes, em síntese, que: a) em 31 de Março de 2017, encaminharam requerimento ao Juízo da Unidade Regional do Departamento Estadual de Execução Criminal - DEECRIM 3ª RAJ, no qual pleitearam autorização para que André de Lima Filho, tio do custodiado, pudesse visitá-lo; b) André criou o paciente desde criança e é como um pai para ele; c) a unidade prisional informou que a negativa tem como base os artigos 99 e 101 da Resolução SAP-144; d) o Ministério Público se manifestou desfavoravelmente ao pedido, explicando que o paciente já possui em seu rol de visitas a companheira Cássia, "*em que pese estar suspensa*" (fls. 02); e) o direito dos sentenciados ao recebimento de visitas está previsto no art. 41, inciso X, da Lei de Execução Penal; f) devem ser observados o artigo 33 e seus parágrafos da Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), de 11 de novembro de 1994; g) o direito de receber visitas dos familiares também está previsto nas Regras Mínimas para o Tratamento de Pessoas Presas da Organização das Nações Unidas (ONU); h) no mesmo sentido é o documento denominado "Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas", expedido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; i) isto foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 107.701/RS, que entendeu que a violação ao direito de recebimento de visitas pode prejudicar a ressocialização do sentenciado e dificultar a obtenção da liberdade; j) o art. 99 da Resolução 144 da SAP é "*ilegal, inconstitucional e inconvencional*" (fls. 08), pois tal artigo não pode restringir a visitação por parentes até o 2º grau quando não há tal impedimento nas normas que lhe são superiores. Requer seja autorizado, ao paciente, o direito de receber visitas de seu tio André de Lima Filho.

Indeferida a medida liminar (fls. 49/52), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 55/56).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 78/80).

É o relatório.

Insurge-se o impetrante contra a decisão do Juízo *a quo* que, mantendo o entendimento do Diretor da Penitenciária em sede administrativa, indeferiu o pedido de que fosse incluído, no rol de visitantes do preso Anderson de Lima Linhares, seu tio André de Lima Filho.

Nesse ritmo, o Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal (DEECRIM UR3) proferiu a seguinte decisão:

"Trata-se de pedido de inclusão de visitas formulado pelo

Acesso ao Sumário

sentenciado visando incluir no seu rol de visitas o Sr. André de Lima Filho, seu tio. O pedido foi indeferido em âmbito administrativo, o que motivou o ajuizamento do pedido de providências. Processado o pedido, foram requisitadas informações da unidade prisional, as quais foram prestadas as fls. 15. Ao final pela Defensoria Pública foi reiterado o pedido inicial (fls. 21/22) e pelo Ministério Público foi requerido o indeferimento do pedido (fls. 26). DECIDO. Originariamente, a competência para dirimir questão é do Diretor da Unidade Prisional, conforme parecer da E. Corregedoria Geral da Justiça de n.1.406/01: "...é o Diretor do Estabelecimento prisional a autoridade competente para fixar as regras e normas de ingresso de visitas", cabendo ao Poder Judiciário apenas se posicionar caso o interessado entenda que o ato administrativo é ilegal e violou direito individual do preso, até porque, eventual retirada da eficácia da norma ou o controle de sua legalidade devem ser feitos através de medidas judiciais específicas à critério do interessado junto ao Juízo Cível competente para o julgamento. Dentro desta perspectiva, verifica-se, diante das informações colhidas que a decisão administrativa não se mostrou ilegal ou abusiva, na medida em que considerou a vedação prevista nos artigos 99 e 101, § 1º, do Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo (Resolução SAP 144/2010). E de fato, nos termos da norma em comento, o requerente somente poderia ser eventualmente incluído no rol de visitas, em caráter excepcional, caso o reeducando não contasse com visitantes do tipo descrito no artigo 99 do Regimento, ou seja, parentes até 2º grau, cônjuge ou companheira de comprovado vínculo afetivo. Portanto, como no caso a companheira do reeducando, Cássia de Lima, figura em seu rol de visitantes, embora suspensa, o indeferimento foi amparado por norma administrativa exercida dentro da competência da autoridade competente. É apenas por este prisma que este Juízo pode analisar a questão em sede de corregedoria dos presídios. Não há como em sede de execução penal ou de corregedoria dos presídios retirar do mundo jurídico norma administrativa de caráter geral que diz respeito ao funcionamento da unidade prisional. Em suma, não se verificando no âmbito da corregedoria dos presídios nenhum ato ilegal ou arbitrário por parte da Administração Penitenciária, eis que praticado segundo a legislação administrativa vigente, não há como se atender o pretendido na inicial. Reafirmo que eventual inconformismo com a norma, deverá o interessado ou mesmo a Defensoria Pública se valer da medida judicial específica, haja vista que o dispositivo sancionador é valido em todo Estado e eventual providência jurisdicional acerca de sua validade constitucional em tese não pode ser obtida por meio desse procedimento de mera verificação correcional. Posto isso, acolho a manifestação do Doutor Promotor de Justiça e INDEFIRO o pedido formulado. Após o prazo para eventuais recursos, arquivem-se com as anotações de praxe".

Portanto, como se vê, para justificar o indeferimento, foi invocado o

Acesso ao Sumário

previsto nos artigos 99, *caput*, e 101, § 1º, do Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo (Resolução SAP nº 144/2010), os quais seguem transcritos abaixo:

> "Artigo 99 - Os presos podem receber visitas de parentes de até 2º grau, do cônjuge ou da companheira de comprovado vínculo afetivo, desde que registradas no rol de visitantes e devidamente autorizadas pela área de segurança e disciplina.
>
> "Artigo 101 - o preso tem direito de receber visita, dentre as 08 (oito) pessoas indicadas em seu rol, de 02 (duas) delas, no máximo, por dia de visita.
>
> "§1º - Excepcionalmente, é permitida a inclusão no rol de visitas, de 02 (duas) outras pessoas, quando o preso não contar com visitantes do tipo descrito no artigo 99 deste Regimento, vedado, neste caso, o acompanhamento de crianças".

Note-se, pela leitura dos referidos artigos, que a regra é que os presos podem receber visitas apenas de cônjuges ou companheiros e de parentes de até 2º grau. Porém, excepcionalmente, caso não haja nenhum nestas condições, pode incluir duas outras pessoas em seu rol de visitas.

Importante ressaltar, nesse aspecto, que não há que se cogitar de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de tais determinações.

Registre-se que a competência para dispor sobre direito penitenciário é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, conforme disposto no art. 24, I da Constituição Federal. Some-se a isto o determinado pelo artigo 47 da Lei Federal nº 7.210/84: "*O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares*".

Note-se, portanto, que foi delegada à autoridade administrativa a competência para regulamentar matéria disciplinar.

No Estado de São Paulo, a Secretaria de Administração Penitenciária é a autoridade administrativa competente e, enquanto Departamento Penitenciário local (artigos 73 e 74 da Lei de Execução Penal), editou, através da Resolução SAP nº 144/10, o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Ou seja, a Resolução SAP nº 144/10 não conflita com a Lei de Execução Penal, mas, apenas, a regulamenta.

Acesso ao Sumário

Sobre isso, valem os esclarecimentos constantes do Acórdão proferido no Agravo em Execução Penal nº 0203505-64.2013.8.26.0000, relatado pelo E. Des. Cardoso Perpétuo, j. em 20 de fevereiro de 2014:

> "Com efeito, não se nega que a lei seria a melhor espécie normativa para disciplinar a matéria ora discutida, o que evitaria mudanças advindas tão somente do alvedrio do Poder Executivo. Todavia, à míngua dessa legislação, não se mostra irrazoável que este Poder possa estabelecer

mecanismos padrões, tendentes à manutenção da ordem e disciplina interna dos presídios imprescindíveis ao sistema carcerário através da edição de ato administrativo, como o fez no Regimento Interno Padrão dos Presídios do Estado de São Paulo. Assim não o fosse, ter-se-ia a mais absoluta ausência de disciplinamento da matéria, o que certamente seria mais deletério ao sistema prisional, que haveria de se submeter ao crivo de cada diretor de estabelecimento, criando-se as mais diversas regras que porventura entendesse viáveis. Nesse pensar, dois julgados recentes desta Corte Bandeirante: Agravo em Execução nº 0004295-66.2012.8.26.0000, da lavra do Des. FIGUEIREDO GONÇALVES, componente da 1ª Câmara Criminal, julgado em 28 de maio de 2012; Agravo em execução nº 0261182-23.2011.8.26.0000, da lavra do Des. PAULO ROSSI, componente da 2ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 16 de abril de 2012.

No mesmo sentido o entendimento estampado no julgado que segue, também proferido no âmbito deste Tribunal de Justiça, versando precisamente sobre visitas a pessoa presa:

MANDADO DE SEGURANÇA - Pedido de inclusão de sobrinhos, menores impúberes, ao rol de visitas de detento - Impossibilidade - Caso que não se enquadra no artigo 112 da Resolução SAP 144/10 - Decisão atacada suficientemente fundamentada - **Tese de inconstitucionalidade - Afastada - É da competência do Estado editar regulamentos sobre assuntos submetidos à sua administração como é o caso das unidades prisionais** - Ausência de ilegalidade ou de violação ao direito líquido e certo - Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 0150457-30.2012.8.26.0000 - Relator(a): Ribeiro dos Santos - 15ª Câmara de Direito Criminal – Data do julgamento: 18/10/2012).

Resta evidente, assim, que as disposições já mencionadas, contidas no Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo (Resolução SAP nº 144/2010), não padecem da mácula de inconstitucionalidade, tampouco de ilegalidade.

Sabe-se que o direito à visitação é amplamente garantido e incentivado, como forma de contribuir para a ressocialização do preso. Contudo, não se trata de um direito absoluto e irrestrito, achando-se sujeito a regulamentação.

Como visto, o próprio ordenamento estabelece restrições e limitações ao seu exercício, sopesando, inclusive aspectos relevantes no concernente à segurança dos estabelecimentos prisionais.

No caso específico do impetrante Anderson, cumpre observar que seu tio André é parente de 3º grau, não se enquadrando na hipótese do artigo 99, *caput*, da Resolução SAP nº 144/2010.

Pondere-se, porém, por outro lado, que a única pessoa constante de seu rol de visitas é sua companheira Cássia de Lima, a qual, todavia, está suspensa

Acesso ao Sumário

temporariamente.

Ou seja, o preso, no momento, está impossibilitado de receber visitas.

E, presentemente, não há ninguém nas condições previstas no art. 99, *caput*, que possa visitá-lo.

Logo, enquanto perdurar a suspensão temporária de sua companheira, é de se ter por configurada a hipótese do parágrafo 1º do artigo 101 da Resolução SAP nº 144/2010, a qual se verifica, precisamente, "*quando o preso não contar com visitantes do tipo descrito no artigo 99 deste Regimento*".

Desta forma, por aplicação da norma por último referida, é caso de se conceder parcialmente a segurança, para se assegurar o direito de que o sentenciado Anderson seja visitado por seu tio André durante a vigência do contexto descrito.

Diante do exposto, **concede-se parcialmente a ordem**, a fim de que o preso Anderson de Lima Linhares possa ser visitado por seu tio André de Lima Filho, mas apenas enquanto perdurar a suspensão temporária das visitas de sua companheira Cássia de Lima.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0023698-65.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido EDUARDO SALZO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.079)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Processo que apura delito de condução de veículo automotor em estado de embriaguez (art. 306, 'caput', do C.T.B.). Suspensão do processo, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal. Prova testemunhal que, diante do risco de perecimento e das particularidades da hipótese concreta, constitui providência urgente. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido.

VOTO

Visto.

Trata-se de recurso em sentido estrito, tirado de autos de ação penal pública em que figura como acusado **Eduardo Salzo**, denunciado pela prática da infração penal estabelecida no art. 306, "*caput*", da Lei nº 9.503/1997 (*condução de veículo automotor em estado de embriaguez*), contra a r. decisão que, ao suspender o processo e o prazo prescricional, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, não designou data para produção antecipada de prova testemunhal – *f. 114.*

Vem o inconformismo recursal ministerial – *f. 120/122* – buscando a reforma do decisório, com a consequente determinação da medida, com designação de audiência de antecipação da colheita da prova oral.

Contrarrazões anotadas – *f. 124/125* –, pugnando pela manutenção do decisório.

O d. Juízo, logo após a interposição do recurso, manteve a decisão atacada – *f. 118.*

Autos distribuídos (*f. 128*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo provimento do inconformismo recursal – *f. 129/131* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***23.mar.2017*** (*f. 132*).

É o relatório.

Trata-se de feito que apura cometimento da infração penal capitulada no art. 306, "*caput*", da Lei nº 9.503/1997 (*condução de veículo automotor em estado de embriaguez*), suspenso na forma do art. 366 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o denunciado, citado por edital, não compareceu ou constituiu defensor.

Quer o Ministério Público, então, a **antecipação da prova oral**, medida que o d. Juízo de origem deixou de determinar, por entender ausentes os requisitos do art. 225 do Código de Processo Penal.

A medida deve ser autorizada, entretanto.

Acesso ao Sumário

"*Data venia*" do entendimento da origem.

Com efeito, na linha do que argumenta o "*Parquet*" em ambas instâncias, as circunstâncias concretas do caso efetivamente autorizam a antecipação da colheita da prova oral.

Como tem entendido esta C. Câmara, em unanimidade de pensamento, até, em casos símiles.

Isto porque o próprio Código de Processo Penal faculta ao magistrado, dentro de seu prudente arbítrio e critério, avaliar o caso concreto e deliberar, se necessária, aquela produção antecipada, "*in verbis*":

> *"Art. 366 – Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".*

Ocorre que a prova testemunhal é, por sem dúvidas e sempre, considerada de **natureza urgente**, conforme se pode extrair do disposto nos arts. 92 e 93, ambos do Código de Processo Penal.

Daí porque sua colheita é medida de prudência, preservando direitos e prevenindo obrigações.

De efeito.

O ato de testemunhar nada mais é do que recordar e reconstituir os atos praticados pelos indivíduos, e essa capacidade de recordação depende, em grande medida, da memória, que pode sofrer perdas irremediáveis com o tempo.

De sorte que a boa prudência recomenda, "*in casu*", a antecipação.

E as testemunhas – *como todos nós* – estão sujeitas à ausência, ao desaparecimento e à impossibilidade de posterior localização.

Cabe, assim, ao Judiciário abrir os olhos a essa realidade e impedir que se apaguem provas importantes na instrução criminal.

Exatamente como aqui.

Acesso ao Sumário

Afinal, como é possível depreender dos autos, a denúncia imputa ao recorrido a prática de crime de embriaguez ao volante ocorrido no ano de *2011*, ocasião em que não foi realizado o exame do etilômetro (*f. 55/56*), e tampouco realizada coleta de sangue ou urina do denunciado (*f. 7*).

À luz de tais particularidades, aliadas ao transcurso de tempo e considerando-se o efetivo risco de perecimento da prova, evidencia-se a relevância da colheita antecipada da prova oral relativamente ao fato, do qual consta haver testemunhas presenciais.

Daí porque efetivamente necessária a medida requerida pelo recurso do Ministério Público.

Nesse sentido, pronunciou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito do alcance da medida de antecipação de provas, em julgado recente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MOTIVAÇÃO. OCORRÊNCIA. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. RELEVANTE TRANSCURSO DE TEMPO DESDE A DATA DOS FATOS. ENUNCIADO 455 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Esta Corte possui entendimento no sentido de que a produção antecipada de provas, prevista no art. 366 do CPP, possui natureza acautelatória e visa a resguardar, na busca da verdade real, a efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão de relevante decurso de tempo, como na hipótese vertente, na qual o delito foi cometido há quase 8 anos.

2. Há de sopesar o julgador sobre o concreto risco de perecimento da prova testemunhal (periculum in mora) tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde dos fatos narrados na incoativa poderão ser perdidos com o decurso do tempo, à causa da revelia do acusado, em detrimento do interesse da sociedade em apurar os fatos e submetê-los a julgamento.

3. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (**AgRg no AREsp 911.296/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016**) (**g.n.)**

Em idêntico sentido o entendimento de longa data desta C. Câmara Criminal, inclusive pelas mãos sábias e ilustres de seu então componente, eminente *Desembargador* ***Bittencourt Rodrigues***:

"COLETA ANTECIPADA DA PROVA – RÉU REVEL – URGÊNCIA DECORRENTE DA GRANDE MOBILIDADE URBANA – NOVA REDAÇÃO DO ART. 366 DO C.Pr.Penal – ADMISSIBILIDADE. Diante da acentuada mobilidade populacional, principalmente entre a população de baixa renda, em que ela decorre da busca e preservação de meios de subsistência, como intensamente ocorrente na Comarca da Capital, verificadas as circunstâncias indiciárias, é de se providenciar conforme diligentemente deliberou o MM. Juízo impetrado, ante o "periculum in mora", resultante do desaparecimento de testemunhas, com a

Acesso ao Sumário

impossibilidade de sua posterior localização, comprometendo-se, assim, de forma irrecuperável, as condições para a realização da Justiça Penal e eventual imposição da lei penal. Definitivamente, o réu não tem, – e jamais teve, – direito ao extravio da prova." (TJSP – 4ª C.Criminal – "Habeas Corpus" 214.532-3/4 – v.u. – j. 10.09.96, rel. Des. Bittencourt Rodrigues".

"Ora, a vingar a orientação adotada pelo MM. Julgador, a busca da verdade estaria na dependência do reaparecimento do réu, que se furtou ao chamamento judicial, numa demonstração virtual de que espera a ação deletéria do tempo para alcançar a impunidade.

"Os argumentos do Dr. Promotor, completados pelos judiciosos aditamentos do culto fiscal da lei, dispensam quaisquer outras considerações acerca da necessidade da antecipação da prova oral, cuja produção, ao contrário do que sustenta o nobre Magistrado, é avaliada pela parte, em caráter potestativo, que refoge – "te pour cause" – do controle do Julgador, e se insere no âmbito da avaliação do titular da ação penal, de "ad satiem" demonstrou o perigo da dispersão ou fragmentação do conjunto probatório, diante da incerteza da retomada do curso do processo legalmente sobrestado" (TJSP – 4ª Câmara Criminal – "Habeas Corpus" 214.320-3/7 – Capital – m.v. – rel. Des. Emeric Levai).

Aliás, o próprio ***art. 225, do Código de Processo Penal*** faculta ao magistrado, mesmo de ofício, tomar antecipadamente o depoimento da testemunha que houver de ausentar-se, sem indagar dos motivos da necessidade da ausência.

Como aqui aquela necessidade vem demonstrada, é de boa conveniência deferir-se a antecipação, que beneficiaria o andar do processo, aqui ou em futuro.

Dá-se provimento ao recurso, para determinar a realização da colheita antecipada da prova testemunhal.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 1000219-84.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente API ASSISTENTE PSIQUIÁTRICA INTEGRADA LTDA., é recorrida MARCIA HELENA OLIVEIRA DA ROCHA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, para reformar a r. decisão recorrida excluindo-se do polo passivo API Assistência Psiquiátrica Integrada LTDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.395)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Contra decisão de "Habeas Corpus" parcialmente concedido – Não verificado ato ilegal por parte da recorrente – Recurso concedido.

VOTO

Vistos.

A API Assistência Psiquiátrica Integrada Ltda., inconformada com a decisão do MM. Juiz de Direito Auxiliar do DIPO Foro Central Criminal da Capital - SP objetivando a reforma da r. decisão que concedeu parcialmente a ordem de *Habeas Corpus* impetrado por Kathia Solange Cangueiro em favor de Márcia Helena Oliveira Rocha.

Pleiteia a recorrente a reforma da decisão para denegar a ordem e/ou no mínimo, exclui-la do polo passivo da ação.

Apresentadas as contrarrazões da defesa sustentando o acerto da decisão, em seguida, sobreveio despacho de sustentação da decisão guerreada (fls. 30).

Nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 158/160).

É o relatório.

O recurso merece provimento, com razão a recorrente, secundado em segunda instância pela Procuradoria Geral da Justiça, viável o atendimento do pedido, pois, suas razões estão plenas de argumentos que justificam reforma da decisão *a quo.*

Proc

ede o reclamo da ora recorrente uma vez que os documentos juntados aos autos corroboram sua versão no sentido de que não teria cometido nenhum ato de constrangimento ilegal contra a paciente Márcia Helena Oliveira da Rocha.

Inicialmente, em que pese o entendimento do M.M. Juiz "a quo", trata-se de caso de internação involuntária, uma vez que terceira pessoa, Martha Teresa Oliveira da Rocha, requisitou a internação da ora paciente.

Dito isto, conforme se extrai de fls. 115/116, houve avaliação psiquiátrica quando da internação de Márcia Helena. Ainda, às fls. 117/118 está o documento que comprova a comunicação de internação involuntária psiquiátrica ao

Acesso ao Sumário

Ministério Público. Também, foram juntados os relatório feitos ao longo da internação da paciente, e, por fim o relatório de alta diante de sua progressão e melhora, em 14/04/2016.

Assim, verifica-se que a clínica API Assistência Psiquiátrica Integrada cumpriu os requisitos do artigo 8º e §§ da Lei 10.2016/2001.

Portanto, tendo em vista o que foi analisado, não se observa nenhum ato ilegal praticado pela ora recorrente. De fato, se houve algum constrangimento ilegal ou abuso de poder na internação da paciente, seria por parte de sua irmã Martha Teresa Oliveira da Rocha, e não sobre a API Assistência Psiquiátrica Integrada, a qual seguiu as normas legais quando o requerimento de internação.

Frisa-se que, conforme bem posto pelo d. Procurador, a ilegalidade da internação não está demonstrada de plano pelo que a análise do caso demandaria análise mais cautelosa dos relatórios e laudos médicos, o que não é compatível com a sumaríssima via processual escolhida.

Portanto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso em sentido estrito, para reformar a r. decisão recorrida excluindo-se do polo passivo API – Assistência Psiquiátrica Integrada LTDA.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0010982-30.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO "EX OFFICIO", é recorrido RICARDO BRAGA FALCONI.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso *ex officio*, para cassar a decisão recorrida e determinar o prosseguimento do inquérito policial em seus ulteriores termos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.544)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

Acesso ao Sumário

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa. Reexame necessário. Furto. Decisão que concedeu *habeas corpus*, de ofício, para determinar o trancamento do inquérito policial por atipicidade da conduta. Ausência de prejuízo causado à vítima ou a inexpressividade do valor da coisa subtraída que não autorizam, por si só, seja reconhecido o princípio da insignificância. Presença de indícios de autoria e prova de materialidade. Recurso provido, para cassar a decisão recorrida e determinar o prosseguimento do inquérito policial em seus ulteriores termos.

VOTO

Trata-se de recurso *ex officio*, interposto pelo Juízo de Direito do DIPO 3 da Comarca desta Capital, contra a r. decisão de fls. 32/33 que concedeu *habeas corpus* de ofício em favor do acusado Ricardo Braga Falconi, preso em flagrante por suposta prática de crime de furto, para relaxar a prisão em flagrante e determinar o trancamento do inquérito policial, ante o reconhecimento da insignificância da conduta do investigado e, por consequência, da atipicidade material de sua conduta.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 52/55).

Este é o relatório.

O recurso merece prosperar.

Com efeito, conforme já decidi em *habeas corpus* impetrado objetivando o trancamento de inquérito policial fundado no aludido princípio da insignificância (HC n. 2036459-45.2015.8.26.0000 – voto 24611), decisão que se ajusta perfeitamente à hipótese em comento:

"... o trancamento do procedimento (ou afastamento de imputação), por meio de habeas corpus, somente tem cabimento em situações excepcionais, quando ficar bem evidenciado, desde logo, sem necessidade de exame mais profundo de provas que já se encontram nos autos, que há ausência de justa causa para a tramitação do inquérito ou da ação penal.

De fato, somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para o inquérito policial ou para a ação penal, quando ela é patente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos, com reconhecimento de que os fatos alegados estão ao completo desamparo de qualquer indício de autoria, de que há imputação de fato atípico

Acesso ao Sumário

ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação, situações que, ao menos por ora, não se evidenciam na hipótese dos autos, a ponto de impossibilitar que os fatos sejam devidamente apurados no curso da ação penal.

Ora, o simples fato do valor da coisa subtraída não ser expressivo, não autoriza, por si só, o reconhecimento do princípio da insignificância. Não se pode confundir o pequeno valor do objeto material do delito com a irrelevância da conduta do agente. Devem ser considerados, também, outros requisitos, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nesse sentido: STF - HC 98.152, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 05.06.09; HC 97.012-RS, 2ª T., rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.u., j. 09.02.10; HC 97.772-RS, 1ª T., rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 03.11.2009, v.u; RHC 103552/DF, 2ª T., rel. Min. EROS GRAU, j. 01.06.10, v.u.; HC 96757/RS, 1ª T., rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 03.11.09, v.u.; STJ – HC 83.027-PE, 6ª T., Rel. Min. PAULO GALLOTTI, j. 16.09.09, v.u".

Nesse sentido, penso ser prematuro o trancamento do inquérito policial.

É o que também demonstra o lúcido e bem lançado parecer da douta Procuradoria de Justiça, que fica adotado e vai a seguir transcrito, no essencial:

"O bem objeto do furto não se destina à sobrevivência (aliás, o próprio flagrado admitiu que tentara furtá-lo 'para trocar por droga'), e seu valor nem é assim tão insignificante (R$80,00).

(...)

De outro lado, não se pode olvidar, ainda, e por importante, que o fato criminoso noticiado não é isolado na vida do paciente. Ao revés, ostenta ele passagens policiais e anterior processo por idêntica infração (fls. 29/31), insistindo, assim, em delinquir.

Ou seja, a característica da reiteração criminosa agrava significativamente a (já elevada) reprovabilidade do comportamento e inviabiliza a incidência do princípio da bagatela (cf. HC n. 97.007, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª turma, julgado em 01/02/2011, DJe de 31-03-2011).

Não fosse isso, à evidência, a falta de repressão a tais condutas representaria verdadeiro incentivo a delitos que, no conjunto, trariam desordem social; não se olvidando, ademais, que, em relação às coisas de pequeno valor existe a figura, quando o caso, do privilégio, insculpida no parágrafo 2º do artigo 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta, razão pela qual, nesses casos, a ação não é extinta (v. TJSP – Ap. Crim. 990.08.075.418-1, Rel. Des. Fernando Matallo; STJ – HC 127269/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, – j. 13.02.2009).

Acesso ao Sumário

(...)

Ao fim, na esteira do que já realçado, reconhecer como atípicos comportamentos deste jaez é, nas palavras do em. Desembargador Francisco Bruno, agir como se o próprio Estado dissesse ao autor do fato: "Isto não é crime, o senhor está autorizado a fazê-lo novamente" (Apelação n. 990.10.079006-4, j. 29.7.10, 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo)." (fls. 53/55).

Em suma, embora se mostre prematuro qualquer juízo de valoração sobre a conduta do investigado Ricardo Braga Falconi, e sem perder de vista que a tipificação penal caberá ao d. representante do Ministério Público quando do eventual oferecimento da denúncia, o certo é que, coletados os elementos requeridos à propositura da ação penal, e, eventualmente, instaurada esta, abrir-se-á a possibilidade da dilação probatória, sob a égide da ampla defesa e do contraditório, quando então será analisada com maior profundidade a matéria fática, assim como a controversa questão da atipicidade, impondo-se, por conseguinte, a reforma da r. decisão que determinou o trancamento do inquérito policial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso *ex officio*, para cassar a decisão recorrida e determinar o prosseguimento do inquérito policial em seus ulteriores termos.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0161454-38.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é peticionário ALEXSANDRO GERÔNIMO.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram em parte o pedido, nos termos que constarão do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.259)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente), POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, BORGES PEREIRA, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, ENCINAS MANFRÉ, RICARDO SALE JÚNIOR e CAMARGO ARANHA FILHO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 20 de junho de 2017.
LEME GARCIA, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Furto qualificado pelo concurso de agentes e Quadrilha. Preliminares afastadas. Ausência de ilicitude da interceptação telefônica. Inexistência de prova emprestada. Interceptação devidamente autorizada pelo juízo que julgou a demanda. Ausência de *bis in idem* quanto ao delito previsto no artigo 288, do Código Penal. Imputação em outro feito pela prática do crime de quadrilha que decorreu da associação do peticionário com outras pessoas, que não se identificam com as envolvidas na presente demanda, para o cometimento de crime diverso do ora apurado. Mérito. Viável a absolvição pelo crime de quadrilha ou bando. Delito cometido antes da Lei n. 12.850/2013, que alterou a redação do artigo 288, do Código Penal. Associação de mais de três pessoas não comprovada. Absolvição que se impõe. Furtos de pulsos telefônicos. Autoria e materialidade bem demonstradas. Manutenção da condenação quanto ao crime previsto no artigo 155, §4º, inciso II, do Código Penal, em continuidade delitiva. Parcial deferimento do pedido.

VOTO

Trata-se de pedido de Revisão Criminal formulado por ALEXSANDRO GERÔNIMO, condenado no processo n. 1732/08, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santo André, por sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito Teresa Cristina Cabral Santana Rodrigues dos Santos, à pena de 05 anos e 05 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 28 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 155, §4º, inciso II, c.c. artigo 29, em continuidade delitiva, bem como no artigo 288, todos do Código Penal, na forma no artigo 69, *caput*, do mesmo diploma, absolvendo-o do crime previsto no artigo 183, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.472/97, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 1435/1488 - autos originais).

Interposta apelação pelo Ministério Público (fls. 1497-1533 - autos originais), foi negado provimento ao apelo pela Colenda 10ª Câmara de Direito Criminal e concedida, de ofício, ordem de *habeas corpus* para afastar

Acesso ao Sumário

o pagamento das custas do processo pelos condenados, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença em relação ao ora peticionário (fls. 1668/1671 - autos originais).

A sentença transitou em julgado para a Acusação em 10 de maio de 2011 (fls. 1673 - autos originais).

Transitado em julgado o acórdão para o peticionário em 14 de abril de 2011 (fls. 1673 - autos originais), ingressa agora com pedido de revisão criminal, requerendo, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade da sentença pela ilicitude da interceptação telefônica e de *bis in idem* quanto ao delito previsto no artigo 288, do Código Penal. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência probatória (fls. 23/37).

A douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer postulando o indeferimento da revisão criminal (fls. 40/44).

É o relatório.

A Revisão Criminal é ação de impugnação que pretende desconstituir decisão judicial já transitada em julgado, razão pela qual o seu cabimento é excepcional, apenas sendo admitida nas hipóteses taxativamente previstas nos incisos do artigo 621, do Código de Processo Penal.

No presente caso, quanto ao delito de furto qualificado, não há contrariedade ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos; a sentença condenatória não se funda em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; e não há novas provas de inocência ou de circunstâncias que determinem ou autorizem a diminuição especial da pena.

Entretanto, em respeito ao princípio da ampla defesa e em consonância com a jurisprudência desta Corte, o pedido é conhecido.

O peticionário (conhecido como *Mikael*) foi condenado porque, no período de 09 de abril de 2008 a 29 de outubro de 2008, especialmente na região do *ABC Paulista*, associou-se com Wilson Fernando Batista (conhecido como *Perna* ou *Perninha*) e com Tatiane Mello de Jesus, para praticar reiteradamente o crime de furto, uma vez que subtraíram 37 linhas e pulsos telefônicos, pertencentes à empresa Telefônica – Telecomunicações de São Paulo S.A., para eles e para terceiros, causando um prejuízo de R$ 95.627,38.

O Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) apurou que o peticionário, Wilson e Tatiane, providenciavam a reabilitação clandestina de linhas de telefone fixas e nelas programava um serviço de transferência de chamadas, de modo que as ligações recebidas eram automaticamente redirecionadas para o celular de presos integrantes de facção criminosa. A este sistema de comunicação deu-se o nome de telefone ou celular "diretinho".

Com relação ao peticionário, apurou-se que atuava como líder frente aos

Acesso ao Sumário

seus comparsas. Ele se encontrava recluso no Centro de Detenção Provisória de São Bernardo do Campo e, em tal local, recebia os pedidos de outros presos interessados em obter o "diretinho" e os repassava a Tatiane Mello de Jesus, que trabalhava na empresa Telemax, prestadora de serviços à Telefônica, por meio do companheiro desta última, Wilson Fernando Batista, na época preso na Penitenciária de Irapuru.

Após a reativação de terminais desabilitados e programação de redirecionamento de chamadas para os telefones móveis de presos, iniciavam-se os furtos de pulsos telefônicos, uma vez que as ligações a cobrar efetuadas para os telefones fixos programados eram direcionadas para os números de telefone celular dos presos, de modo que os custos das ligações eram arcados exclusivamente pela empresa Telefônica.

Primeiramente, cabe a análise das preliminares arguidas de nulidade da sentença pela ilicitude da interceptação telefônica e de *bis in idem* quanto ao delito previsto no artigo 288, do Código Penal.

As cópias da denúncia referente aos autos n. 1532/08 permitem aferir que a imputação feita ao ora peticionário em tal processo era da prática dos crimes previstos nos seguintes artigos: (i) artigo 35, *caput* e parágrafo único, c.c. artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06; (ii) artigo 36, c.c. artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06; e (iii) artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, c.c. artigo 8º, da Lei n. 8.072/90 – crime hediondo, homicídio qualificado (fls. 289/290).

Nesse sentido, nos autos n. 1532/08, o peticionário supostamente se associou a outras 32 pessoas com o intuito de praticar o delito de homicídio qualificado, sendo certo que Wilson Fernando e Tatiane Mello de Jesus não foram denunciados. Já nos presentes autos, a associação se formou entre o peticionário, Wilson e Tatiane, para o cometimento de furto de pulsos telefônicos a fim de possibilitar o acesso a linhas telefônicas por detentos.

Assim, a imputação nos autos n. 1532/08 pela prática do crime de quadrilha decorreu da associação do peticionário com outras pessoas, que não se identificam com as envolvidas na presente demanda, para o cometimento de crime diverso do ora apurado, de modo que não há que se falar em *bis in idem*, como pretende a Defesa.

Também não há cabimento para o reconhecimento de nulidade das interceptações telefônicas.

As transcrições das interceptações telefônicas autorizadas nos autos n. 1532/08, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo (fls. 339/507) não foram utilizadas para a fundamentação da condenação na r. sentença. A propósito, o juízo *a quo* expressamente afastou a utilização da prova emprestada, deixando claro que no presente feito houve autorização específica para interceptações telefônicas com o intuito de apurar o envolvimento de pessoas

Acesso ao Sumário

que estivessem tornando possível o acesso de detentos a linhas telefônicas, *in verbis:*

> **Por conseguinte, estes autos têm por composição provas, obtidas através da interceptação telefônica deferida por este juízo, do procedimento administrativo da empresa de telefonia e do relato das testemunhas e dos acusados, estas últimas produzidas tanto em fase inquisitorial quanto na fase judicial, havendo expressa intenção ministerial de produção de prova emprestada**, consistente na cópia da denúncia oferecida nos autos do processo que teve ou tem trâmite perante a 2ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo e de cópia das interceptações realizadas no inquérito policial instaurado em São Bernardo do Campo.
>
> (...) Observa-se, além disso, que as interceptações telefônicas deferidas perante o juízo de São Bernardo do Campo culminaram com oferecimento de denúncia contra vários acusados, com o envolvimento de diversas pessoas, tendo por fundamento em especial o que restou colhido através das interceptações, que, pelo que consta, foram direcionadas para aquele procedimento e finalidade, sendo encerrado o procedimento investigatório com oferecimento da denúncia, apurados os delitos que se entenderam pertinentes e necessários, aferidos em exaustiva análise dos seus elementos.
>
> **Não por outra razão houve deferimento de interceptação telefônica por este juízo, desta feita visando aferir elementos pertinentes à utilização das linhas telefônicas, envolvendo pessoas ou pessoa que eventualmente estivesse tornando possível aos detentos fazer uso de linhas telefônicas para comunicação**. (fls. 1440/1442)

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito.

A materialidade delitiva se tornou inconteste, conforme auto de prisão em flagrante (fls. 02/21 - autos originais), boletim de ocorrência (fls. 23/29 - autos originais), auto de exibição e apreensão (fls. 30/32- autos originais), ofício da empresa Telefônica (fls. 67B/74 - autos originais), transcrições de ligações telefônicas interceptadas (fls. 106/160 - autos originais), CDs com áudios das ligações telefônicas interceptadas (fls. 164/165 - autos originais), laudos periciais (fls. 781/783; 1015/1019 - autos originais) e prova oral produzida.

A autoria do crime, do mesmo modo, é inequívoca.

O peticionário negou em juízo a prática dos delitos a ele imputados. Afirmou que nunca utilizou telefone celular dentro do presídio e desconhecia o chamado "diretinho", bem como Wilson Fernando Batista e Tatiane Mello de Jesus (fls. 1270/1279 – autos originais).

Apesar da negativa do peticionário, sua versão restou isolada frente ao conjunto probatório.

Tatiane Mello de Jesus relatou na fase policial que, a pedido de seu

Acesso ao Sumário

companheiro Wilson, à época recluso na penitenciária de Irapuru, transferia linhas inativas de telefone fixo para aparelhos de celular, possibilitando que o usuário deste último recebesse ligações a cobrar. Ressaltou que Wilson estava associado ao ora peticionário e eles vendiam o "serviço" por R$ 70,00 na penitenciária. Tinha conhecimento de que eles eram integrantes da facção criminosa P.C.C. e era tratada por eles pela alcunha de "cunhada" (fls. 16/19 – autos originais). Cabe salientar que o feito foi desmembrado com relação a Tatiane Mello de Jesus (fls. 914/917 – autos originais), motivo pelo qual não há nos autos a descrição de sua oitiva sob o crivo do contraditório.

O sentenciado Wilson Fernando Batista assumiu em juízo a prática delitiva. Relatou que, por intermédio de sua esposa Tatiane, conseguia estabelecer as linhas telefônicas e cobrava por isso. Afirmou que desconhecia o peticionário, uma vez que *Mikael* era um vizinho que com aquele não se identificava (fls. 1293/1307).

Seis testemunhas protegidas nos termos do Provimento 32/2000, da CGTJ/SP apenas afirmaram que trabalhavam com Tatiane, mas não esclareceram nada sobre os fatos apurados na demanda (fls. 07/11; 185/187; 188/189 – autos originais). Em juízo, duas das testemunhas protegidas, que trabalhavam com Tatiane, novamente alegaram que não tinham conhecimento de atos ilícitos cometidos por esta última (fls. 1211/1219; 1327/1328).

A testemunha Tiago Soares Farias de Souza, por sua vez, afirmou na fase policial (fls. 12 – autos originais) e em juízo (fls. 1257/1258 – autos originais) que recebeu informações do GAERCO com relação às suspeitas de que Tatiane realizava a habilitação de linhas de telefonia fixa e as programava para serem redirecionadas para telefones móveis. Efetuou procedimento interno para averiguação e constatou que Tatiane habilitava linhas vagas e as redirecionava, sem realizar qualquer tipo de cadastro ou procedimento padrão da empresa, sendo certo que foram habilitados 5.000 terminais, com prejuízo de R$ 890.000,00 para a empresa. No mesmo sentido, foi o depoimento do consultor de segurança da Telefônica, Rodolfo Chauer Neto, sob o crivo do contraditório (fls. 1259/1260).

Acesso ao Sumário

O investigador de polícia Rafael Ferreira relatou na fase policial que, em conjunto com a equipe *GARRA*, esteve na residência de Samantha Cristine Gonçalves, companheira do peticionário, uma vez que possuía a informação de que ela o auxiliava efetuando depósitos em contas bancárias e retransmitindo ligações de celulares de presídio a partir de uma "Central Telefônica". Relatou que Samantha afirmou que realizava transferências bancárias a pedido do peticionário (fls. 05/06 – autos originais). Em juízo, o referido investigador afirmou que participou das diligências na casa de Samantha, mas não se lembrava do que foi apreendido em razão do decurso do tempo (fls. 1205/1210 autos originais).

O policial civil Magno Soares dos Santos relatou em juízo que Tatiane habilitava linhas telefônicas e as repassava para o peticionário, que as encaminhava para outros detentos integrantes da facção PCC (fls. 1197 – autos originais).

Impende destacar o relevante valor probatório que deve ser conferido ao depoimento dos agentes da Polícia Civil, mormente porque se revelaram em harmonia com os demais elementos do conjunto probatório, colhidos sob o crivo do contraditório. No presente caso, nada foi constatado que desqualificasse a conduta moral ou funcional destes profissionais a ponto de tornar suspeita sua narrativa.

Sobre o assunto, este é o firme entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

> [...] inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal (HC 74.438/SP, rel. ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 14.3.2011).
>
> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL: AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO DE PODER NÃO CONFIGURADOS. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A sentença condenatória está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma exaustiva todos os elementos de convicção que levaram à condenação do Paciente, o que afasta a alegação de nulidade por não observância das regras de fundamentação.
>
> 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas e de que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal.
>
> Habeas corpus denegado (HC 91.487/RO, Primeira Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 19.10.2007)

No mais, a empresa Telefônica esclareceu por meio de ofício que sua Diretoria de Segurança apurou que Tatiane Mello de Jesus realizou reativações de terminais desabilitados pertencentes à empresa com subsequente inserção de transferência de chamadas nesses terminais. Indicou-se que *essas linhas telefônicas reativadas, com aquelas programações inseridas servem como "ponte" para as ligações telefônicas, redundando em prejuízos para esta*

Acesso ao Sumário

Empresa, uma vez que o chamador efetua ligações a cobrar para aqueles terminais telefônicos fixos já programados, os quais por sua vez transferem automaticamente para os números de celulares programados que normalmente estão sendo utilizados pela criminalidade, os quais estão reclusos em cadeias públicas e penitenciárias do Estado. (...) Assim sendo, é possível afirmar que, do período em que a fraude foi identificada, ou seja, desde 22.10.2007 até 12.10.2008, a TELEFÔNICA acumulou prejuízos na ordem de R$ 890.286,00, envolvendo 5.158 terminais telefônicos vagos ativados indevidamente nesse período, todos pertencentes à TELEFÔNICA (fls. 67/68 – autos originais).

As ligações interceptadas (fls. 106/160 - autos originais) confirmam o envolvimento do peticionário na prática delitiva. Vejamos:

> Mikael conversa com HNI e comenta que pegou um telefone diretinho (46564070) por 15 dias por R$ 150,00. (fls. 107 – autos originais)
>
> Mikael conversa com HNI. HNI pergunta quantos dias duram a linha do telefone diretinho. Mikael diz que o Ailton pegou R$ 750,00 do caixa para comprar o telefone. HNI diz que é justo (fls. 107 – autos originais)
>
> Mikael conversa com Fofucho sobre linhas de telefones para os demais companheiros. Fofucho comenta com Mikael que vai montar um esquema de ligações para enviar em mãos do Mikael. (...) Mikael orienta fofucho depositar no envelope, e afirma que o número do velhinho já está lá "?", e que ele (Mikael) só precisa saber do número do terminal para que depois possa repassar para o Gato e assim ele (Gato) possa estar fazendo as ligações a cobrar (fls. 108/109 – autos originais).
>
> Mikael liga para Ailton e fala que o Topete (Vitinho) está na linha, diz que irá mandar o cara retirar este nº que está na linha dele, pois acha que o cara reaproveitou o nº antigo, irá mandar colocar uma linha nova, diz que tem que ser como a linha dele: 46563237, que só linha que ele passou o nº (fls. 113 – autos originais).
>
> HNI liga para o alvo (Mikael) e pede para anotar os nº (018) 91191108 e (011) 89722735 para colocar uma linha a cobrar. Mikael manda anotar nº de conta para pagamento: agência 4058, conta poupança 00000671-4, operadora 013, Caixa (fls. 114 – autos originais).
>
> Mikael comenta com um sujeito sobre o envio de dois números telefônicos para serem desviadas as ligações. Menciona ainda que os interessados são de Presidente Venceslau (fls. 116 – autos originais).
>
> Ailton liga para Mikael que comenta sobre conversa que teve com a esposa do perninha, ela que disponibiliza as linhas a cobrar (fls. 146 – autos originais).
>
> Mikael conversa com Ailton e com Topete. Mikael comentam que a mulher que esquematiza as linhas para transferências de chamadas está de férias, porém, a mesma antecipou algumas linhas para este período de sua ausência. Mikael passa seu novo telefone 46542259 (fls. 149 – autos originais).

Acesso ao Sumário

> Mikael conversa com HNI que pergunta sobre o preço da linha a cobrar. Mikael diz que para liberar a linha é de R$ 70,00 reais, e afirma que durante 7 dias a pessoa fica no ar. Mikael comenta que a conta é a mesma que ele está usando, e orienta HNI como fazer as ligações (...) (fls. 150 – autos originais).

Cabe salientar que em diversas ligações, como as de 26 de junho de 2008, 01 de julho de 2008, 15 de julho de 2008 e 25 de julho de 2008, o peticionário conversa diretamente com Tatiane e esta passa números de telefone para ele, bem como trata de assuntos de pagamento em relação às linhas de telefone (fls. 120/121; 130; 136; 137/140 – autos originais). Em uma das conversas com Tatiane, evidencia-se que o peticionário requisitava a ela números de telefone para outros detentos (fls. 148 – autos originais), *in verbis*:

> (...) Peticionário: Bom dia, cunhada.
>
> Tatiane: Oi
>
> Peticionário: O cunhada.
>
> Tatiane: Oi.
>
> Peticionário: Deixa eu falar com você. É que eu precisava ver com a senhora se podia arremessar quatro números da senhora dos amigo meu aqui (fls. 148 – autos originais).
>
> Tatiane: É então Mikael, porque é assim.
>
> Peticionário: (...) entrou de férias já, né?
>
> Tatiane: É então, aí tipo não tenho mais acesso entendeu?
>
> (...) (*sic*)

No mais, em uma ligação de 27 de junho de 2006, a companheira de Mikael o chama de Alex (fls. 125 – autos originais), o que confirma a sua alcunha, uma vez que o peticionário afirmou em juízo que é assim chamado (fls. 1274 – autos originais). Sem prejuízo, os investigadores da Polícia Civil procederam à identificação do peticionário por outros elementos concretos, como a citação do aniversário de Mikael por uma interlocutora, que se identifica com a data de nascimento do peticionário (fls. 89/90).

Pelo conjunto probatório até então exposto, evidencia-se que o peticionário solicitava a Tatiane a habilitação de linhas telefônicas com a subsequente programação de transferência de chamadas, para que detentos pudessem receber ligações a cobrar posteriormente custeadas pela empresa Telefônica.

Destaca-se que, por meio das interceptações telefônicas (fls. 106/160 – autos originais), do ofício da empresa vítima (fls. 67/68 – autos originais) bem como da prova oral produzida (fls. 1257/1260 – autos originais) é possível apurar que a prática delitiva se deu em continuidade, uma vez que diversos terminais desabilitados foram ativados e o peticionário solicitou para Tatiane a disponibilização de várias linhas que permitiriam as ligações a cobrar.

Acesso ao Sumário

Assim, resta evidente a prática de furtos de pulsos telefônicos cometido pelo peticionário em concurso com outros agentes e em continuidade delitiva, razão pela qual a condenação do peticionário como incurso no artigo 155, §4º, inciso II, c.c. artigo 71, ambos do Código Penal, era mesmo de rigor.

Por outro lado, assiste razão à Defesa no que tange à absolvição pelo crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288, do Código Penal. Cabe ressaltar que o referido artigo recebeu nova redação pela Lei n. 12.850/2013, passando o delito a ser denominado de "associação criminosa", com a exigência de envolvimento de três ou mais pessoas para a sua configuração.

Contudo, os fatos ora apurados são anteriores à referida Lei n. 12850/2013, de modo que a imputação deve ser analisada pela redação anterior do artigo 288, do Código Penal, *in verbis*:

> Quadrilha ou bando
>
> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
>
> Pena - reclusão, de um a três anos.

Com relação ao tema, o i. doutrinador Luiz Regis Prado, aponta que *é necessária a reunião de mais de três pessoas, como claramente requer o texto legal. Vale dizer, a quadrilha ou bando – expressões sinônimas – deve ser composta de, no mínimo, quatro pessoas*.[1]

A r. sentença apontou que a condenação pelo delito de quadrilha ou bando era de rigor, uma vez que *em companhia de, pelo menos, a então acusada Tatiane e o acusado Wilson, o acusado Alexsandro, praticou a subtração de pulsos telefônicos (fls. 1463)*. Nota-se, portanto, que restou apurada a associação de três pessoas com o fim de cometer o crime de furto, enquanto a redação artigo 288, do Código Penal, vigente à época dos fatos, exigia o envolvimento de ao menos quatro pessoas.

Na mesma linha, já entendeu este 8º Grupo de Direito Criminal:

> REVISÃO CRIMINAL. Tribunal do Júri. Crimes de homicídio qualificado pelo motivo torpe, tentativa de homicídio e formação de quadrilha ou bando. **Ausência de elemento objetivo do tipo**. Delito plurissubjetivo. **Exigência de, no mínimo, quatro agentes visando a prática delituosa. Delito praticado antes das alterações provadas pela Lei 12.850 de 2013. Absolvição dois dos corréus. Delito não tipificado.** Condenação que se mostra contrária à prova dos autos. Insurgência contra qualificadora do motivo torpe. Circunstância subjetiva. Incomunicabilidade. Outrossim, bem demonstrada nos autos e reconhecida pelo Tribunal do Júri. Manutenção. Fixação da pena base acima do mínimo legal. Possibilidade. Existência de condenações distintas com trânsito em

Acesso ao Sumário

1 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 3: parte especial, arts. 250 a 359-H. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 261.

julgado que se prestam a justificar a reincidência e a fixação da pena base acima do mínimo legal. Reconhecimento ex officio da continuidade delitiva e da fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE DEFERIDA, com EFEITO EXTENSIVO (CPP, art. 580), ao corréu Josué Alves de Souza.[2]

Nesse sentido, deve o peticionário ser absolvido da imputação ao crime previsto no artigo 288, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Cumpre reconhecer o efeito extensivo da absolvição do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, para o corréu Wilson Fernando Batista, porquanto não se trata de circunstância de caráter exclusivamente pessoal, a teor do artigo 580, do Código de Processo Penal.[3]

Por fim, julgo prejudicada a análise da dosimetria da pena e do regime prisional, pois a pena já foi cumprida pelo peticionário, conforme indicado pela anexa Folha de Antecedentes, bem como pela petição apresentada pela Defensoria Pública (fls. 17).

Com relação ao corréu Wilson Fernando Batista, a sua Folha de Antecedentes, ora anexada, não permite apurar se já houve o cumprimento da pena referente aos presentes autos e apenas há a indicação de que ele ainda cumpre reprimenda na Penitenciária de Flórida Paulista. Ainda assim, não há cabimento para a análise da dosimetria da pena e do regime prisional, haja vista que isso envolve circunstâncias pessoais do corréu que não podem ser revistas em revisão criminal que não foi por ele ajuizada. Desta forma, apenas deve haver a exclusão do tempo de pena relacionado à condenação pelo crime previsto no artigo 288, do Código Penal, qual seja, 1 ano e 2 meses de reclusão.

Face ao exposto, pelo meu voto, defiro parcialmente a revisão criminal para absolver ALEXSANDRO GERÔNIMO do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, estendendo-se os efeitos dessa decisão para absolver o corréu WILSON FERNANDO BATISTA do crime previsto no artigo 288, do Código Penal, mantendo-se, quanto ao mais, o v. acórdão confirmatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0032842-

2 TJSP, Revisão Criminal n. 0069837-94.2013.8.26.0000 Relator: Camargo Aranha Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8º Grupo de Direito Criminal; Data do julgamento: 06/10/2015; Data de registro: 08/10/2015.

3 Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Acesso ao Sumário

77.2016.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é peticionário JOSÉ LUIZ DO PRADO.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deferiram o pedido para anular o julgamento, determinando-se a realização de novo Júri. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.140)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, XAVIER DE SOUZA, PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Júri – tese de desclassificação da conduta veiculada em autodefesa – quesito obrigatório não formulado de maneira correta – indução dos jurados a erro – nulidade absoluta – Súmula 156 do STF.

VOTO

José Luiz do Prado foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Ubatuba a 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal (fls. 297/300).

Apelou e a C. 15ª Câmara Criminal deste E. Tribunal, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão (fls. 344/352).

Ainda insatisfeito, o requerente pretende desconstituir a coisa julgada por intermédio do presente pedido revisional. Alegando contrariedade a texto expresso de lei, pede anulação do julgamento, uma vez que não formulado quesito obrigatório. Ademais, como a defesa técnica, em plenário, sustentou tese oposta à prova dos autos, teria permanecido indefeso.

Requisitado e apensado o feito original, a D. Procuradoria da Justiça opina pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

Consta da denúncia que, irritado com o não pagamento de dívida de R$ 40,00 contraída por José Pedro de Faria, o réu se aproximou da vítima enquanto ela, distraída, jogava cartas e, sacando faca, atingiu-a nas costas. O ferimento levou o ofendido à morte, consoante laudo à fl. 65.

Sempre que ouvido, desde a fase inquisitiva, o acusado admitiu ter

Acesso ao Sumário

esfaqueado José Pedro, mas negou intenção de matá-lo. Pretendia apenas assustá-lo para que interrompesse intimidações. O ofendido lhe devia R$ 40,00 e, depois de cobrar o débito, ele passou a ameaçá-lo. No dia anterior, ferira seu irmão, que impedira a vítima de atacá-lo (fls. 07, 197 e 289/296).

Como se vê, segundo a autodefesa, o crime praticado seria o de lesão corporal seguida de morte.

No entanto, de acordo com a ata, em plenário o advogado suscitou apenas legítima defesa própria (fl. 277).

Em casos tais, havendo discordância entre as teses da autodefesa e da defesa técnica, cabe ao Juiz formular quesitos correspondentes a cada qual, a fim de que ambos os argumentos sejam submetidos à apreciação do Conselho de Sentença.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já ressaltou que, "uma vez articulada a defesa pelo próprio acusado, em depoimento, e não sendo ela incompatível com a formulada tecnicamente pelo profissional da advocacia, cumpre a feitura do quesito respectivo, sob pena de configurar-se a transgressão ao devido processo legal" (RTJ 180/1092, rel. Marco Aurélio).

Na mesma linha, este E. Tribunal já teve oportunidade de decidir que "o interrogatório constitui um dos momentos mais expressivos da autodefesa, e se o acusado, nesse ato, manifesta alguma posição defensiva, é evidente que o Juiz-Presidente deve levá-la em conta mesmo em face da inércia ou da omissão da defesa técnica. Constitui, desse modo, dever inafastável do Juiz-Presidente a formulação de quesitos com base no interrogatório do réu, sob pena de nulidade do julgamento" (2º Gr. Cs. Criminais, Rev. – Rel. Passos de Freitas – j. 21.11.00).

Note-se que, nos termos do art. 484, § 4º, do Código de Processo Penal, é obrigatória a elaboração de quesito sobre desclassificação quando ventilada a matéria, como na hipótese. E, conforme a Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal, "é absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório".

Ao que parece, o Magistrado atentou para a necessidade de formulação de quesito referente à autodefesa, mas o fez de modo absolutamente equivocado. Com efeito, ao indagar se "a conduta do réu, provocando as lesões na vítima, decorreu de culpa consistente em imprudência no manuseio de arma branca" (fl. 286), deu a entender que o pedido de desclassificação veiculado no interrogatório do acusado visava ao reconhecimento de homicídio culposo, o que jamais foi arguido, quer pelo requerente, quer pelo advogado. Como aludido, a ação descrita por José Luiz se amolda a lesão corporal seguida de morte.

Induzidos os jurados a erro, portanto.

Em suma, não apresentado quesito obrigatório de forma correta, prejudicando a autodefesa e a adequada avaliação do caso pelo Conselho de

Acesso ao Sumário

Sentença, configurada nulidade absoluta, como disposto na Súmula 156 do STF, não remediando o vício a ausência de impugnação defensiva na primeira oportunidade.

Frente ao exposto, defere-se o pedido para anular o julgamento, determinando-se a realização de novo Júri. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do réu.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2016974-88.2017.8.26.0000, 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 30.252)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO e PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 7 de junho de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.000, DE 14 DE JULHO DE 2016, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE ATRIBUI NOME A LOGRADOURO DO MUNICÍPIO DE SUZANO. VÍCIO DE INICIATIVA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATRIBUIÇÃO DE NOMES AOS BENS, PRÉDIOS, LOGRADOUROS E VIAS QUE É ATO DE ORGANIZAÇÃO DE SINALIZAÇÃO MUNICIPAL, DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, 47, II

Acesso ao Sumário

E XIV E 144 DA CARTA BANDEIRANTE. AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 5.000, DE 14 DE JULHO DE 2016, do Município de Suzano, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a denominação de "Adosino Silveira Santos" a uma área pública localizada na Rua Miguel Lopes da Silva com a Rua Laércio Veloso da Cruz Gouveia, com Ivo Miguel da Silva, no Loteamento Vila Colorado. Alega o autor que a norma guerreada fere o princípio da independência dos poderes, consagrado pelo artigo 5º da Constituição Estadual, sendo certo que afronta disposições da Lei Orgânica do Município de Suzano e da Constituição Federal (art. 84, II) ao usurpar a competência privativa do Executivo a quem cabe a direção superior, organização e funcionamento da administração; diz que a mesma distinção é feita pela Constituição do Estado de São Paulo nos arts. 20, III cc. o art. 47, II e também pelo art. 7º, III, da LOM de Suzano; viola, ainda, o artigo 25 da Carta Estadual e o 42 da LOM, que tratam de recursos próprios para atender a novos encargos.

Processada sem liminar, manifestou o d. Procurador Geral do Estado desinteresse na defesa do ato (fls. 132/133).

Prestou informações o Presidente da Câmara Municipal de Suzano (fls.135/136).

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela procedência da ação (fls. 180/186).

É o relatório.

Prima facie, cumpre esclarecer que a afronta a dispositivos da Constituição Federal ou da Lei Orgânica do Município de Suzano não será aqui analisada, posto não ser suficiente a deflagrar o processo objetivo de controle de constitucionalidade, que deve ater-se ao ato normativo atacado e o parâmetro constitucional que, *in casu*, é estadual.

Portanto, eventual confronto direto da norma impugnada com a Constituição Federal será analisado dentro dos limites do artigo 144 da Constituição Bandeirante, que assim prevê: *"**Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."*

Superada esta questão, procede a ação.

Com efeito, cuida-se aqui de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 5.000, DE 14 DE JULHO DE 2016, do Município de Suzano, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a denominação de "Adosino Silveira Santos" a

Acesso ao Sumário

uma área pública localizada na Rua Miguel Lopes da Silva com a Rua Laércio Veloso da Cruz Gouveia, com Ivo Miguel da Silva, no Loteamento Vila Colorado e tem o seguinte texto:

> "Faz saber que a Câmara Municipal de Suzano aprova e ele promulga a seguinte Lei:
>
> **Art. 1º.** Passa a denominar-se 'Adosino Silveira Santos' a área livre pública localizada na Rua Miguel Lopes da Silva com a Rua Laércio Veloso da Cruz Gouveia, com Ivo Miguel da Silva, no loteamento Vila Colorado, no Município de Suzano, Estado de São Paulo, com a seguinte descrição:
>
> *'DESCRIÇÃO: Tem início num ponto localizado na Rua Miguel Lopes de Oliveira junto ao lote 08 da quadra 23 do loteamento Vila Colorado, daí segue pelo alinhamento desta rua por uma distância de 48,00m., daí deflete em curva à esquerda com desenvolvimento de 10,99m., com a Rua Laércio Veloso da Cruz Gouveia, daí segue por esta rua com uma distância de 45,93m., daí deflete em curva à esquerda com desenvolvimento de 10,99m., com a Rua Ivo Miguel da Silva, daí segue por esta rua por uma distância de 48,00m., até o alinhamento do lote 07 da quadra 23 do loteamento Vila Colorado, daí deflete à esquerda e segue por uma distância de 59,19m., confrontando com os lotes 07 e 08 da quadra 23 do loteamento Vila Colorado até o ponto inicial da presente descrição, perfazendo uma área total de 3.274,52 metros quadrados.'*
>
> **Art. 2º.** As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta de verbas próprias do orçamento vigente, suplementadas, se necessário.
>
> **Art. 3º.** Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.
>
> **Art. 4º.** Revogam-se as disposições em contrário.
>
> Sala da Presidência da Câmara Municipal de Suzano, em 14 de julho de 2016.".[1]

Anota-se, por primeiro, que a lei não padece da mácula de inconstitucionalidade por afronta ao artigo 25 da Carta Estadual.

É que esta Corte, por seu Colendo Órgão Especial firmou entendimento no sentido de que a promulgação de lei sem a especificação de dotação orçamentária ou indicação de sua fonte de custeio impede, quando muito, a exequibilidade dentro do mesmo exercício. Neste sentido, aliás, confira-se julgado da lavra do e. Desembargador Márcio Bartoli[2] que assim deixou assente:

> *"Tem-se, dessa forma, que, sobrevindo em determinado exercício orçamentário norma que, de forma genérica, tenha por consequência a assunção de gastos pela Administração Pública, esses gastos poderão ser absorvidos pelo orçamento de três maneiras: (I) através de sua*

Acesso ao Sumário

1 Fonte: (endereço eletrônico constante do texto original)

2 ADI 2090007-48.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, j. em 10/08/2016

inserção nos gastos já previstos, seja por meio da utilização de reserva orçamentária de determinada rubrica, seja pelo remanejamento de verbas previstas e não utilizadas; (II) pela complementação do orçamento aprovado com verbas adicionais, através de créditos suplementares àqueles devidamente autorizados, ou de créditos especiais ou extraordinários; ou, por fim, quando inviável essa complementação, (III) através de sua inserção no planejamento orçamentário do exercício subsequente.

Entende-se, desse modo, que a previsão de dotação orçamentária generalista não poderá se constituir em inafastável vício de constitucionalidade, vez que possíveis tanto o remanejamento orçamentário, quanto sua complementação com verbas adicionais para a acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a Administração preserve a integridade de suas finanças.

Neste sentido dispõe a própria Constituição do Estado, que veda, em seu artigo 176, ***o início*** *de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Ausente específica previsão orçamentária do gasto, e restando impossível a complementação do orçamento, deverá o dispêndio ser incluído já no orçamento subsequente.*

A impossibilidade de concretização da norma no orçamento vigente representaria, portanto, caso de mera inexequibilidade da norma, fundamento que, todavia, não se prestaria a torna-la inconstitucional. Neste sentido, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que afirma reiteradamente que a mera carência de dotação orçamentária específica não pode conduzir ao reconhecimento da existência de vício de constitucionalidade, importando, no máximo, a inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada. A este título, veja-se o voto do Ministro Nelson Jobim, relator da ADI 2.343:

'Observa-se que o conteúdo material da norma encerra uma proposição no tempo futuro a ser cumprida pelo Poder Executivo. O que a Lei de Diretrizes Orçamentárias gera ao disciplinar servirá de parâmetros, obedecendo os limites a ela impostos. Este Tribunal já se pronunciou no sentido de que a inexistência de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias torna inexequível, no exercício em que ela vige, as providências não autorizadas, mas não as invalida, nem as nulifica.' Esse precedente foi, por diversas vezes, reafirmado por aquela Corte, conforme se verifica do seguinte excerto, retirado de voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3.599: 'O tema é conhecido do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo. Na ADI 1292-MT, Rel. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 15.9.1995, sagrou-se o entendimento de que não se viabiliza controle abstrato de constitucionalidade quando

Acesso ao Sumário

se pretende confrontar norma que impõe despesa alusiva à vantagem funcional e ao art. 169 da Constituição, pois a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. Outros precedentes seguiram-se, todos no sentido do não conhecimento da ação direta quando fundada no argumento da ausência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (ADI 1585 DF, Rel. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 3.4.1998; ADI 2.339 SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343 SC, Rel. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003).' Inexiste, assim, na norma impugnada, desrespeito ao previsto no artigo 25 da Constituição do Estado.".

Igualmente não se diga que, em sendo de iniciativa parlamentar, há invasão da esfera de competência **privativa** do Chefe do Executivo. A lei guerreada trata de matéria que não consta do elenco do artigo 24, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, que assim dispõe:

"**Artigo 24** – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 2º – Compete, **exclusivamente**, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;

(**) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006

3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (NR)

5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

(**) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006

6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.".

Não obstante, de iniciativa parlamentar, a norma invade a esfera de

Acesso ao Sumário

competência exclusiva do Chefe do Executivo local, elencada no artigo 47, II e XIV da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da citada Carta, que assim dispõe:

> "**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;
>
> (...)
>
> XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;"

A atribuição de nomes aos bens, prédios, logradouros e vias, tema tratado na Lei nº 5.000/2016 do Município de Suzano, é ato de organização de sinalização municipal, de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo. No sentido de inconstitucionalidade por vício de iniciativa e afronta ao postulado da separação dos poderes, em questões idênticas, já se manifestou este Colendo Órgão Especial, cabendo trazer à colação julgado da lavra do e. Desembargador Walter de Almeida Guilherme, na ADIN 0048097-51.2011.8.26.0000, que deixou assente que:

> (...)
>
> Adoto, ainda, como razões de decidir, parte do parecer expendido pela Procuradoria Geral de Justiça:
>
> "A Câmara não pode arrogar a si a competência para autorizar a prática de atos concretos da administração. E a nomenclatura de logradouros e próprios públicos – que constitui atividade relacionada ao serviço público municipal de sinalização e identificação – enquadra-se exatamente nessa hipótese, resultando daí a conclusão de que a lei em epígrafe é manifestamente incompatível com o princípio da separação dos poderes.
>
> Em suma, a denominação de bens, prédios, logradouros e vias do patrimônio público é ato privativo da gestão administrativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Lei municipal de iniciativa parlamentar sobre o assunto usurpa a reserva da administração com ofensa ao princípio de separação dos poderes (art. 5º da Constituição Estadual).".

No mesmo sentido, outros julgados do Colendo Órgão Especial desta Corte, a saber: ADIn 0155919-65.2012.8.26.0000, Rel. DIMAS MASCARETTI; 2176309-51.2014.8.26.0000, Rel. EVARISTO DOS SANTOS; 2138349-90.2016.8.26.0000, Rel. MÁRCIO BARTOLI, entre outros.

Reconhecida, pois, indevida usurpação por um dos poderes, de atividade da esfera de competência reservada do outro, resta evidente a inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica da norma impugnada, que deve ser declarada por esta via.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.000, de 14 de julho de 2016, do Município de Suzano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2160708-34.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ÁGUAS DE LINDÓIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ÁGUAS DE LINDÓIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.254)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, 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 e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 7 de junho de 2017.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 1º DA LEI 2.325/98, DO MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA DE ÁGUAS DE LINDÓIA – INCORPORAÇÃO DE REMUNERAÇÃO E VANTAGENS DO CARGO DE DIRETOR APÓS CINCO (5) ANOS DE EXERCÍCIO, CONSECUTIVOS OU ALTERNADOS – INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, RAZOABILIDADE E INTERESSE PÚBLICO – CRITÉRIO DE INCORPORAÇÃO QUE, MESMO SENDO MAIS BENÉFICO

Acesso ao Sumário

QUE AQUELE PREVISTO AOS SERVIDORES ESTADUAIS (ART. 133 DA CE), NÃO SE MOSTRA DESPROPORCIONAL – PRECEDENTES – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pela Nobre Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, que pretende a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 2.325, de 31 de dezembro de 1998, do Município da Estância das Águas de Lindóia, que prevê a incorporação de vencimentos ou salários e das vantagens do cargo de Diretor após cinco anos de exercício, consecutivos ou alternados, mesmo que retorne ao cargo ou emprego público de origem.

Entende o autor que a possibilidade de incorporação de 2/10 ao ano dos vencimentos ou salários e das vantagens do cargo de Diretor (comissionado) contraria a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade administrativa e também a expressa disposição trazida no art. 133 da CE, que autoriza a incorporação de apenas 1/10 ao ano das diferenças salariais entre o cargo de que o servidor é titular e aquele exercido a título de confiança. Afirma que norma em debate viola os arts. 111, 128 e 133 da CE. Pede a suspensão *in limine* da eficácia do art. 1º da Lei Municipal 2.325/98 e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo.

A liminar foi indeferida pelo despacho de fls. 359/360.

A Procuradoria-Geral do Estado deixou de se manifestar, por estar em discussão matéria de interesse exclusivamente local (fls. 380/383).

O Presidente da Câmara não se manifestou (fl. 385).

O Prefeito Municipal de Águas de Lindóia, por sua vez, prestou informações às fls. 371/378, sustentando que o STF entende constitucional a incorporação. Argumenta, outrossim, que o Município possui autonomia constitucional para determinar a forma em que se dará tal incorporação no tocante aos seus servidores, restringindo-se o art. 133 da CE aos servidores estaduais. Por fim, aduz que a incorporação paulatina, à base de 20% ao ano (em lugar dos 10% aplicáveis ao funcionalismo do Estado), não viola a razoabilidade. Cita precedentes deste Órgão Especial e pugna pelo indeferimento do pedido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou sobre as informações prestadas, reiterando os argumentos trazidos na peça vestibular (fls. 387/391).

É o relatório.

A ação é improcedente.

O dispositivo impugnado apresenta a seguinte redação:

Acesso ao Sumário

"Artigo 1º – A todo funcionário ou servidor público municipal, ocupante de cargo ou emprego público, constante do Quadro Geral de Cargos e Empregos Públicos da Prefeitura Municipal e de suas Autarquias, que ocupe ou venha a ocupar cargo de Diretor, por mais de 05 (cinco) anos, consecutivos ou alternados, fica assegurado o direito de ter os vencimentos ou salários e as vantagens do cargo ocupado, mesmo que retorne ao seu cargo ou emprego público anterior."

Pois bem, ao contrário do que sustenta o autor, não se vislumbra inconstitucionalidade no referido dispositivo.

Com efeito o art. 133 da CE, por tratar exclusivamente dos servidores públicos do Estado, não é aplicável aos servidores dos Municípios.

Note-se que o art. 144 da CE ao mesmo tempo garante autonomia administrativa aos Municípios e determina que sejam observados os princípios trazidos nas Constituições Federal e Estadual.

Respeitado o posicionamento em sentido contrário, a regra prevista no art. 133 da CE possui conteúdo fechado e aplicação concreta, não se consubstanciando em princípio.

Observe-se que, *contrario sensu*, esta Corte tem entendido reiteradas vezes que servidores municipais não têm direito à incorporação de 1/10 ao ano, referida no art. 133 da CE (ou a outras vantagens previstas no texto constitucional aos servidores estaduais), se norma de mesmo teor não tiver sido promulgada em sede Municipal.

No tocante à violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade administrativa, contidos no art. 111 da CE, novamente não se vislumbra discrepância entre a norma em tela e a Constituição.

Seja porque autorizar o Município somente a reproduzir o percentual estabelecido para os servidores estaduais violaria a autonomia constitucionalmente reconhecida a este ente da Federação, seja porque, considerada a finalidade da norma que permite a incorporação (garantir a estabilidade financeira de servidor que venha a exercer cargo comissionado por período significativo), a previsão de incorporação de 20% ao ano pode ser admitida como proporcional: o período de cinco anos é significativo.

E mais, considerando ser legítima a expectativa do servidor público de preservar suas finanças após relevante período em que recebeu vencimentos maiores por serviços prestados de forma comissionada, também é cabível admitir que a incorporação em tela atende ao interesse público, eis que propicia melhor desempenho do servidor.

Demais de tudo isso, novamente com a vênia de quem pensa de forma diferente, se não se verifica evidente desvirtuamento das finalidades da norma legal, não pode o Judiciário desprezar a opção política feita pelo legislador

Acesso ao Sumário

municipal de garantir a incorporação de 2/10 ao ano.

Neste sentido já decidiu esta E. Corte:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 73, § 4º, da Lei Orgânica do Município de Santos, com a redação dada pela Emenda nº 29/1995. Servidores. Vencimentos. Exercício, a qualquer título, de cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior a do cargo de que seja titular. Incorporação, à proporção anual de um quinto, da respectiva diferença. Inconstitucionalidade da expressão 'a qualquer título', que viola a exigência de aprovação em concurso público (art. 115, II, da Constituição do Estado). Vantagem que deve ser limitada aos casos de exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. ***Alegação de ofensa ao princípio da razoabilidade. Não ocorrência. Critério de incorporação que, ainda que mais benéfico que o aplicável aos servidores do Estado (art. 133), não se mostra desproporcional. Precedentes deste Órgão Especial e do STF.*** *Ação julgada procedente em parte, apenas quanto à expressão 'a qualquer título'."* (ADI nº 2199841-54.2014.8.26.0000, Rel. Antonio Carlos Villen, j. em 10.06.2015) (grifei).

Por fim, é mister consignar que a incorporação à proporção de 2/10 anualmente já fora prevista para os servidores federais (Lei 8.112/90), vindo a ser revogada apenas pela Lei Federal 9.527/1997, sem que o C. STF tivesse, por qualquer forma, reconhecido a inconstitucionalidade desta norma.

Diante de todo o exposto, julga-se **IMPROCEDENTE** a ação, reconhecendo-se a constitucionalidade do art. 1º da Lei 2.325, de 31 de dezembro de 1998, do Município da Estância das Águas de Lindóia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2255544-96.2016.8.26.0000, 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 28.111)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANÇA

Acesso ao Sumário

CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão fundada na violação, pela norma legal, da Lei Orgânica Municipal, da Constituição Federal e da Constituição Estadual – Descabimento, pelos dois primeiros motivos – O parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal perante Tribunal de Justiça Estadual é a norma constitucional estadual, apenas – Pretensão conhecida e julgada apenas no respeitante às normas constitucionais estaduais, ditas contrariadas.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.749, de 17 de março de 2014, que "institui, no calendário oficial de eventos do Município de Suzano, a 'Semana Municipal de Educação Alimentar', a ser comemorada, anualmente, no mês de outubro, na semana que compreende o dia 16, e dá outras providências" – Lei que, ao instituir aludida semana, não trata de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não viola o princípio da separação de poderes (ao instituir a semana comemorativa), mas invade a esfera da gestão administrativa (art. 24, § 2º, CE), ao impor atribuições ao Poder Executivo – Lei ademais, que cria despesas para o erário local, sem que a norma preveja a respectiva fonte de custeio (art. 25 CE), a que refere genericamente.

Ação julgada procedente.

VOTO

O libelo inaugural veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.749, de 17 de março de 2014, que *"institui, no calendário oficial de eventos do Município de Suzano, a 'Semana Municipal de Educação Alimentar', a ser comemorada, anualmente, no mês de outubro, na semana que compreende o dia 16, e dá outras providências"* (fls. 2 e 19).

Acesso ao Sumário

Afirma o proponente: **a)** a lei impugnada, de origem parlamentar, é inconstitucional por violação ao princípio da legalidade, da independência dos poderes e autonomia municipal (arts. 5º, § 2º, 20, III, 21, 22 a 29, 47, II, 111, 144 CE; arts. 4º, I, 7º, III, 65, III, da LOM; arts. 29, 37, 51, IV, 52, XIII, 84, II e VI, "**a**", da CF); **b)** referida lei "trata de assunto de **natureza eminentemente administrativa** – **ato gerencial, ou seja, ato de gestão da coisa pública** –, institucionalmente afeto ao Poder Executivo", bem como "**cria obrigações** por parte do Poder Executivo, que somente ele, dentro de sua competência e discricionariedade, poderia dispor"; **c)** "a instituição de toda e qualquer ação governamental – **na forma de plano, projeto ou programa** –, envolvendo órgãos, servidores e especialmente **recursos financeiros**, constitui matéria de **cunho administrativo**, cujo enquadramento e executoriedade pressupõe observância às prioridades estabelecidas em consonância com os critérios de planejamento da Administração Pública"; **d)** a lei impugnada não estima os respectivos custos e nem especifica suas efetivas fontes de custeio (art. 25, *caput*, da CE; arts. 63 e 163, I, CF; art. 42, *caput*, da LOM; Lei Federal 4.320/1964; Lei Complementar Federal 101/2000, dentre outras).

Requer a concessão de liminar "com o escopo de evitar grave lesão à ordem jurídica e social" e "grande ônus para a Administração Pública local". Ao final, requer a procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da lei, "com efeitos *ex tunc*, *erga omnis* e vinculantes".

Indeferi o pedido de liminar (fls. 121/122).

A douta Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar por se tratar de matéria exclusivamente local (fls. 131/132).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 133/135), restritas ao processo legislativo da lei impugnada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 210/218).

É o relatório.

1. Como se observa do relatório, a propositura vem igualmente assentada em violar a lei questionada dispositivos da Lei Orgânica Municipal e da Constituição Federal.

Dispõe a Constituição deste Estado, em seu art. 74, competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente, dentre outras causas,

> "**VI** – a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, **contestados em face desta Constituição**, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição".

Como está expresso nas normas constitucionais regentes da espécie (artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI, da Constituição do Estado

Acesso ao Sumário

de São Paulo), e é sabido, o controle concentrado de constitucionalidade do ato normativo estadual ou municipal a cargo desta Corte, somente pode se dar em face da Constituição do Estado, o que exclui a impugnação por descumprimento ou violação da Lei Orgânica Municipal.

Não obstante, é admissível esse controle com suporte em cláusula de caráter remissivo que, inscrita na Constituição Estadual, remete às regras normativas da Carta Maior.

De acordo com o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, no entanto,

> "Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria CF, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da CF, 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 CF, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo" (Rcl 10.500-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 18-10-2010, DJE de 26-10-2010)".

No mesmo sentido:

> "CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS OU MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA SUPREMA CORTE (CRFB/88, ART. 102, I, ALÍNEA A). NÃO OCORRÊNCIA. FISCALIZAÇÃO REALIZADA TOMANDO COMO PARADIGMA DE CONFRONTO NORMA ENCARTADA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE REPRODUZ NORMA FEDERAL DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO" (Rcl 17340/SP, Relator Min. LUIZ FUX, j. 12.09.2014).

Em suma, a demanda é examinada somente no que respeita às alegações de ofensa a normas da Constituição Estadual, malgrado igualmente remissivas de outras, da Constituição Federal, descartada a alegação de ofensa a regras infraconstitucionais.

Acesso ao Sumário

2. A **Lei nº 4.749, de 17 de março de 2014**, que *"institui, no calendário oficial de eventos do Município de Suzano, a 'Semana Municipal de Educação Alimentar', a ser comemorada, anualmente, no mês de outubro, na semana que compreende o dia 16, e dá outras providências"* (fls. 19), estabelece:

> *"**Art.1º.** Fica instituída, no calendário oficial de eventos do Município de Suzano, a 'Semana Municipal de Educação Alimentar', a ser comemorada anualmente no mês de outubro na semana que compreende o dia 16.*
>
> *"**Art. 2º.** A 'Semana Municipal de Educação Alimentar' passa a integrar o calendário oficial de eventos culturais do Município de Suzano, direcionado a orientar os profissionais da área de Saúde e Educação.*
>
> *"**Art. 3º.** No transcurso da 'Semana Municipal de Educação Alimentar', deverá ser dada a ampla divulgação sobre o respectivo assunto desenvolvendo atividades alusivas ao tema, com orientações para uma alimentação segura e de qualidade.*
>
> *"**Art. 4º.** As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de verbas próprias do orçamento vigente, suplementadas, se necessário.*
>
> *"**Art. 5º.** Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.*
>
> *"**Art. 6º.** Revogam-se as disposições em contrário."*

3. Ensina HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 17ª edição/2014), a propósito, que:

> *"Leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental"* (p. 633).

4. O rol das matérias reservadas à iniciativa exclusiva do Poder Executivo deve ser interpretado restritiva ou estritamente.

Acesso ao Sumário

No ponto (isolado) em que institui, no calendário oficial de eventos do Município, a "Semana Municipal de Educação Alimentar", o diploma em apreço não trata de quaisquer das matérias cuja iniciativa legislativa esteja reservada pela Constituição Estadual ao Chefe do Poder Executivo. Sob esse aspecto, a iniciativa da Casa Legislativa é concorrente com a do Prefeito Municipal, de tal arte que o pedido não pode ser acolhido com esse fundamento. Entender de modo diverso, resultaria restringir a iniciativa legislativa ao desabrido do *numerus clausus* da cláusula constitucional em apreço, e assim implicaria coartar de todo o exercício do Poder Legislativo.

De fato, são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, segundo dispõe taxativamente o art. 24, § 2º, da Constituição Estadual (que se amolda ao artigo 61, § 1º, da Constituição Federal, aplicáveis aos municípios por força do art. 144 da CE):

> *"1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;*
>
> *"2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX;*
>
> *"3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;*
>
> *"4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;*
>
> *"5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;*
>
> *"6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos".*

Considerado apenas esse aspecto, portanto, a lei aqui atacada não tratou de nenhuma dessas matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não violou o princípio da separação de poderes. Todavia, em outro ponto, como dito adiante, invadiu a esfera da gestão administrativa.

5. A lei em questão *"institui, no calendário oficial de eventos do Município de Suzano, a 'Semana Municipal de Educação Alimentar', a ser comemorada, anualmente, no mês de outubro, na semana que compreende o dia 16, e dá outras providências"*.

O Calendário Oficial de um Município, porque oficial, deve ser observado pelos diversos órgãos de poder da localidade, não distinguindo, portanto, os do Poder Executivo, encarregado de cumprir e fazer cumprir as leis postas em vigor.

Acesso ao Sumário

Se assim é e deve ser, cabe também ao Poder Executivo – quando não apenas a esse Poder – cumprir e fazer cumprir o enunciado do art. 2º, segundo o qual, *"A 'Semana Municipal de Educação Alimentar' passa a integrar o calendário oficial de eventos culturais do Município de Suzano, direcionado a orientar os profissionais da área de Saúde e Educação"*, assim como do art. 3º, segundo o qual, *"No transcurso da 'Semana Municipal de Educação Alimentar', deverá ser dada a ampla divulgação sobre o respectivo assunto desenvolvendo atividades alusivas ao tema, com orientações para uma alimentação segura e de qualidade"*.

A conclusão, por conseguinte, não é outra senão a de que a lei questionada realmente cria obrigações e tarefas para os órgãos do Poder Executivo, porquanto a divulgação, assim como as 'atividades alusivas ao tema' e as orientações determinadas e dirigidas **aos profissionais de Saúde e Educação** por certo que dizem respeito ao serviço público municipal a cargo do Poder Executivo. São ações que não podem ser levadas a cabo senão com a prática de atos concretos. Isso, aliás, tem custo, criando despesas para o erário local, sem que a norma preveja a respectiva fonte de custeio, a que refere genericamente apenas (art. 25 CE).

Nesses aspectos, portanto, prospera o argumento de a lei invadir o âmbito da iniciativa legislativa do Prefeito Municipal e, igualmente, a alegação de promover a criação de despesa sem a correspondente indicação da fonte de custeio.

Neste sentido decidiu este Órgão Especial:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.032, de 10 de novembro de 2016, do Município de Suzano, que "dispõe sobre a 'Semana da Saúde Masculina' no Município de Suzano, e dá outras providências" – Norma, de autoria parlamentar, que não versa apenas sobre instituição de data comemorativa, mas envolve também atos de gestão administrativa – Vício de iniciativa – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente.*" (ADI 2017012-03.2017.8.26.0000, Relator Desembargador RICARDO ANAFE, j. 07.06.2017).

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.918, de 24 de maio de 2016, do Município de Mirassol, que 'cria no calendário Oficial do Município de Mirassol o Dia da Proclamação do Evangelho' – Lei que, ao criar aludido dia, não trata de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não viola o princípio da separação de poderes (ao criar dia comemorativo), mas*

Acesso ao Sumário

invade a esfera da gestão administrativa (art. 24, § 2º, CE), ao impor atribuições ao Poder Executivo – Lei, ademais, que incide na violação dessa norma ao incluir o mesmo dia no 'Calendário Oficial de Eventos do Município', e assim, igualmente, contraria o princípio da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, ao impor a todos se proceda a 'ampla divulgação à proclamação do evangelho' (art. 5º, VI, da CF), e a vedação de o Município subvencionar cultos religiosos ou igrejas, e de 'criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si' (art. 19, I e II), neste passo por distinguir as igrejas cristãs das demais, não cristãs." (ADI 2120684-61.2016.8.26.0000, Relator o subscritor, j. 15.02.2017).

Em semelhante sentido decidiu este mesmo Órgão Especial, com expressiva maioria, relativamente a duas outras leis do mesmo município, criando respectivamente o dia das mães e o dia dos pais nas escolas (ADI nº 2258156-07.2016.8.26.0000, Relator Desembargador SALLES ROSSI, j. 03.05.2017, e ADI 2258174-28.2016.8.26.0000, Relator designado Desembargador SALLES ROSSI, j. 17.05.2017).

Ademais, a lei impugnada cria despesas para o erário local, sem que a norma preveja a respectiva fonte de custeio (art. 25 CE), ao dispor que *"as despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de verbas próprias do orçamento vigente, suplementadas, se necessário"*.

Nesses aspectos, portanto, procede por inteiro o argumento de a lei invadir o âmbito da iniciativa legislativa do Prefeito Municipal e, igualmente, a alegação de prover a criação de despesa sem a correspondente indicação da fonte de custeio.

6. Ante o exposto, julgo procedente a ação.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251972-35.2016.8.26.0000, 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 29.099 (OE))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

Acesso ao Sumário

DIMAS MASCARETTI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 5.006, de 22 de julho de 2016, de iniciativa parlamentar, que autoriza o Poder Executivo de Suzano "a firmar convênio com a Associação Atlética Recreativa Esporte Clube Urupês para fins de fomento às atividades esportivas em consonância com a emenda impositiva nº 23/2016". Vício de iniciativa. Norma que invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo no exercício da direção da administração pública municipal. Criação de obrigações ao Poder Executivo. Norma autorizativa que não encontra guarida no ordenamento jurídico. Afronta aos artigos 5º, 47, inciso II, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente, declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.066, de 22 de julho de 2016, de Suzano, com determinação.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Suzano, visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.006, de 22 de julho de 2016, de iniciativa parlamentar, que autoriza o Poder Executivo Municipal ***"a firmar convênio com a Associação Atlética Recreativa Esporte Clube Urupês para fins de fomento às atividades esportivas em consonância com a emenda impositiva nº 23/2015"***.

Aduz o autor afronta aos princípios da independência dos poderes e da reserva da Administração, com o estabelecimento de obrigações à Administração Pública, além da criação de despesas sem a respectiva fonte de custeio, tudo isso a violar a competência legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo local,

bem como o processo legislativo da Lei Orçamentária Anual. Indica infringência pelo órgão legislativo aos artigos 5º, 20, inciso III, 21 a 29, 47, inciso II, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo, bem como aos artigos 1º, 37, 51, inciso IV, 52, inciso XIII, 59 a 69, 84, inciso VI, alínea "a", e 166, § 9º, da Constituição Federal.

A liminar foi deferida para suspensão dos efeitos da norma atacada (fls. 126/127).

O Procurador Geral do Estado manifestou ausência de interesse para defesa do ato impugnado, que trata ***"de matéria exclusivamente local"*** (fls. 137/140).

O Presidente da Câmara Municipal de Suzano, em sua manifestação, informou que a Lei Municipal nº 5.006/2016 se originou do Projeto de Lei nº 56/2016, de iniciativa do Vereador Walmir Pinto, o qual foi aprovado com dezenove votos favoráveis. Ato contínuo, o Prefeito Municipal emitiu o Veto Total nº 039/2016, que foi rejeitado pela Edilidade, com promulgação da norma combatida (fls. 142/185).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer, opinando pela procedência do pedido (fls. 187/193).

É o relatório.

A presente ação tem por objetivo a retirada do ordenamento jurídico da Lei Municipal nº 5.006, de 22 de julho de 2016, pela qual ***"Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a firmar convênio com a Associação Atlética Recreativa Esporte Clube Urupês para fins de fomento às atividades esportivas em consonância com a emenda impositiva nº 23/2015"***, nos seguintes termos:

> ***"Art. 1º. Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a firmar convênio com a Associação Atlética Recreativa Esporte Clube Urupês para fins de fomento às atividades esportivas em consonância com a emenda impositiva nº 23/2015.***
>
> ***Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação"***

Primeiramente, importante destacar que a análise de vício formal e material de norma municipal, decorrente de eventual extrapolação da iniciativa legislativa, com invasão das atribuições dos poderes institucionais, se dá diretamente em face das disposições da Constituição Estadual, que delimita as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, Estaduais e Municipais, em inúmeros de seus dispositivos, entre os quais, os artigos 5º, 19, 20, 24 e 47.

No mais, a vinculação dos Municípios às competências legislativas definidas na Constituição Federal (arts. 22 a 24) encontra igual amparo na Constituição Bandeirante, cujo artigo 144 estabelece que os entes municipais ***"se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos***

Acesso ao Sumário

na Constituição Federal e nesta Constituição". Semelhante previsão encontra-se presente no artigo 29, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial do Órgão Especial desta Corte de Justiça, a saber:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Legitimidade passiva da Câmara Municipal – Entidade que participou do processo legislativo, devendo prestar informações, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.868/99 – Pedido juridicamente possível, pois é admissível o controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal em face de dispositivo da Constituição Estadual de reprodução obrigatória em relação à Constituição Federal – Preliminares afastadas – Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 7º e de parte do artigo 9º, caput, da Lei nº 2.346/2015, do Município de Barrinha – Dispositivos que subordinam atos de planejamento, gestão e delegação relacionados ao setor de saneamento básico à autorização legislativa – Inadmissibilidade – Desrespeito aos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a', da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente". (***ADI nº 2172720-17.2015.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Desembargador Relator Moacir Peres, j. 19/12/2015).

De igual modo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> ***"DIREITO CONSTITUCIONAL, DO CONSUMIDOR E CIVIL. CONTRATO DE CONSUMO. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO. ESTIPULAÇÃO DE MULTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POR ALEGADA AFRONTA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INEXISTENTE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 11.4.2014. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. O controle abstrato de constitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais em face da Constituição Estadual compete aos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, § 2º, da Lei Fundamental), incluídos os dispositivos de reprodução compulsória da Constituição da República. Aos Estados é vedado, a pretexto de veicularem norma em defesa do consumidor, legislar sobre direito civil, notadamente***

Acesso ao Sumário

sobre relações contratuais. Precedentes. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido". (AG REG no RE nº 877596 – Rio de Janeiro, STF, 1ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, j. 09/06/2015).

Assim, o julgamento da presente demanda se dará em relação às disposições da Constituição do Estado de São Paulo, bem como as da Constituição Federal, estas últimas de reprodução obrigatória no texto constitucional estadual.

A ação é procedente.

A lei atacada, ao autorizar o Poder Executivo do Município de Suzano, a celebrar convênio com associação civil, para fomento de atividades esportivas, adentrou, indevidamente, na gestão e organização da Administração Pública local. Há, portanto, clara, ofensa ao princípio da separação dos poderes, esculpido no artigo 2º da Constituição Federal, e no artigo 5º, da Constituição do Estado de São Paulo.

É indiscutível, portanto, a ingerência sobre a esfera de atuação do Chefe do Poder Executivo na condução dos atos próprios da administração pública do Município de Suzano, em clara invasão de sua competência privativa de ***"exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual"*** (artigo 47, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo).

Essa regra de competência, constante da Constituição Estadual, é aplicável, igualmente, aos entes municipais, a teor de seu artigo 144, segundo o qual, ***"os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição"***.

Nas palavras do jurista José Afonso da Silva, ***"o governo municipal é, como todos sabem, constituído só de Poder Executivo, exercido pelo Prefeito, e de Poder Legislativo, exercido pela Câmara Municipal. (...) Aos Municípios, pois, só foram atribuídas duas funções governamentais básicas: a função legislativa e a função executiva, no que tange à matéria de sua competência. Legislação e Administração constituem as funções fundamentais que integram a competência municipal. A primeira exercida pela Câmara Municipal, composta de Vereadores representantes dos munícipes; a segunda compreende as atribuições do Prefeito"***[1].

Ademais, a delegação de atribuições, de um Poder para outro, é vedada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição Estadual, o que ressalta a absoluta impropriedade da norma atacada. Nem se diga que o Poder Executivo necessita de autorização, por parte do Parlamento local, para praticar atos de sua competência.

A norma impugnada, desse modo, afronta os artigos 5º, 47, inciso II, e

Acesso ao Sumário

1 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 646.

144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Em casos semelhantes ao presente, este Colendo Órgão Especial decidiu, *mutatis mutandis*, pela declaração da inconstitucionalidade de leis municipais que autorizam a celebração de convênios pelo Poder Executivo local, a saber:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.004/16 do Município de Suzano – Legislação que autoriza a formalização de convênio com associação civil, para fins de fomento – Desrespeito aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 25 e 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Ademais, a lei criou despesas públicas, sem indicar os recursos para a sua execução – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente".*** (ADI nº 2251937-75.2016.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Moacir Peres, j. 26/04/2017).
>
> ***"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 5.005, de 22 de julho de 2016, que autoriza o Poder Executivo local a firmar convênio com a Associação Paulista de Educação, Cultura e Cidadania. Lei autorizativa ou de delegação que não encontra sentido no ordenamento jurídico, vez que o Prefeito não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva ou mesmo concorrente competência. Violação flagrante à separação de Poderes (art. 5º, CE). Inconstitucionalidade declarada neste ponto. Por conseguinte, com a retirada da norma do ordenamento, desnecessária a análise da alegação subsidiária de inconstitucionalidade por falta de previsão orçamentária. Doutrina e jurisprudência (do STF e deste Órgão Especial). AÇÃO PROCEDENTE".*** (ADI nº 2251953-29.2016.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Beretta da Silveira, j. 05/04/2017).
>
> ***"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 3.919, de 24 de maio de 2016, do Município de Mirassol, de iniciativa parlamentar, que 'autoriza o Poder Executivo a celebrar convênio ou comodato com entidades de Proteção aos Animais do Município de Mirassol'. Matéria Administrativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Afronta ao princípio da separação de poderes. Ação Direta de Inconstitucionalidade procedente".*** (ADI nº 2120671-62.2016.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador França Carvalho, j. 26/10/2016).

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.006, de 22 de julho de 2016, de Suzano. Oficie-se à Câmara Municipal local para as providências cabíveis, tudo nos termos do v. acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205446-10.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FUPESP, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUZANÁPOLIS e MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SUZANÁPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.346)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 120, parte final do § 1º, da LC nº 02/93, com a nova redação dada pela LC nº 058/11 do Município de Suzanápolis. Regra assegurando o licenciamento de 02 servidores eleitos para cargos de Direção ou representação por entidade e restringindo a apenas 01 deles o afastamento sem prejuízo de remuneração. Restrição indevida a liberdade sindical. Criação de obstáculo à permanência de líderes democraticamente eleitos em cargos de direção ou representação de entidade de classe. Ausência de interesse local apto a justificar a norma restritiva. Violação à garantia prevista no art. 125, § 1º, da Constituição do Estado

Acesso ao Sumário

de São Paulo. Inconstitucionalidade reconhecida. Precedentes deste Eg. Órgão Especial.

Ação procedente.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado – FUPESP tendo por objeto a **parte final do § 1º do art. 120, da Lei Complementar nº 02, de 05.02.93**, com a nova redação dada pela **Lei Complementar nº 058, de 08.09.11**, ao determinar que no licenciamento de servidores eleitos para cargos de Direção ou representação nas entidades sindicais, *"... a um (01) haverá prejuízo de remuneração salvo no caso do Presidente sindical que receberá o equivalente a sua remuneração base, acrescido das progressões horizontais pertinentes."*

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade da norma em questão por afronta ao art. 125, § 1º da CE. Inequívoca a interferência na organização sindical. Norma em questão extrapolou os limites de competência sobre assuntos de interesse da categoria. Mencionou jurisprudência. Daí a inconstitucionalidade (fls. 01/10).

Em função do impedimento ocasional deste Relator, o **Exmo. Des. Silveira Paulilo** determinou o processamento (fls. 75). Declinou de sua intervenção o d. Procurador-Geral do Estado (fls. 89/90). Vieram informações (fls. 96) com documentos (fls. 99/100).

Manifestou-se a Douta Procuradoria (fls. 103/116).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo – FUPESP, tendo por objeto a **parte final do § 1º do art. 120 da Lei Complementar nº 02, de 05.02.93, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 058, de 08.09.11**, do município de Suzanápolis, assegurando o licenciamento de no máximo 02 servidores eleitos a mandato classista por entidade, sendo que, a 01 deles, com prejuízo de remuneração.

Com o seguinte teor a norma impugnada:

"Art. 120 – É assegurado ao servidor estável, eleito a mandato eletivo classista, o direito à licença para o desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe de âmbito nacional ou sindical representativo da categoria ou entidade fiscalizadora da profissão."

"§ 1º – Somente poderão ser licenciados os servidores eleitos para

Acesso ao Sumário

*cargos de Direção ou representação nas referidas entidades, em até o máximo de 02 (dois) por entidade, sendo que, **a um (01) haverá prejuízo de remuneração, salvo no caso de Presidente sindical que receberá o equivalente a sua remuneração base, acrescido de progressões horizontais pertinentes.**"* (grifei – fls. 99).

Impõe-se reconhecer a alegada **inconstitucionalidade**.

Norma local (art. 120, § 1º da Lei Complementar nº 02, de 05.02.93, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 58, de 08.09.11) **restringindo** o afastamento apenas de 01 servidor eleito para desempenho de mandato classista, **sem prejuízo de sua remuneração e vantagens**, padece de evidente **inconstitucionalidade** diante do disposto na **Constituição Estadual**.

Inequívoca a competência conferida pela **Constituição Federal** aos Municípios para legislar sobre seus servidores (*"Art. 39 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes."*).

No mesmo sentido dispõe a **Constituição Estadual** (*"Art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organização por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."*).

Segundo **HELY LOPES MEIRELLES**:

*"... o Município goza de **total liberdade na organização do seu pessoal** para o melhor atendimento dos serviços de sua competência. Entretanto, há duas regras fundamentais que não pode preterir: a que exige que a organização se faça **por lei** e a que impõe a **observância dos preceitos constitucionais federais pertinentes aos servidores públicos e das leis federais de caráter nacional**. Atendidas essas duas regras, a seguir examinadas, ao Município compete criar, alterar e extinguir os cargos necessários à execução dos seus serviços, indicando quais os isolados e os de carreira, quais os de provimento efetivo ou em comissão, quais os requisitos exigidos para o provimento, bem como elaborar o regime jurídico dos seus servidores, tendo em vista, sempre, as peculiaridades, os interesses e as disponibilidades locais."* (grifei – "Direito Municipal Brasileiro" – Ed. Malheiros – 17ª ed. – p. 622).

A **autonomia** conferida aos Municípios deve necessariamente subordinação às normas constitucionais federais e estaduais quanto à organização de sua estrutura funcional.

Por seu turno, a **liberdade sindical** é direito garantido ao servidor público **pelo art. 125, § 1º, da Constituição Estadual** *("Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-*

Acesso ao Sumário

se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei." – grifei).

É certo que tal direito admite **regulamentação** por **lei municipal**, conforme o entendimento deste **Eg. Órgão Especial**:

> *"Ora, uma vez admitida a necessidade de regulamentação da garantia estabelecida pelo art. 125, § 1º, cuja parte final remete aos 'termos da lei', é forçoso concluir que a definição dos contornos precisos dessa garantia é prerrogativa do Município, no uso da autonomia administrativa que a Constituição do Estado lhe assegura, em seu art. 144."* (ADIn nº 2.067.100-50.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.03.15 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS VILLEN**)

Porém, a legislação local ao **restringir** o afastamento **apenas** de 01 servidor eleito para desempenho de mandato classista, **sem prejuízo de sua remuneração e vantagens**, **impôs restrições** inviabilizando o pleno exercício da liberdade de organização sindical e, consequentemente, **não** encontra respaldo na **Constituição Estadual**.

Não há nos autos qualquer elemento capaz de demonstrar **interesse específico** do Município de Suzanápolis na criação da norma restritiva de direito assegurado constitucionalmente ao servidor.

A regra afeta **negativamente** o exercício da liberdade sindical ao criar **obstáculo** à permanência de líderes sindicais **democraticamente eleitos** nos cargos de direção ou representação.

Indevida, pois, a interferência provocada pela lei local no **sistema eletivo** das entidades representativas de classe.

Assim já se decidiu neste **Colendo Órgão Especial**:

> *"Incidente de inconstitucionalidade. Município de Ilha Solteira. Artigo 120 da Lei Complementar 01/1993: assegura ao servidor o direito à licença para o desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe de âmbito nacional ou sindical representativo da categoria ou entidade fiscalizadora da profissão, sem remuneração. Inconstitucionalidade da expressão 'sem remuneração', por incompatibilidade com o parágrafo 1º do artigo 125 da Constituição do Estado de São Paulo. Entendimento no E. Supremo Tribunal Federal e no C. Órgão Especial. Incidente de inconstitucionalidade parcialmente acolhido."* (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0.053.559-13.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 14.12.16 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**).

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Município de São João do Iracema – art.177 §§ 1º e 2º da Lei Municipal nº 195/99 com as alterações introduzidas pela Lei Municipal nº 601/13*

Acesso ao Sumário

que disciplinou, no âmbito da Administração Municipal, a licença do servidor público eleito para desempenho de mandato classista – Violação ao princípio da liberdade sindical e à garantia de manutenção da remuneração do servidor afastado para ocupar cargo em sindicato classista – Infringência aos arts. 125, § 1º, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo - Inconstitucionalidade decretada." (ADIn nº 0.193.184-67.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 02.04.14 – Rel. Des. **SAMUEL JÚNIOR**).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Parágrafos 1º e 2º do artigo 132 da Lei Complementar nº 167, de 13 de dezembro de 2005, do Município de Ferraz de Vasconcelos, que disciplinou a licença do servidor público municipal eleito para o exercício de mandato classista – Autonomia legislativa e auto-organização que devem ser exercidas pelo ente público local em consonância com as regras e princípios das Leis Maiores, na forma dos arts. 29 da CF e 144 da CE – Comando legal questionado que, conquanto discipline questão atinente a direitos e deveres dos servidores municipais, matéria administrativa de interesse local, deixou de observar o preceito do art. 125, § 1º, da Constituição Estadual – Disposição constitucional estadual que impõe o afastamento do servidor eleito para cargo em sindicato com a manutenção de seus vencimentos e vantagens – Inobservância dessa regra matriz, erigida à condição de princípio constitucional, por versar acerca de direitos fundamentais e sociais, que acabou por implicar na alardeada inconstitucionalidade das disposições legais municipais impugnadas nos autos – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente." (ADIn nº 0.187.541-31.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.14 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Trata-se de ação ajuizada pela Federação dos Funcionários Públicos do Estado de São Pauto em face da Lei Orgânica do Município de Pindorama que, ao contrário do disposto no artigo 125, § 1º, da Constituição do Estado, não assegura, sempre, afastamento remunerado de servidores públicos para mandato em sindicato da categoria – Impende o reconhecimento do direito do servidor público eleito de ser afastado, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens, nesta hipótese – Princípio da Simetria Estrutural – Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus – Ação procedente." (ADIn nº 0.070.867-67.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 21.08.13 – Rel. Des. **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 151 e parágrafos 1º, 2º e 4º, da Lei Complementar n. 01, de 1º de abril de 1993, do Município de Itatinga, alterada pela Lei Complementar n. 112, de 19 de agosto de

Acesso ao Sumário

2009. Servidor Público Municipal – Disposições que ***restringem o direito ao afastamento para exercício de mandato de representação sindical/classista****. Violação à garantia prevista no § 1º, do art. 125 da Constituição do Estado. Regra de observância obrigatória. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Ação Procedente."* (grifei – ADIn nº 0.235.220-95.2011.8.26.0000 – v.u. j. de 25.04.12 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**).

Assim, mantendo-se o entendimento adotado nos precedentes mencionados, de rigor ter a expressão *"**a um (01) haverá prejuízo de remuneração, salvo no caso de Presidente sindical que receberá o equivalente a sua remuneração base, acrescido das progressões horizontais pertinentes.**"* do **§ 1º do art. 120**, da **LC nº 02/93, com a nova redação dada pela LC nº 058/11** como **ingerência indevida** da norma local no exercício da atividade sindical pelo servidor público.

Há, portanto, afronta ao **art. 125, § 1º, da Constituição Estadual**.

Pela natureza da regra, prescinde-se de modulação.

3. Julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2259029-07.2016.8.26.0000, 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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 106, de 15 de julho de 2016, do Município de Teodoro Sampaio, que revoga o artigo 17, da Lei Complementar nº 86, de 20 de novembro de 2013, o qual instituía a incorporação da gratificação do Controlador Geral do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Matéria inserida na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, e 144, da Constituição Estadual.

Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Teodoro Sampaio visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal Complementar nº 106, de 15 de julho de 2016, que "revoga o artigo 17, da Lei Complementar Municipal nº 086/2013" que, por sua vez, institui no âmbito do Poder Executivo Municipal, o Sistema de Controle Interno e dá outras providências, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, "4", 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que a norma combatida padece de vício de iniciativa, pois a competência para praticar atos de administração é do Chefe do Executivo, bem assim para legislar sobre cargos, funções e empregos públicos na administração direta e indireta e sua remuneração; criação e extinção de órgãos na administração pública e regime jurídico dos servidores públicos. Acrescenta que a norma guerreada afronta o princípio da separação dos Poderes, na medida em que interfere em atividade concreta do Poder Executivo. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 106, de 15 de julho de 2016, do Município de Teodoro Sampaio.

A liminar foi deferida (fl. 99/106).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 117/118).

O Presidente da Câmara Municipal de Teodoro Sampaio, notificado, não prestou informações (fl. 119).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 121/130, opinou pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 106, de 15 de julho de 2016, do Município de Teodoro

Acesso ao Sumário

Sampaio.

2. É o relatório.

A Lei Municipal Complementar nº 106, de 15 de julho de 2016, do Município de Teodoro Sampaio, tem a seguinte redação:

"Artigo 1º – Fica revogado o artigo 17, da Lei Complementar nº 086/2013.

Artigo 2º – Esta Lei entrará em vigor a partir da data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Por sua vez, dispõe a Lei Municipal Complementar nº 86, de 20 de novembro de 2013:

"Art. 1º – Fica instituído, no âmbito do Poder Executivo, o Sistema de Controle Interno, nos termos do que dispõe os artigos 70 e 74 da Constituição Federal e o art. 59 da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Art. 2º – A fiscalização do Poder Executivo será exercida pelo Sistema de Controle Interno, que compreende o conjunto de atividades relacionadas com o acompanhamento e avaliação das ações do Poder Executivo Municipal, dos atos dos responsáveis pela aplicação dos recursos alocados por meio do repasse constitucional, com atuação prévia, concomitante e posterior aos atos administrativos, tendo, dentre outras, as seguintes atribuições:

(...)

Art. 3º – Fica criada a Unidade de Controle Interno – UCI, subordinada diretamente ao Prefeito Municipal, como órgão de assessoria e consulta direta, a qual compete a organização dos serviços de controle interno e a fiscalização do cumprimento das atribuições do Sistema de Controle previstos no art. 2º desta Lei.

Art. 4º – O Controle Interno será realizado nas seguintes modalidades:

(...)

Art. 5º – A UCI será coordenada por um Controlador Geral que se manifestará através de relatórios, auditorias, inspeções, pareceres e outros pronunciamentos voltados a identificar e sanar as possíveis irregularidades.

Art. 6º – O Controlador Geral será nomeado por Portaria em até 30 dias do início de cada mandato e terá mandato equivalente ao período do mesmo, somente podendo ser destituído por falta grave, improbidade ou por solicitação formal para o desligamento da função.

Art. 7º – O Controlador Geral deverá em cumprimento ao disposto no parágrafo único do artigo 54 da Lei Complementar nº 101/2000, assinar o Relatório de Gestão Fiscal, em conjunto com as autoridades responsáveis.

Art. 8º – No desempenho de suas atribuições constitucionais e as previstas

Acesso ao Sumário

nesta Lei, o Controlador Geral poderá emitir instruções normativas, de observância obrigatória no âmbito do Poder Executivo, com a finalidade de estabelecer a padronização sobre a forma de controle interno e esclarecer as dúvidas existentes.

Art. 9º – As instruções normativas deverão ser publicadas em conformidade com a publicação dos demais atos administrativos, encaminhando-se cópia para todos os setores que lhe estejam submetidas para que dela tomem ciência.

Art. 10 – Para assegurar a eficácia do controle interno, a UCI efetuará ainda a fiscalização dos atos e contratos da Administração de que resultem receita ou despesa, mediante técnicas estabelecidas pelas normas e procedimentos de auditoria.

Art. 11 – Verificada a ocorrência de alguma irregularidade ou da ilegalidade, o Controlador Geral dará ciência de imediato ao Prefeito, através de relatório circunstanciado, indicando as providências que poderão ser adotadas para:

(...)

Art. 12 – No apoio ao Controle Externo, a UCI deverá exercer, dentre outras, as seguintes atividades:

(...)

Art. 13 – O Controlador Geral deverá encaminhar a cada 4 (quatro) meses Relatório Geral de Atividades ao Prefeito.

Art. 14 – Fica criada a Função Gratificada de Controlador Geral.

(...)

§ 3º – Ao Controlador Geral será concedido um adicional de remuneração equivalente a 50% (cinquenta por cento) de seus vencimentos.

Art. 15 – O Controlador Geral poderá, nos termos da legislação vigente, solicitar a contratação de especialistas para apoio e assessoramento, notadamente no que tange à tecnologia da informação, engenharia e arquitetura, gestão administrativa, administração financeira de recursos humanos, gestão de processos de trabalho, métodos de mensuração, entre outras especializações técnicas.

Art. 16 – Constitui-se em garantias do ocupante da função de Controlador Geral:

(...)

Art. 17 – Ao Controlador Geral que cumprir integralmente respectivo mandato, é assegurada a incorporação da gratificação prevista no § 3º do art. 14.

Art. 18 – As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações próprias do orçamento vigente sendo suplementadas se necessário.

Art. 19 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas

Acesso ao Sumário

as disposições em contrário."

Com efeito, a lei impugnada transborda o poder do Legislativo, pois revela verdadeira ingerência no Executivo Municipal, com interferência em área exclusiva da Administração, privativa do Executivo inclusive quanto à iniciativa do projeto de lei.

Sobre o processo legislativo, destaca-se trecho da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*: **"... as regras de fixação de competência para a iniciativa do processo legislativo têm como corolário o princípio da separação dos poderes, que nada mais é do que o mecanismo jurídico que serve à organização do Estado, definindo órgãos, estabelecendo competências e marcando relações recíprocas entre esses mesmos órgãos"** (Cf. "Do Processo Legislativo", Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ed. Saraiva, p. 111/112).

Ora, a lei municipal impugnada, ao revogar o artigo 17, da Lei Complementar nº 86/2013, suprimiu o direito à incorporação da gratificação ao qual fazia jus o Controlador Geral, tratando, pois, de matéria relativa à remuneração e regime jurídico do funcionalismo público, cuja iniciativa é reservada do Chefe do Poder Executivo (Cf. artigo 24, § 2º, n. 1 e 4, da Constituição Bandeirante).

O Poder Legislativo Municipal é o que elabora, modifica, altera e emenda as leis, em caráter geral, abstrato e impessoal, que regula o comportamento dos munícipes. A Câmara do Município não administra, mas apenas fixa regras de administração, reguladoras da atuação administrativa do Prefeito. Por isso, por deliberação do plenário, pode indicar medidas administrativas ao Chefe do Poder Executivo Municipal, a título de colaboração e sem qualquer obrigatoriedade. Todavia, não pode prover situações concretas por seus próprios atos e impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de exclusiva atribuição e competência.

A respeito do tema, julgados deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 58 da Lei Orgânica do Município de Guararema. Concessão de adicionais por tempo de serviço a servidores municipais. Inadmissibilidade. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa e que se refiram a servidores públicos e seu regime jurídico. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º, 24, § 2º, 4 e 144, todos da Constituição Estadual). Falta de previsão orçamentária. Possível, em tese, a inclusão do pagamento do benefício no orçamento municipal anual. Ademais admitida a indicação de fonte de custeio

Acesso ao Sumário

genérica (art. 5º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Ação procedente, com observação." (ADI 2017167-40.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 27/07/2016).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Município de Caraguatatuba que autoriza o Poder Executivo a conceder o pagamento de adicional pelo exercício de atividade insalubre para ocupante do cargo de Agente Comunitário de Saúde. Matéria relativa a servidores públicos. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Impossibilidade de emenda parlamentar em lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo que importe em aumento de despesas. Inteligência dos artigos 24, § 2º, 4 e 25, da Constituição Estadual. Precedentes. Ação Procedente." (ADI nº 2206928-61.2014.8.26.0000, Relator Desembargador Damião Pinheiro Machado Cogan, j. 27/05/2015).

Nesse diapasão, evidente a invasão pela Câmara Municipal de Teodoro Sampaio na esfera de competência privativa do Executivo Municipal, pois o ato normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, cuidou de matéria relativa à remuneração e regime jurídico de servidor público, em afronta ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo, cuja observância é obrigatória, *ex vi* do artigo 144 da mesma Carta.

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da Constituição (J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional, ed. 1991, p. 321 e 695).

Sobre o tema, esclarece Dalmo Dallari que **"o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*"** (*in* Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 193).

E, segundo o princípio tradicional de balança de *poderes* e *contrapesos constitucionais*, cada um dos Poderes serve de limitação do arbítrio dos outros simplesmente por exercer sua ação constitucional dentro dos limites intransponíveis de sua *própria competência* (Eusébio de Queiroz Lima, *in* Teoria do Estado, p. 307). E, na prática de atos, **"se houver exorbitância de qualquer dos Poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência"** (Dalmo Dallari, *in* ob. cit., p. 193).

Acesso ao Sumário

Por epítome, flagrante a inconstitucionalidade da legislação impugnada, por afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, e 144, da Constituição do Estado de

São Paulo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 106, de 15 de julho de 2016, do Município de Teodoro Sampaio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2015441-94.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE MONTE ALEGRE DO SUL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MONTE ALEGRE DO SUL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITO 'EX TUNC', E COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.043 (OE))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, EUVALDO CHAIB, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 64, da Lei Municipal nº 1.671, de 24 de julho de 2013, de Monte Alegre do Sul, estabelecendo que "as vantagens, gratificações e diferenças de que tratam os arts. 1 a 44 da Lei Municipal nº 997 de 07 de março de 1994, passam a constituir adicional permanente a ser pago ao servidor público municipal aprovado em concurso público que as perceba na data de publicação

desta lei, à razão da média dos valores recebidos mensalmente no período de 1º de Janeiro a 30 de junho de 2.013". Inconstitucionalidade configurada em relação ao artigo 38, § 3º, da Lei Municipal nº 997, de 07 de março de 1994, que prevê que o empregado permanente, designado para o desempenho de função comissionada, terá os vencimentos de seu emprego original acrescidos da "diferença do padrão do emprego em comissão", bem como aos artigos 43 e 44, também da Lei 997/1994, que preveem, respectivamente, a gratificação por quebra de caixa, no patamar de 5% (cinco por cento) sobre os vencimentos do funcionário que, no desempenho de suas funções, trate com o público, realizando operações em moeda corrente (artigo 43) e a gratificação de 5% (cinco por cento) sobre os vencimentos do empregado que exerça as atribuições de poder de polícia e de fiscalização tributária (artigo 44). Gratificações que detêm natureza precária, condicionado seu recebimento ao exercício de mencionadas funções. Afronta aos princípios constitucionais da moralidade, pessoalidade, razoabilidade e interesse público (artigo 111, da Constituição do Estado de São Paulo). Inexistência, porém, de vício quanto aos artigos 45 e 46, da Lei nº 997/1994, os quais estabelecem, respectivamente, a gratificação de um quarto dos vencimentos ao servidor que tiver completado trinta anos de serviço público, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher (artigo 45), e o adicional equivalente a 5% (cinco por cento) do padrão remuneratório, a cada quinquênio de serviço público ininterrupto (artigo 46). Adicionais que ostentam caráter permanente. Ação parcialmente procedente, para declaração da inconstitucionalidade do artigo 64, da Lei Municipal nº 1.671, de 24 de julho de 2013, de Monte Alegre do Sul, relativamente aos artigos 38, § 3º, 43 e 44, todos da Lei Municipal nº 997, de 07 de março de 1994, de Monte Alegre do Sul, com efeito "ex tunc", assegurada a não repetição dos valores recebidos de boa-fé até a data do julgamento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PREFEITO MUNICIPAL DE MONTE ALEGRE DO SUL, visando à declaração da inconstitucionalidade do artigo 64, da Lei Municipal nº 1.671, de 24 de julho de 2013, de Monte Alegre do Sul, que transformou em adicionais permanentes as vantagens, gratificações e diferenças previstas nos artigos 1º a 44, da Lei Municipal nº 997, de 07 de março de 1994, em favor do servidor público municipal aprovado em concurso público, que já as perceba na data da publicação da norma atacada, ***"à razão da média dos valores recebidos mensalmente no período de 1º de Janeiro a 30 de junho de 2.013"***.

Aduz o requerente que o dispositivo normativo atacado, sem amparo no ordenamento jurídico vigente, tornou permanente todo tipo de adicional, tendo a Lei Municipal nº 1.671/2013 concedido, ainda, vantagens e gratificações, idênticas àquelas transformadas em adicional permanente, situação essa a gerar, em benefício de alguns funcionários, aumento injustificável de quase 100% (cem por cento) de suas remunerações. Defende haver afronta aos princípios administrativos da moralidade, impessoalidade e interesse público, inclusive, com indevida distinção de índices entre funcionários públicos, principalmente em favor daqueles que, em determinado momento, exerceram funções gratificadas.

Recebida a petição inicial, a liminar requerida foi parcialmente concedida, para suspender a eficácia do artigo 64, da Lei Municipal nº 1.671/2013, especificamente em relação às gratificações previstas nos artigos 43 e 44, ambos da Lei Municipal nº 997/1994 (fls. 141/143).

O requerente opôs embargos de declaração à decisão concessiva (fls. 165/170), os quais foram acolhidos, a fim de que a liminar parcialmente concedida, que suspendeu a eficácia do artigo 64, da Lei Municipal nº 1.671/2013, também abrangesse a ***"diferença"*** prevista no § 3º, do artigo 38, da Lei Municipal nº 997/1994, relativamente às gratificações estabelecidas nos artigos 43 e 44, desta mesma norma (fls. 172/175).

Em sua manifestação, o Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Monte Alegre do Sul sustentou que a Edilidade não invadiu a esfera de competências de qualquer dos Poderes, tampouco do Executivo Municipal. Destaca, nesse sentido, que a disposição normativa impugnada foi de inciativa do Prefeito, sendo aprovado o respectivo projeto de lei em uma época em que imperava relacionamento político conturbado entre os Poderes Legislativo e Executivo. De qualquer modo, a Edilidade endossa os argumentos do Alcaide, pela inconstitucionalidade do artigo 64, da Lei 1.671/2013, que transformou em permanente determinadas gratificações, beneficiando grupos específicos de servidores em detrimento do restante do funcionalismo público municipal (fls.

152/156).

O Procurador Geral do Estado manifestou ausência de interesse para defesa do ato impugnado, que trata de matéria exclusivamente local (fls. 158/159).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer, opinando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo normativo atacado (fls. 185/198).

É o relatório.

A presente ação tem por objetivo a retirada do ordenamento jurídico do artigo 64, da Lei Municipal nº 1.671, de 24 de julho de 2013, de Monte Alegre do Sul, que ***"concede benefícios aos servidores públicos municipais, institui plano de carreira, altera escala de vencimentos dos servidores do quadro do magistério, altera dispositivos das Leis Municipais nº 997 de 07 de março de 1.994 e 1.311 de 02 de dezembro de 2003 e dá outras providências"***, assim dispondo:

> ***"Art. 64 As vantagens, gratificações e diferenças de que tratam os arts. 1 a 44 da Lei Municipal nº 997 de 07 de março de 1.994, passam a constituir adicional permanente a ser pago ao servidor público municipal aprovado em concurso público que as perceba na data de publicação desta lei, à razão da média dos valores recebidos mensalmente no período de 1º de Janeiro a 30 de junho de 2.013".***

Primeiramente, é importante destacar que o julgamento da presente demanda se dará em relação às disposições da Constituição do Estado de São Paulo, bem como as da Constituição Federal, estas últimas de reprodução obrigatória no texto constitucional estadual.

A ação é parcialmente procedente.

Para os fins deste feito, a Lei Municipal nº 997, de 07 de março de 1994, prevê três tipos de gratificações e um tipo de adicional, quais sejam: a) gratificação por quebra de caixa, no percentual de 5% (cinco por cento) sobre os vencimentos do funcionário que, no desempenho de suas funções, trate com o público, realizando operações em moeda corrente (artigo 43); b) gratificação de 5% (cinco por cento) sobre os vencimentos do empregado que exerça as atribuições de poder de polícia e de fiscalização tributária (artigo 44); c) gratificação de um quarto dos vencimentos ao servidor que tiver completado trinta anos de serviço público, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher (artigo 45); e d) adicional equivalente a 5% (cinco por cento) do padrão remuneratório, a cada quinquênio de serviço público ininterrupto (artigo 46):

> ***"CAPÍTULO V***
>
> ***DAS GRATIFICAÇÕES***
>
> ***ARTIGO 43 – Fica concedido uma gratificação, por quebra de caixa, no valor de 5% (cinco por cento) sobre os vencimentos, ao***

Acesso ao Sumário

empregado que no desempenho de suas funções, mantenha contato com o público, pagando ou recebendo em moeda corrente.

ARTIGO 44 – Fica concedida uma gratificação, no valor de 5% (cinco por cento) sobre os vencimentos ao empregado que no desempenho de suas funções exerça atribuições de poder de polícia e fiscalização tributária do Município.

ARTIGO 45 – Completando 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e 25 (vinte e cinco) se mulher, terá direito o servidor a um adicional de um quarto de seus vencimentos ao qual se incorpora.

CAPÍTULO VI

DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

ARTIGO 46 – Ao empregado público municipal, é assegurado o percebimento de adicional por tempo de serviço público local, ininterruptos, concedido na razão de 5% (cinco por cento), por quinquênio sobre o padrão do empregado.

PARÁGRAFO ÚNICO – O adicional por tempo de serviço, é devido a partir do dia imediato àquele em que o emprego completar o tempo estabelecido, independente de qualquer solicitação".

Ademais, em seu artigo 38, § 3º, a Lei Municipal nº 997/1994 prevê que o empregado permanente designado para o desempenho de função comissionada terá os vencimentos do seu emprego original acrescidos da ***"diferença do padrão do emprego em comissão"***:

"CAPÍTULO III

DA ESCALA DE VENCIMENTOS

ARTIGO 38 – A cada classe de emprego corresponderá determinada referência.

(...)

§ 3º – O empregado permanente, nomeado para ocupar emprego em comissão, perceberá os vencimentos referentes ao padrão de seu emprego original, acrescido da diferença do padrão do emprego em comissão, que será sempre o grau 'A'".

Acesso ao Sumário

Portanto, como visto, o artigo 64, da Lei Municipal nº 1.671/2013, transformou em definitivas a ***"diferença"*** prevista no artigo 38, § 3º, e as ***"gratificações"*** estabelecidas nos artigos 43 e 44, da Lei Municipal nº 997/1994. No entanto, tais ***"diferença"*** e ***"gratificações"*** detêm natureza precárias, posto que o seu recebimento se justifica pela circunstância de o empregado permanente se encontrar no exercício de função em comissão (artigo 38, § 3º), de atendimento ao público e que envolva operações em moeda (gratificação de quebra de caixa – artigo 43), ou de atribuições de poder de polícia e de fiscalização tributária (artigo 44).

Não se justifica, portanto, a transformação dessas ***"diferença"*** e

"gratificações" em adicionais permanentes, sendo agraciados com tais verbas os servidores públicos que no momento da publicação da norma estivessem no exercício de mencionadas funções comissionadas, passando a ter direito a recebê-las, permanentemente, mesmo após deixarem as funções ali mencionadas.

Ou seja, o dispositivo normativo atacado afronta os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da prevalência do interesse público.

Os Municípios são dotados de autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, se auto-organizando por suas leis orgânicas, atendidos, sempre, os princípios previstos nas Constituições Federal e Estadual (artigo 144, da Constituição Estadual do Estado de São Paulo). E, nos termos do artigo 111, da Constituição Estadual, ***"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"***.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles[1]:

"Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observação permanente e obrigatória para o bom administrador e na interpretação do Direito Administrativo (v. cap. I, item 10): legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput, da CF/88; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29.1.99. Essa mesma norma diz que a Administração Pública deve obedecer aos princípios acima referidos. Pelo que nela se contém, tal norma, muito embora de natureza federal, tem verdadeiro conteúdo de normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios. Convém observar que a Constituição/88 não se referiu expressamente ao princípio da finalidade, mas o admitiu sob a denominação de princípio da impessoalidade (art. 37).

Como salientado, por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais. Vale notar que, na forma do art. 11 da Lei 8.429/92 que trata do enriquecimento ilícito, constitui 'ato

1 *Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 89-90.

Acesso ao Sumário

de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade ou lealdade às instituições'. Essa norma prevê, a título exemplificativo, condutas, comissivas ou omissivas, caracterizadoras da improbidade".

Como bem asseverado pela douta Procuradoria Geral de Justiça:

"Pois bem, o dispositivo impugnado contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31, da Constituição Federal".

(...)

Os adicionais são devidos em razão do tempo de serviço (adicionais de vencimento ou por tempo de serviço) ou de exercício de cargo (condições inerentes ao cargo) que exige conhecimentos especializados ou em regime especial de trabalho (adicionais de função) como melhora de retribuição. O adicional de função (ex facto officii) repousa no trabalho que está sendo feito (pro labore faciendo), razão pela qual cessado seu motivo, elide-se o respectivo pagamento (...).

In casu, a criação do 'adicional permanente' não atende a nenhum interesse público, e tampouco às exigências do serviço, servindo apenas como mecanismo destinado a dissimular aumento de remuneração do servidor.

Lembre-se que o legislador estabeleceu que o referido 'adicional permanente' configuraria uma vantagem permanente aos servidores que já estavam recebendo vantagens, gratificações e diferenças que estivessem previstas nos arts. 1º a 44 da Lei Municipal nº 997/1994, sem estabelecer qualquer justificativa ou fundamento.

Foram, então, automaticamente beneficiados os servidores que, na data de promulgação da lei, estavam ocupando 'emprego em comissão' com direito à percepção de diferença do padrão do emprego de origem, servidores que recebiam gratificação 'por quebra de caixa' e servidores que recebiam gratificação relacionada ao exercício de 'atribuições de poder de polícia e fiscalização tributária do Município'.

Ora, o 'adicional permanente' criado não guardou qualquer relação com o interesse público ou com os princípios da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade.

Explicando melhor, não há fundamento para a concessão de uma vantagem pecuniária que representa em tornar definitiva uma gratificação estabelecida a partir de uma recompensa por determinada condição de trabalho (diferença de exercício de emprego comissionado, trabalhar com 'quebra de caixa' ou exercício de 'atribuições de poder de polícia e fiscalização tributária'), que

Acesso ao Sumário

pode deixar de existir a qualquer tempo".

A respeito da matéria, assim já decidiu este Colendo Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 1.860, de 29 de março de 1990, do município de Santa Bárbara d'Oeste, que 'dispõe sobre a reestruturação de cargos e salários, criação e supressão de cargos da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara d'Oeste, estabelecendo novo sistema de níveis de vencimentos dos funcionários e servidores municipais, dando outras providências' – sustentada inconstitucionalidade do artigo 4º - no prever a norma hostilizada que 'O Chefe do Poder Executivo poderá atribuir por serviços especiais ou funções de confiança ou qualquer outro servidor (...), gratificações, por tempo determinado e sempre a título precário, até o máximo de 50% (cinquenta por cento) do valor de referência das tabelas salariais correspondentes', está ela a dar ao alcaide o poder reinol, quase divino, de determinar quem receberá a verba, porque a receberá, de quanto ela será, e por quanto tempo a perceberá – vantagem transitória e contingente que se transformou numa permanente e perene, essa circunstância já se afigurando suficiente à configuração de ofensa, pelo dispositivo legal telado, dos princípios da moralidade, razoabilidade e interesse público – realidade de insustentável subsistência, por contrariar também o princípio da eficiência – inconstitucionalidade do dispositivo por igual decorrente de violação ao princípio da reserva legal em matéria de fixação de remuneração e vantagens para servidores públicos, na medida em que a fixação da vantagem, no caso, decorre de ato administrativo, e não de lei, o que configura verdadeira delegação legislativa – violação dos artigos 24, § 2º, nº 1, 111 e 128 da CE – indevida a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do preceito legal vergastado, se foi o alcaide, de um lado, quem provocou situação de insegurança jurídica no dar cunho salarial a gratificação que não deveria tê-lo, excepcional se afigurando sim, de outro, o interesse social, mas dos munícipes, de não verem os servidores municipais percebendo gratificação que deveria ser transitória e contingente, contudo transformada em adicional permanente e perene – ação procedente". (ADI nº 0005033-30.2007.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Palma Bisson, j. 19/08/2009).

Não se vislumbra, contudo, idêntico vício em relação à gratificação prevista no artigo 45 e ao adicional definida no artigo 46, ambos da Lei Municipal nº 997/1994, os quais, diga-se, já possuem natureza definitiva, inclusive, com idêntica previsão na Lei Municipal nº 1.671/2013, a saber:

"Art. 19 Os empregados e funcionários públicos municipais farão jus a uma gratificação por tempo de serviço público em qualquer esfera de governo à razão de 5% (cinco por cento) a cada cinco

Acesso ao Sumário

anos completos, que incidirá sobre o salário do servidor.

Art. 20 Completando 30 (trinta) anos de serviço público, se homem, e 25 (vinte e cinco) se mulher, o servidor fará jus a uma gratificação correspondente a um quarto de seu salário".

E, segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles[2], ***"as vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente o tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma da prestação de serviço (vantagens modais ou condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o só exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais) exigem, além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração".***

A declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos normativos impugnados produz efeitos *ex tunc*, atingindo-os desde o início de sua vigência, ressalvadas as parcelas recebidas de boa-fé até a data deste julgamento, às quais está assegurada a irrepetibilidade. Nesse sentido: ADI nº 2111900-95.2016.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Evaristo dos Santos, j. 09/11/2016.

Nestes termos, julga-se parcialmente procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 64, da Lei nº 1.671, de 24 de julho de 2013, do Município de Monte Alegre do Sul, em relação às gratificações previstas nos artigos 43 e 44, abrangida a ***"diferença"*** prevista no § 3º, do artigo 38, todos da Lei Municipal nº 997, de 07 de março de 1994, também de Monte Alegre do Sul, com efeito *ex tunc*, confirmada a liminar concedida (fls. 141/143 e 172/175), e assegurada a não repetição dos valores recebidos de boa-fé até a data do presente julgamento, oficiando-se à Câmara Municipal local para as providências cabíveis, tudo nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2017073-58.2017.8.26.0000, 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 30.527)**

2 *Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 552-553.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.044, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Suzano – Legislação que "dispõe sobre a continuidade do atendimento do ensino infantil ministrado em estabelecimentos oficiais ou conveniados à Municipalidade de Suzano nos períodos de férias e recessos escolares" – Ausência de previsão orçamentária específica que, por si só, não eiva de inconstitucionalidade o ato normativo – Situação que apenas posterga a exequibilidade da lei para o exercício seguinte, após a devida previsão orçamentária das despesas dela decorrentes – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Desrespeito aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito Municipal de Suzano, em face da Lei Municipal nº 5.044, de 21 de dezembro de 2016.

Relata que havia vetado integralmente o projeto de lei. Discorre sobre a autonomia dos Municípios e sobre o princípio da independência dos poderes. Sustenta que a lei impugnada dispõe sobre ato de gestão da coisa pública, usurpando competência privativa do Poder Executivo, em ofensa aos artigos

Acesso ao Sumário

5º e 144 da Constituição Estadual. Assere, ainda, que o ato normativo cria despesas sem indicação da fonte de custeio, conforme determina o artigo 25, *caput* e parágrafo único, da Constituição do Estado. Transcreve doutrina e jurisprudência. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão de liminar (fls. 1/16).

A liminar foi deferida (fls. 121/122).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 133/134).

O Presidente da Câmara Municipal de Suzano prestou informações (fls. 136/138).

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu a procedência da ação (fls. 201/211).

É o relatório.

Pretende o Prefeito Municipal de Suzano obter "a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.044, de 21 de dezembro de 2016, por afronta à Constituição Paulista, com efeitos 'ex nunc', 'erga omnis' e vinculantes, em conformidade com o parágrafo único do art. 28 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999" (fls. 16).

A ação é procedente.

A Lei nº 5.044, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Suzano, que "dispõe sobre a continuidade do atendimento do ensino infantil ministrado em estabelecimentos oficiais ou conveniados à Municipalidade de Suzano nos períodos de férias e recessos escolares", assim prevê:

> ***Art. 1º*** *As Creches Municipais e os estabelecimentos conveniados ao Município de Suzano, para este fim, funcionarão em regime de plantão durante o período de férias e recesso escolar.*
>
> ***Art. 2º*** *Fica autorizada a convocação de servidores lotados nestas instituições de Ensino para trabalharem durante os períodos citados, garantindo a estes o gozo das férias em época diferenciada.*
>
> ***Parágrafo único*** *– Considera-se época diferenciada, para os efeitos desta lei, os períodos que não abrangerem as férias e os dias de recesso estipulados no calendário oficial expedido anualmente pela Prefeitura de Suzano.*
>
> ***Art. 3º*** *Fica Autorizado ao Chefe do Poder Executivo a regulamentação de normas para implantação dos períodos de férias desses profissionais, de forma que seja garantida a continuidade do serviço público essencial.*
>
> ***Art. 4º*** *Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.*

Acesso ao Sumário

Os dispositivos guerreados devem ser declarados inconstitucionais, por afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 25 e 47, incisos II, XIV e XIX, *a*, 174, inciso

III, e 176, inciso I, da Constituição Estadual, que, por simetria, aplicam-se aos Municípios[1]:

Artigo 5º *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Artigo 24 *– A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

[...]

§ 2º *– Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*

[...]

2 *– criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;*

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.*

Artigo 47 *– Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*

[...]

II *– exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;*

[...]

XIV *– praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;*

[...]

XIX *– dispor, mediante decreto, sobre:*

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Artigo 174 *– Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal:*

[...]

III *– os orçamentos anuais.*

Artigo 176 *– São vedados:*

I *– o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual;*

1 **Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Ressalte-se, em princípio, que a simples ausência de previsão orçamentária específica não seria capaz, por si só, de eivar de inconstitucionalidade o ato normativo vergastado.

Conforme entendimento há muito sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal[2], a falta de indicação da fonte de custeio para a execução do quanto disposto em um ato normativo não o eiva de inconstitucionalidade, mas apenas obsta sua execução no exercício em que editada. Prevista a despesa no orçamento seguinte, passa-se à aplicação do comando normativo.

Destarte, não se vislumbra ofensa aos artigos 25, 174, inciso III, e 176, inciso I, da Constituição Estadual.

Em caso similar, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.975, de 25 de abril de 2.016, do Município de Suzano, que dispõe sobre a criação do Bosque da Saúde no Distrito de Palmeiras – Falta de indicação da fonte de custeio para a consecução da norma que, quando muito, impede a sua exequibilidade no ano em que editada – Inconstitucionalidade por afronta ao art. 25 da Carta Estadual não configurada – Violação aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX cumulados com o art. 144, todos da Constituição Estadual – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu a competência legislativa do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes e, bem assim, a esfera da gestão administrativa – Ação procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2257495-28.2016.8.26.0000 – Rel. Des. Salles Rossi – j. em 17.5.17 – v.u).

Observa-se, entretanto, que a lei atacada, em evidente vício de iniciativa, interferiu na gestão administrativa ao dispor sobre a prestação de serviço público por servidores do Município, invadindo as atribuições do Chefe do Poder Executivo, em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Como bem ressaltado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, "a matéria prevista no ato normativo impugnado do Município de Suzano encontra-se no âmbito da atividade administrativa do município, cuja organização, funcionamento e direção superior cabem ao Prefeito Municipal, com auxílio dos Secretários Municipais. Eventuais atividades que possam ser realizadas pelo município durante o recesso escolar, instituído pelo ato normativo impugnado são referentes a matérias exclusivamente relacionadas à Administração Pública, a cargo do chefe do Executivo e seus secretários. Trata-se de atividade nitidamente administrativa, representativa de atos de gestão, de escolha política para a satisfação das necessidades essenciais coletivas, vinculadas aos direitos das crianças e adolescentes do Município. Assim, privativa do Poder Executivo e inserida na esfera do poder discricionário da administração." (fls. 206).

Acesso ao Sumário

2 ADI 1440-SC, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 15.10.14; ADI 3599-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.5.07; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 13.6.03; ADI 2.339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 1.6.01.

Manifesta, portanto, a incompatibilidade da legislação municipal impugnada com os artigos 5º, 24, § 2º, 2, e 47, incisos II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.044, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Suzano.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2080335-79.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.601)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, MARIA LÚCIA PIZZOTTI, 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, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Agravo Interno.

Pretensão de revogação de liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade em que se suspendeu, até final julgamento, a eficácia da Lei Complementar

Acesso ao Sumário

nº 882, de 26 de abril de 2017, do Município de Catanduva, que "institui o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS Catanduva, relativo aos débitos fiscais de pessoas físicas e jurídicas com o fisco municipal e dá outras providências" – Petição de interposição do recurso subscrita pelo Secretário para Assuntos Jurídicos e pelo Assessor Jurídico da Câmara – Ausência de capacidade postulatória – Cargos que foram declarados inconstitucionais pelo Colendo Órgão Especial – Recurso não conhecido.

Não se conhece do recurso, com determinação.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno tirado pelo Presidente da Câmara Municipal de Catanduva voltado à reforma da decisão que, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Catanduva, concedeu a liminar e determinou a suspensão dos efeitos da Lei Complementar nº 882, de 26 de abril de 2017, até julgamento final da ação. Alega, em síntese, ser concorrente a iniciativa para elaboração de leis que versem sobre a matéria tributária, inclusive para a concessão de isenção fiscal, ainda que a lei cause eventual repercussão em matéria orçamentária. Requer o provimento do recurso com a reforma do *decisum*, ao argumento de ausência dos requisitos autorizadores da tutela de urgência, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Contraminuta do Prefeito do Município de Catanduva a fl. 53/54.

É o relatório.

2. O recurso não merece conhecimento.

Na hipótese, o recurso de agravo interposto pelo Presidente da Câmara Municipal de Catanduva foi subscrito pelo **Secretário para Assuntos Jurídicos** e pelo **Assessor Jurídico da Câmara**, cujos **cargos em comissão foram declarados inconstitucionais** pelo Colendo Órgão Especial, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2133145-02.2015.8.26.0000, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido interposto recurso extraordinário que encontra-se sobrestado nos termos da decisão do Excelentíssimo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sem atribuição de efeito suspensivo (Cf. extrato de movimentação processual emitido pelo sítio eletrônico deste Eg. Tribunal de Justiça).

Nesse passo, *in casu*, não se satisfaz a exigência legal pertinente à capacidade postulatória da parte, necessária à válida e regular constituição da relação processual, o que por si só garante a inviabilidade do conhecimento do pedido. Desta feita, inviável a cognição recursal, por força de balda insanável

Acesso ao Sumário

que culmina com a própria inexistência da peça.

Desse modo, tendo em vista que a representação processual constitui pressuposto de admissibilidade recursal, sua ausência impede o conhecimento do recurso.

N'outro bordo, mas não menos importante, cumpre observar que o gestor municipal ao descumprir injustificadamente ordem judicial, *in thesis*, incorre na conduta típica descrita pelo artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92. De outro lado, os atos contidos no rol dos incisos do artigo 11 são os que atentam contra os princípios da Administração Pública, os quais também constam do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, de modo que não se exige o efetivo dano ao erário público, pois são valores que visam resguardar a moralidade administrativa.

Da mesma forma, ao realizar despesas (de pessoal) não autorizadas em lei, o agente público, em princípio, malfere as normas descritas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Em sendo assim, diante do aparente descumprimento do quanto decidido na ação direta de inconstitucionalidade nº 2133145-02.2015.8.26.0000, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, extraia-se cópia do recurso interposto pela Câmara Municipal de Catanduva, bem como desta decisão para encaminhamento ao Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de que tome ciência e, eventualmente, providências.

3. À vista do exposto, não conheço do recurso, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2081367-22.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são agravados MARCO ANTONIO PAGNANI, CECILIA DE ARRUDA, EDSON FERREIRA DE SOUSA, FÁBIO SÉRGIO DA ROCHA SILVESTRE, FERNANDO VENTURA RIBEIRO, FERNANDO RODRIGUES LIBERADO, JAMYR TOGNINI, JURANDYR PINTO DE MELLO, KRYSTYNA OKRENT, LIA MARA MENEGHEL RIBEIRO CHAGAS, MARIA TERESINHA TANIGUTI BERTARELLI, MONICA LILIA VIGNA SILVA GRIPPO, SONIA MARIA CORRÊA ALVES, MARIA APARECIDA DO AMARAL, MARIA ISABEL LOPES CORREA, NILSON BRAZ, NELSON VALENTE, RAYDALIA COELHO LOPES BITTENCOURT, RENÉ GONÇALVES BARRETO, CARLOS MINORU MORINAGA, SONIA MARIA VERZOLLA, TELMA ALVES, VILMA SILVA DE FARIA, LUIZ CARLOS BARBOSA e CAMILO PEREIRA DA SILVA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, EUVALDO CHAIB, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Agravo Interno.

Mandado de Segurança impetrado contra a Decisão de Mesa nº 3.018/2017 da Câmara Municipal de São Paulo – Alegação de litispendência – Preliminar afastada – Agravo interposto contra a decisão que deferiu em parte a liminar, restabelecendo-se o direito ao recebimento das verbas cujo pagamento foi suprimido em razão do teto remuneratório, até o julgamento final do *writ* – O objeto do *mandamus* é assegurar aos impetrantes as garantias inerentes ao devido processo legal no expediente voltado a implementar o Ato da Mesa Diretora para aplicação do teto remuneratório – *Periculum in mora* reverso – Inexistência – Razões recursais que não tem o condão de alterar a posição adotada em cognição sumária – Manutenção da decisão agravada.

Nega-se provimento ao recurso interposto.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto, na forma do artigo 1.021, do Código de Processo Civil, voltado à reforma da decisão que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Sonia Maria Corrêa Alves e outros contra a Decisão de Mesa nº 3.018/2017 da Câmara Municipal de São Paulo, deferiu em parte a liminar para restabelecer o direito ao recebimento das verbas cujo

Acesso ao Sumário

pagamento foi suprimido em razão do teto remuneratório, até o julgamento final do *mandamus*, afastado o pedido de devolução de valores já descontados. Alega, em preliminar, litispendência ao argumento de que todos os impetrantes já ajuizaram demanda questionando a aplicação do devido processo legal pela Câmara Municipal de São Paulo. No mérito, sustenta que a Mesa Diretora deu estrito cumprimento ao rito determinado pelo artigo 9º, II, do Ato da Mesa nº 1142/12, de forma que o envio de notificação com dados melhor explicitados quanto ao critério utilizado para o corte não deu azo à reabertura do prazo para a defesa prévia, uma vez que este já havia sido oferecido. Aduz a ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, evidenciando-se o *periculum in mora* reverso. Requer a reforma da decisão agravada.

Manifestação dos agravados a fl. 2509/2519.

É o relatório.

2. A decisão agravada deferiu parcialmente a liminar nos seguintes termos:

"(...) A concessão da liminar no *mandamus* impõe a preexistência dos requisitos legais previstos no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, consubstanciados na relevância da fundamentação e quando do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, de forma que se faz imperativa a concomitância.

Assim, em sede de cognição sumária, este Relator vislumbra na espécie, a relevância da fundamentação, pois o procedimento instaurado pela Câmara Municipal de São Paulo, em cumprimento à Decisão de Mesa nº 3018/2017, publicada no Diário Oficial da Cidade de 12/01/2017, não atende a garantia constitucional do devido processo legal, com a instauração de regular processo administrativo. Com efeito, o princípio da garantia à ampla defesa, assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (Cf. artigo 5º, inciso LIV), constituem cláusulas pétreas asseguradas no processo judicial e no procedimento administrativo.

Deveras, necessário se faz a análise individual e pormenorizada das parcelas pagas aos impetrantes, considerando-se a peculiaridade dos vencimentos de cada um, sendo possível, *in thesis*, a partir desta análise, verificar se determinada verba é remuneratória ou indenizatória. Isso porque, em razão de eventual caráter indenizatório, haverá exclusão do benefício do cômputo do teto remuneratório, *ex vi* do disposto no artigo 37, § 11, da Constituição da República, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. (...)" (fl. 320/322).

De proêmio, cumpre a apreciação da litispendência trazida à baila pelo agravante.

Acesso ao Sumário

Como sabido é, havendo identidade entre partes, causa de pedir e pedido, configura-se a litispendência, *ex vi* da inteligência do artigo 337, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Assim, **"ocorre a litispendência quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso. As ações são idênticas quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato)"** (Cf. Nery Junior, Nelson, *in* "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10. ed. São Paulo: RT. 2007, p. 568).

In casu, não há falar em litispendência, porquanto nas impetrações anteriores discutiu-se a legitimidade do Ato da Mesa de nº 1.339/2016, que revogou o artigo 8º do Ato nº 1.142/2011, razão pela qual as vantagens remuneratórias que vinham sendo pagas fora do limite constitucional de vencimentos passaram a sofrer a incidência do abate teto, sem direito à ampla defesa e ao contraditório prévio. Ao passo que, neste *mandamus*, discute-se a legalidade da Decisão de Mesa nº 3.018/2017, publicada em 12/01/2017, que determinou **"a ultimação de regular instrução e julgamento dos procedimentos administrativos referidos no artigo 9º do Ato da Mesa nº 1.142/2011, no que se refere aos critérios de aplicação do teto remuneratório constitucional determinados pelo Ato da Mesa nº 1.339/2016, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, certificando-se, inclusive, os casos em que os servidores, devidamente notificados, deixaram de apresentar defesa administrativa, para fim de imediata observância do limite remuneratório"** (fl. 370).

Afasta-se, pois, a preliminar de litispendência levantada pelo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, na medida em que o ato impugnado no *writ* não é o mesmo das anteriores impetrações.

No mérito.

Os impetrantes afirmam não terem sido observadas as garantias inerentes ao devido processo legal no expediente voltado a implementar o Ato da Mesa Diretora para aplicação do teto remuneratório.

Não se olvida que **"o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE-RG 609.381, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 11.12.2014, processo paradigma da repercussão geral, assentou que a incidência do teto remuneratório da EC 41/03 é imediata e sem ressalvas, atingindo quaisquer valores além do limite, sem que haja violação da irredutibilidade de vencimentos e do direito adquirido ao montante"**[1], todavia, o que não se admite é que referida implementação se dê sem a observância de processo administrativo individualizado compatível com os ditames da Lei nº 9.784/1999.

Nesse aspecto, importante ressaltar que ao ente administrativo, não se

1 Mandado de Segurança nº 29.124/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática de 14/06/2017.

permite atingir o patrimônio jurídico, de quem quer que seja, sem que assegurado ao interessado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Daí a necessidade de se formalizar processo administrativo em relação à incidência dos descontos.

A propósito do tema:

> **"(...) o processo administrativo aberto, visível, participativo é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Dele não se pode abrir mão, minimamente que seja a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja dada ao acusado – ou a qualquer pessoa contra a qual se faça uma irrogação, em desfavor da qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrição de direitos – a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa, deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir."** (Cf. Ferraz, Sérgio; Dallari, Adilson Abreu. "Princípios do Processo Administrativo". São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24).

Dessa forma, não se afasta a possibilidade do Poder Judiciário proceder à apreciação da legalidade dos atos administrativos praticados pelo Poder Público, para que se adotem, *in concreto*, as providências necessárias à estrita observância da lei, conquanto, na hipótese, não se pode exercer sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando o postulado da plenitude de defesa, com fiel observância do princípio do *due process of law* (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

N'outro bordo, a ausência de exposição detalhada das verbas, com apresentação dos valores discriminados que estão sendo incluídos no cálculo para fins de aplicação do corte remuneratório, sem dúvida, acarreta cerceamento de defesa, pois, **"descontos de quantias pagas além do devido pressupõem apuração dos valores em processo administrativo no qual fique assegurado ao servidor o exercício do direito de defesa ante eventual excesso ou erro de cálculo"** (AI 241.428-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.02.2000).

Para tanto, necessário que a Câmara Municipal, de forma detalhada, apresente memória de cálculo dos vencimentos dos servidores, a fim de que fique claro como se chegou ao valor que supera o teto e seu respectivo corte, de tal arte que, a título exemplificativo, os documentos de fl. 395 e 553, não se mostram suficientes para tal fim.

Acesso ao Sumário

Nessa esteira, as argumentações trazidas, numa análise compatível com este momento processual, não permitem conclusão diversa da decisão agravada, porquanto em juízo de cognição sumária, vislumbra-se a relevância da fundamentação, vez que o ato impugnado não satisfaz a garantia do devido processo legal, bem como resta evidente o *periculum in mora*, consubstanciado na supressão imediata de verbas de natureza alimentar, de tal arte que as razões do agravo não são suficientes para afastar a conclusão outrora adotada.

3. À vista do exposto, mantida a decisão agravada, e, pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso interposto.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2134329-56.2016.8.26.0000/50005, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BRUNA BENITES DE CASTRO, é agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.762)**

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, 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 FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da liminar que determinou a nomeação e posse da candidata aprovada em concurso público – Recurso intempestivo – Agravo não conhecido.

VOTO

Irresignada com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do mandado de segurança nº 1029971-92.2016.8.26.0053, Bruna Benites de Castro interpôs agravo regimental, alegando, em síntese: ausência dos pressupostos autorizadores à suspensão, bem como inexistência de risco de grave lesão a interesses públicos relevantes; além disso, apesar da alegação de déficit orçamentário, várias pessoas foram contratadas para os mesmos cargos objeto do certame, por meio de OS, que firmou contrato de gestão com a Municipalidade.

Sem contraminuta (v. fls. 19).

É o relatório.

O reclamo recursal não comporta conhecimento, ante a sua intempestividade.

Verifica-se dos autos que a decisão atacada foi disponibilizada no DJE de 29 de julho de 2016, considerando-se publicada no dia 1º de agosto de 2016 (v. fls. 383), primeiro dia útil seguinte (Lei n. 11.419/06, art. 4º, § 3º); todavia, o presente recurso somente foi protocolizado no dia 19 de dezembro de 2016, quando já há muito ultrapassado o prazo para sua interposição.

Ante o exposto, **não se conhece** do agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2064306-51.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OSASCO e interessado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE OSASCO, 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 31.444)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

Acesso ao Sumário

DIMAS MASCARETTI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, MARIA LÚCIA PIZZOTTI, 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 e CARLOS BUENO.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Agravo regimental. Decisão que deferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Município de Osasco. Dispositivos legais que vincularam o subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários à revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos municipais. Razões expostas no regimental que não infirmam o decidido. Agravo regimental improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo regimental tirado de decisão na qual o relator deferiu liminar em autos de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra dispositivos das Leis nºs 4.777/2016 e 4.778/2016, do Município de Osasco, que vincularam o subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários à revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos municipais.

A recorrente afirma que não se justificava a concessão da liminar porque não se apresentava a alegada inconstitucionalidade, eis que o artigo 37 inciso X da Constituição da República anuncia que a revisão geral anual dos vencimentos dos servidores e dos agentes políticos deve acontecer na mesma data e sem distinção de índices.

A propósito a agravante salienta que não se cuidava de majoração de subsídios, mas de mera reposição do poder aquisitivo, e que a validar aquela disposição havia o fato do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, assim como fazem os Tribunais de outros Estados, informar em seu *"Manual Básico – Remuneração dos Agentes Políticos Municipais"* que a revisão deve se dar de modo isonômico.

O relator colheu a resposta da Procuradoria de Justiça e na sequência manteve a decisão.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Acerca do pedido de liminar o relator assim se manifestou:

"A propositura se volta contra o artigo 3º da Lei n.º 4.777, de 4 de outubro de 2016, e o artigo 2º da Lei n.º 4.778, de 4 de outubro de 2016, ambas do Município de Osasco, que vinculam a alteração do subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários à revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos municipais.

O autor alega que a revisão geral anual é direito restrito aos servidores públicos e que, ao vincular a revisão do subsídio dos agentes políticos ao mesmo índice concedido aos servidores, aqueles dispositivos violam o artigo 115 incisos XI e XV da Constituição estadual, assim como os princípios da legalidade e moralidade administrativa, cujo respeito é assegurado pelo artigo 111 daquele diploma.

Sob tal exposição e mediante alusão à jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal ele pede liminar para suspender os efeitos dos dispositivos impugnados.

À parte aprofundado exame valorativo sobre os fundamentos da propositura, mostra-se relevante e razoável o argumento relativo à ofensa a dispositivos da Constituição Estadual.

Justifica-se, pois, suspender liminarmente os efeitos da citada lei, o que agora ocorre, isso de modo a evitar o risco de lesão de difícil ou improvável reversão."

Pois as ponderações aqui externadas pela recorrente não infirmam aquela conclusão.

Primeiro porque, como observou o Subprocurador-Geral de Justiça, a recorrente limitou-se *"a apontar a inexistência de vícios nos dispositivos impugnados, deixando de trazer argumentos que pudessem afastar o periculum in mora e fumus boni iuris que autorizam a concessão da liminar"* (fls. 50).

Segundo porque o fato de o Tribunal de Contas do Estado ter externado determinado entendimento não tem relevo quanto à análise de constitucionalidade mediante controle abstrato, que é privativa da Corte de Justiça por meio de seu Órgão Especial conforme o § 6º do artigo 90 da Constituição estadual.

Em terceiro lugar porque diante do que dispõe o artigo 115 incisos XI e XV da Constituição paulista, assim como ante os inúmeros precedentes desta Corte, não se podia deixar de reconhecer a verossimilhança da alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos legais indicados na petição inicial.

Certo, ainda, que se achava manifesto o perigo de dano ao erário.

Afinal, a se manter o regime fixado naqueles dispositivos os cofres municipais teriam que custear para os agentes políticos o mesmo reajuste

Acesso ao Sumário

concedido aos servidores, mostrando-se depois duvidosa a possibilidade de estorno de tais valores no caso de procedência da ação.

Ora, a verossimilhança do direito associada ao risco de lesão autorizava suspender sumariamente aqueles dispositivos.

Não se justifica, pois, a revogação da liminar.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2115199-46.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ADILSON ALBUQUERQUE MANGUEIRA, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA POR AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* – EXAME DOS REQUISITOS LEGAIS A TRELADO AO PRUDENTE ARBÍTRIO E LIVRE CONVENCIMENTO DO RELATOR – ATO JUDICIAL MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO".

"Pena de demissão imposta a servidor público,

convertida, ao depois, em cassação de sua aposentadoria. Agravo Regimental tirado contra decisão denegatória de liminar. Pedido de reforma lastreado em arguição de risco de dano irreparável diante do não restabelecimento dos proventos de aposentadoria. Imposição, ademais, de drástica penalidade sem a garantia constitucional da ampla defesa, como também desprezando o tempo de contribuição previdenciária, a implicar locupletamento ilícito do Estado. Razões recursais sem o condão de alterar a posição perfilhada por este Relator, em cognição sumária, em face da ausência de relevância na fundamentação do pedido".

"Em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder".

VOTO:

Agravo regimental tirado contra decisão do Relator, exarada às fls. 8123/8127, que indeferiu liminar pleiteada em mandado de segurança.

Sustenta o agravante, em apertada síntese, que se encontram presentes, em concurso, os pressupostos do ***fumus boni iuris*** e do ***periculum in mora***, aduzindo que não teve oportunidade de se defender da penalidade que lhe foi imposta, pois em nenhum momento constou da peça inaugural do processo administrativo disciplinar o pedido de cassação da aposentadoria. Alega, em acréscimo, que foi regularmente aposentado em 05 de janeiro de 2015 e, dois anos depois, surpreendido com a decisão administrativa de cassação do benefício e, ***ipso facto***, dos respectivos proventos, argumentando, em seu prol, que a drástica penalidade de demissão não autorizava a cassação da aposentadoria sem a garantia constitucional da ampla defesa e desconsiderando o tempo de contribuição previdenciária, implicando locupletamento ilícito do Estado. Acena, de resto, com a ineficácia da concessão da medida somente a final diante da natureza alimentar e inadiável da verba suprimida, imprescindível ao sustento próprio e da família. Insiste, por isso, na reforma da decisão agravada, com o restabelecimento dos proventos da aposentadoria, conferindo-se efeito ativo ao agravo.

Denegado o efeito ativo e mantido o ato judicial impugnado, os autos foram encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O agravante não apresentou, a meu ver, argumentos convincentes a evidenciar o desacerto da decisão agravada, aqui mantida em seus literais termos, ***verbis***:

> ***"1) Trata-se de mandado de segurança impetrado por Adilson Albuquerque Mangueira, investigador de polícia aposentado, contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo que lhe impôs a pena de cassação de aposentadoria, com fulcro no artigo 77, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 207/1979, em razão do descumprimento dos deveres preconizados no artigo 62, incisos II, III e IX, das transgressões disciplinares descritas no artigo 63, incisos XIV e XXVII, assim como das infrações previstas nos artigos 74, inciso II, e 75, incisos II, VI e XII, todos da LC nº 207/1979.***
>
> ***Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que o ato impugnado viola os princípios do contraditório, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, acenando com a nulidade do processo administrativo disciplinar porquanto omissa a portaria inaugural, inexistindo referência à cassação de aposentadoria, mas tão somente ao ilícito administrativo, o que implicou cerceamento ao direito à ampla defesa. Alega, em acréscimo, que a aposentadoria é ato jurídico perfeito e acabado, não podendo ser desfeito por fatos ocorridos quando ainda estava na ativa, os quais deixaram de ser apurados no momento oportuno por desídia da Administração. Argumenta, ainda, que a cassação de aposentadoria, como sanção disciplinar, é incompatível com a nova ordem constitucional, tipificando ofensa aos artigos 40 e 195, § 5º, da Constituição Federal, isso sem falar que assume caráter perpétuo e ultrapassa a pessoa do condenado, o que é vedado pelo artigo 5º, incisos XLV e XLVII, alínea 'b', da Carta da República. Pondera, demais disso, que o sistema previdenciário do funcionalismo público passou a ser contributivo desde a EC nº 20/98, sendo certo que toda contribuição vertida a título de custeio há de corresponder, obrigatoriamente, à outorga do benefício previdenciário, afigurando-se inviável sua cassação por força de infração disciplinar perpetrada em atividade, sob pena de maltrato ao direito adquirido, importando, além disso, enriquecimento ilícito do ente público. Assevera, outrossim, que os proventos de aposentadoria têm caráter alimentar e a cassação do benefício importa colocar o servidor em situação de indigência, privando-o dos recursos indispensáveis à sua subsistência no momento em que já não ostenta plenas condições de trabalho. Enfatizando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para o deferimento da liminar, insiste, a final, na concessão do writ visando desconstituir do ato administrativo questionado, subsistindo o direito de receber seus proventos, inclusive eventuais valores acumulados desde a data da impetração.***

Acesso ao Sumário

Pleiteia a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É o relatório.

2) Defiro a gratuidade, nos termos do artigo 99, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015.

3) Em exame perfunctório, próprio desta fase, não vislumbro, em concurso, os pressupostos da relevância na fundamentação do pedido e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação que não possa aguardar o julgamento do writ pelo C. Órgão Especial, juízo natural para dirimir a controvérsia.

Demais disso, a concessão de liminar teria natureza satisfativa, implicando antecipação do próprio mérito do mandamus, sem contar a possibilidade de acarretar lesão grave à Fazenda do Estado, posto que permitiria ao impetrante receber os proventos da aposentadoria sem qualquer garantia de que, ao final, denegada que seja a segurança, os valores possam ser devolvidos aos cofres públicos.

Paralelamente, cumpre não esquecer que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e, em regra geral, a obrigação de provar que a Administração Pública agiu ilicitamente ou com abuso de poder, é de quem alega.

Indefiro, pois, a liminar pleiteada.

4) Processe-se o writ, notificando-se a digna autoridade apontada como coatora para prestar informações no prazo legal, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei n.º 12.016/2009, dando-se ciência da impetração à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, assim como à São Paulo Previdência (SP-PREV).

Oportunamente, ouça-se a douta Procuradoria Geral de Justiça (art. 12 da Lei n.º 12.016/2009)" *(cf. fl. 8123/8127).*

Na verdade, em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Tenho para mim como ausentes, no caso, os pressupostos necessários para a concessão da liminar, notadamente o ***fumus boni iuris***, não entrevendo, à primeira vista, flagrante ilegalidade na imposição da pena de cassação de aposentadoria, mesmo depois do advento do regime contributivo dos servidores públicos.

Destaco, a propósito, casos análogos já submetidos à apreciação deste C. Órgão Especial, onde o colegiado, em sede de agravo regimental, manteve o indeferimento da liminar diante da ausência de relevância na fundamentação do pedido, ***verbis***:

"AGRAVO REGIMENTAL. Interposição contra indeferimento de liminar pleiteada em mandado de segurança. 'Writ' que busca a

Acesso ao Sumário

desconstituição de ato do Governador do Estado de São Paulo consistente na aplicação de pena de cassação de aposentadoria. Alegação de presença dos requisitos do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora'. Punição tachada de inconstitucional, já que autônomo o vínculo entre o funcionário e o regime próprio de previdência. Risco de dano irreparável em razão da idade avançada do agravante e da inexistência de outras fontes de renda. Controvérsia quanto à inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria. Ausência de comprovação de falta de meios de subsistência. Recurso improvido" *(Agravo Regimental nº 2136268-71.2016.8.26.0000/50000, Relator Desembargador Vico Mañas).*

"Agravo Interno. Mandado de Segurança impetrado contra ato do Governador do Estado de São Paulo, consistente na aplicação de pena de demissão a servidor público, posteriormente convertida em cassação de sua aposentadoria.

Agravo interposto contra a decisão que indeferiu a liminar – Pedido de reforma consubstanciado nas alegações de risco de dano irreparável ou de difícil reparação diante do não restabelecimento do pagamento de seus proventos de aposentadoria, bem como da inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria, em razão do caráter contributivo do regime previdenciário em vigor.

Razões recursais que não tem o condão de alterar a posição adotada por este Relator, em cognição sumária, diante da ausência de relevância da fundamentação – Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso interposto" *(Agravo Regimental nº 2073362-45.2016.8.26.0000/50000, Relator Desembargador Ricardo Anafe).*

"Agravo regimental contra decisão que indeferiu medida liminar. Mandado de segurança. Natureza satisfativa do pleito. Ausência de fumus boni iuris. Agravo improvido.

(...)

Cumpre ressaltar, ainda, que embora o agravante afirme estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar – diante de precedentes recentes do C. Órgão Especial, entende-se ausente o requisito do fumus boni iuris, vez que tem-se decidido pela legitimidade da aplicação da sanção de cassação de aposentadoria ao servidor público, como consequência de ilícito administrativo praticado ainda no exercício de sua atividade.

(...) Assim, considerando que não se ignora a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema inclusive – neste Órgão Especial – é recomendável que a questão seja analisada pelo órgão colegiado" *(Agravo Regimental nº 2133269-48.2016.8.26.0000/50000, Relator Desembargador Márcio Bartoli).*

Acesso ao Sumário

É de ser chancelado, portanto, o ato judicial monocrático que indeferiu,

sem ferir o mérito da controvérsia, o restabelecimento dos proventos da aposentadoria do impetrante, valendo ressaltar que somente a final é que se terá uma posição definitiva sobre as questões jurídicas suscitadas na inicial do ***mandamus***.

Em outras palavras, a jurisdição definitiva será alcançada a seu tempo, na extensão e profundidade devidas, ao ensejo do julgamento do ***writ*** pelo C. Órgão Especial, examinando-se todos os aspectos da causa, detalhadamente, concedendo-se ou não a segurança.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0027415-65.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 13ª 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 A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. BORELLI THOMAZ E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 12.986/07 (art.

5º, V), do Município de Campinas. Fixação de limite máximo de 30 anos na data de inscrição do concurso para o Cargo de Guarda Municipal. Violação à regra da razoabilidade e à proibição constitucional de estabelecimento de limite etário em concursos (arts. 111, e 115, XXVII, CE/SP), evidenciada a partir da simples leitura das atribuições do cargo público a ser preenchido – as quais não apresentam qualquer óbice ao ingresso funcional de pessoas em idade superior a 30 anos. Inconstitucionalidade flagrante, declarada "incidenter tantum". Precedentes do STF (Súmula 683 e AI 678.112/MG, sob o rito da repercussão geral) e desta Corte. ARGUIÇÃO ACOLHIDA.

VOTO

Trata-se de **ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** suscitada pela Colenda 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal por ocasião do julgamento de apelação interposta pelo Município de Campinas contra a r. sentença que concedeu a segurança pretendida pelo impetrante.

O incidente veio a lume com o fito de obter deste Colendo Órgão Especial a análise da constitucionalidade do artigo 5º, inciso V, da Lei nº 12.986, de 28 de junho de 2007, do Município de Campinas, que estabelece, dentre os requisitos necessários para a inscrição ao concurso público para o ingresso no Quadro da Guarda Municipal daquela Edilidade, a *"idade máxima de 30 (trinta) anos, na data de inscrição"*.

O *mandamus* em questão fora ajuizado por indivíduo que, ao tempo da inscrição, contava com 33 (trinta e três) anos de idade, e traz em seu cerne a indagação quanto à razoabilidade dessa limitação máxima etária – diante das atribuições ínsitas ao posto público almejado, bem como por somente ser verificado na 7ª (sétima) e última etapa do certame (Curso de Formação).

Vindo os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça, a digna Câmara Suscitante entendeu estar presente o debate da constitucionalidade do dispositivo acima destacado em face dos artigos 111 e 115, inciso XXVII, ambos da Constituição Estadual. Daí a remessa a este Colendo Órgão Especial para a devida apreciação, em justa homenagem à Súmula Vinculante nº 10 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e bem assim ao artigo 193 do Regimento Interno desta Corte.

É O RELATÓRIO.

A celeuma trazida a julgamento não é nova.

Na sessão plenária de 24.09.2003, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, especialmente atento ao tema, já editara a Súmula nº 683 de sua jurisprudência

Acesso ao Sumário

com o seguinte enunciado:

"O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".

Tal orientação viu-se recentemente reafirmada, pelo mesmo Pretório Excelso, ao ensejo do julgamento do ARE nº 678.112/MG, dando origem ao Tema nº 646 da Repercussão Geral, a saber:

"O estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público apenas é legítimo quando justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".

Cumpre, assim, para aferir a constitucionalidade (ou não) da restrição etária, proceder ao cotejo desta para com as atribuições inerentes ao posto público almejado, de modo a verificar se efetivamente existe relação de imprescindibilidade.

As atribuições do cargo de Guarda Municipal encontram-se descritas no artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 12.986/07, do Município de Campinas, e são as seguintes:

"I – Operacional, que abrange as atividades relativas:

a) ao planejamento, à elaboração, à execução, ao controle e ao gerenciamento das medidas cabíveis na vigilância interna e externa dos bens municipais, garantindo o exercício do poder de polícia da administração direta e indireta, observados os procedimentos padrão emanados da autoridade municipal;

b) patrulhamento das diversas regiões, de áreas escolares e unidades administrativas, de saúde e outros serviços, parques e outros bens, integrado à promoção e educação para a cidadania;

c) à colaboração na fiscalização do solo municipal, inclusive em áreas de preservação ambiental;

d) à preservação da integridade física de autoridades municipais; e

e) ao auxílio às polícias estadual e federal, dentro dos limites constitucionais.

II – Administrativo, que abrange as atividades relativas ao planejamento, à elaboração, à execução e ao gerenciamento das áreas responsáveis pela gestão de pessoal, comunicação, estatística, suprimentos, logística e manutenção da Guarda Municipal, desde que as atividades desenvolvidas nessas áreas guardem estrita relação com as atividades específicas da Guarda Municipal".

Da singela leitura de todas as atividades relacionadas para o cargo em comento, apura-se que, à evidência, a faixa de 30 (trinta) anos **não constitui marco limitador imprescindível** para o desempenho de qualquer daquelas tarefas, do ponto de vista físico, intelectual, emocional ou psicológico.

Nada de razoável (artigo 111, CE/SP) há a justificar o estabelecimento

desse limite etário – de modo a permitir o excepcional afastamento do óbice constitucional do artigo 115, inciso XXVII, da Constituição do Estado.

Aliás, como bem destacaram o ven. acórdão suscitante (fls. 192) e o d. Procurador de Justiça preopinante (fls. 206), este Colendo Órgão Especial já examinou caso semelhante em data anterior (estabelecimento de idade máxima para ingresso no cargo de guarda civil metropolitano), em sede de controle concentrado de constitucionalidade de norma então proveniente do Município de Indaiatuba.

Naquela ocasião, firmou-se o entendimento de que:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressão '30 anos', contida no inciso IX do artigo 9º da Lei nº 3.406, de 25 de abril de 1997, na redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 6.423, de 25 de março de 2015, do Município de Indaiatuba – Fixação de limite máximo de idade para o ingresso no cargo de guarda civil metropolitano. Enunciado da Súmula nº 683 do STF – Somente quando a natureza do cargo exigir será constitucional estabelecer requisitos diferenciados de admissão para o exercício de cargo público. 'Por mais graves e exigentes que sejam as funções desempenhadas por tal agente, tanto do ponto de vista emocional, físico, psicológico e intelectual, mostra-se razoável asseverar que em faixa etária superior ao limite escolhido pelo legislador municipal será possível encontrar pessoas aptas ao desempenho do cargo em comento'. Violação aos arts. 111 e 115, XXVII, da CE/89 – Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente" (TJ/SP – Órgão Especial – ADI nº 2095283-60.2016.8.26.0000 – Rel. Des. **Carlos Bueno** – j. em 14.09.2016 – V.U.).

Da mesma forma, na mesma via incidental ora utilizada, também já se manifestou este Egrégio Colegiado para externar idêntica orientação em data anterior, igualmente em certame para guarda civil municipal:

"Incidente de Inconstitucionalidade de Lei – Acórdão da 9ª Câmara de Direito Público que, em vista da alegação de inconstitucionalidade de lei complementar municipal – Limitação de idade para ingresso na carreira de policial civil municipal – Afronta ao princípio constitucional da isonomia – Incidente procedente" (TJ/SP – Órgão Especial – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0248718-30.2012.8.26.0000 – Rel. Des. **Antônio Carlos Malheiros** – j. em 15.05.2013 – V.U.).

Portanto, o estabelecimento de limite etário (na casa dos 30 – trinta – anos, no caso ora em análise) violou, angularmente, as disposições dos artigos 111 e 115, inciso XXVII, ambos da Constituição Bandeirante, *in verbis*:

> *"Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade,*

Acesso ao Sumário

motivação, interesse público e eficiência.

*[...] Artigo 115 – **Para a organização da administração pública direta** e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:*

*[...] XXVII – **é vedada a estipulação de limite de idade para ingresso por concurso público na administração direta**, empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, respeitando-se apenas o limite constitucional para aposentadoria compulsória" (grifos nossos).*

De rigor, por conseguinte, reconhecer-se, em caráter incidental, a inconstitucionalidade da expressão *"e máxima de 30 (trinta) anos"*, constante do inciso V do artigo 5º da Lei nº 12.986, de 28 de junho de 2007, do Município de Campinas.

Ante o exposto, **ACOLHE-SE a presente arguição**, para declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão *"e máxima de 30 (trinta) anos"*, constante do artigo 5º, inciso V, da Lei nº 12.986, de 28 de junho de 2007, do Município de Campinas, 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 0022546-59.2017.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é suscitante 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA 30ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR, NÃO CONHECERAM DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DETERMINARAM A REMESSA DOS AUTOS AO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.172)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA

RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, 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, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Ação de expedição de alvará para levantamento de PIS – O julgamento de conflito de competência existente entre juízes vinculados a tribunais diversos é de competência originária do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, d, CF) – Conflito não conhecido, com remessa ao STJ.

VOTO

Trata-se de conflito suscitado pela 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em ação de expedição de alvará para levantamento de PIS, que foi recebida, primeiramente, pela Justiça Federal que reconheceu a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal, determinando a assunção do Banco do Brasil no polo passivo da demanda e remessa dos autos à Justiça Estadual. Da sentença prolatada houve recurso, entendendo o relator sorteado para a apelação, não ser competente a Justiça Estadual para o conhecimento e julgamento da ação.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 169/175.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Acolhe-se a preliminar suscitada pela d. Procuradoria Geral de Justiça.

Realmente, o conflito não merece conhecimento.

Em se tratando de juízes vinculados a tribunais diversos, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o conflito suscitado.

Assim dispõe o artigo 105, inciso I, alínea "d", da Constituição Federal:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele

não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

Nelson Nery Junior, ao comentar o artigo 118 do Código de Processo Civil de 1973, ressalta:

"Compete ao STJ (CF 105 I d) dirimir conflito de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos (RT 676/91). A expressão 'juízes vinculados a tribunais diversos', constante da CF 105 I d, nada tem a ver com hierarquia administrativa ou funcional. Significa juízes com subordinação recursal a tribunais diferentes, isto é, juízes cujas decisões podem ser revistas, em grau de recurso, por tribunais diferentes. Em outras palavras: o tribunal, ao julgar o recurso, pode obrigar o juiz a ele vinculado a obedecer ao acórdão, mas não pode determinar a juiz vinculado a outro tribunal o cumprimento dessa decisão. Por isso é que, existindo conflito entre esses juízes, um tribunal superior – que, no caso, é o STJ (CF 105 I d) – é que tem de dirimir o conflito" (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante – 2007/379).

Nesse sentido, é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no CC nº 32759-SP:

"Conflito conhecido, eis que figuram na relação processual juízes vinculados a Tribunais diversos (art. 105, inc. I, alínea d, da CF/88)." (Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 4-3-2002).

Isto posto, não se conhece do conflito e determinar a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0019370-72.2017.8.26.0000, da Comarca de Porto Feliz, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 34ª 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 34ª 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 37.478)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO,

Acesso ao Sumário

BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Agravo de Instrumento interposto em ação cautelar inominada preparatória. Causa de pedir que alude à possibilidade de compensação dos créditos decorrentes da obrigação de devolução do empréstimo compulsório, incidente sobre o consumo de energia elétrica, com débitos de consumo regular de energia. Pedidos de restabelecimento imediato do fornecimento de energia elétrica e de exclusão da requerente dos cadastros restritivos de crédito. Controvérsia que tem por base obrigação irradiada de contrato de fornecimento de energia elétrica. Causa de pedir que não se confunde com crédito tributário ou relação jurídica tributária. Matéria de Direito Privado. Precedentes do Órgão Especial. Art. 5º, § 1º, Resolução nº 623/2013. Conflito julgado procedente. Fixada a competência da 34ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2000687-84.2016.8.26.0000, da Comarca de Porto Feliz, após reconhecimento de incompetência pela 34ª Câmara de Direito Privado, segundo a qual a ação cautelar inominada, em que interposto o agravo, fora promovida como preparação de ação visando ao reconhecimento de compensação de débito com a verba decorrente de empréstimo compulsório não resgatado, e não para discutir a prestação de serviços de energia elétrica (cf. fls. 298/301). A Câmara suscitante aduz que, cuidando-se de controvérsia relativa ao corte de energia elétrica, em razão do não pagamento das faturas, e ao restabelecimento do fornecimento, a competência é da Seção de Direito Privado, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal de Justiça (cf. fls. 550/554).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do

Acesso ao Sumário

conflito, para que se reconheça a Câmara suscitada, 34ª Câmara de Direito Privado, como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 444/450).

2. **O conflito de competência deve ser julgado procedente, para que se estabeleça a competência da Câmara suscitada.**

Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são fixados pelo demandante na inicial.

Tal o teor do artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal: ***"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"***.

3. No caso dos autos, Porto Feliz S/A, pessoa jurídica de direito privado, ajuizou, contra Companhia Piratininga de Força e Luz – CPFL, concessionária de serviço público de energia elétrica, ação cautelar inominada, com pedido liminar, preparatória de ação para reconhecimento de compensação de débito com verba decorrente de empréstimo compulsório não restituído, **pleiteando o restabelecimento imediato do fornecimento de energia elétrica em favor da requerente e a exclusão imediata de seu nome dos cadastros restritivos de crédito** (SPC/SERASA) (cf. fls. 181/207).

A **causa de pedir** da ação cautelar inominada refere-se ao inadimplemento da ré (CPFL Piratininga) no pagamento de *"juros com correção monetária"* do Empréstimo Compulsório da Eletrobrás (cf. fls. 02 e 189). Assim, a requerente apresenta como fundamento da ação cautelar preparatória **a possibilidade de compensação entre o aduzido crédito de sua titularidade e as dívidas decorrentes do consumo regular de energia elétrica**. Uma vez indeferida a liminar, sem a oitiva da ré, postulada ao Juízo de primeiro grau (cf. fls. 285), Porto Feliz S/A interpôs o agravo de instrumento objeto do conflito de competência, alegando a presença dos requisitos legais para a liminar pretendida e destacando ser, em verdade, credora anterior de juros e correção monetária, incidentes sobre o empréstimo compulsório concedido em favor da Eletrobrás. Argumenta, ainda, que a prestação de serviço de energia elétrica é essencial e urgente e que a CPFL Piratininga descumpriu cláusulas contratuais, segundo as quais a ré assumiria a obrigação de atender a todas as exigências legais vigentes. Desse modo, a recorrente defende, no agravo de instrumento, a aplicação do artigo 476 do Código Civil, que dispõe: *"Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro"*.

Acesso ao Sumário

E esse crédito aduzido como causa de pedir, segundo a doutrina de

Roque Antonio Carraza[1], **não se confunde com crédito tributário**. Confira-se: *"É princípio geral do direito tributário que a destinação do produto da arrecadação do tributo não lhe altera a natureza jurídica. Desse modo, uma vez pago o empréstimo compulsório, o tributo desaparece.* ***Sua devolução é mera providência administrativa****, que não pode repercutir em algo que já não existe (a relação jurídica tributária). Estamos, pois, percebendo que, ao pagar o empréstimo compulsório, nasce para o contribuinte o direito subjetivo de reaver a quantia recolhida. Em contranota, surge para a União o dever jurídico de restituir o que recebeu, observados, evidentemente, os prazos e as condições de resgate estipulados na lei que instituiu o gravame. Não se pode, por meio de artifícios legislativos ou exegéticos, turbar a fruição deste direito elementar: o direito de reaver, a tempo, a hora e do modo adequado, a quantia paga a título de empréstimo compulsório. E esta restituição – é bom que se frise – tanto pode ser feita ao próprio contribuinte como a seus sucessores, a qualquer título. A ideia foi formulada de passagem por Amílcar de Araújo Falcão: 'É verdade que a restituição (...) poderá ser feita ou a quem pagou o imposto restituível ou mesmo a terceiros que (...) a ela façam jus.' E nem poderia ser de outro modo,* ***já que, como vimos, este crédito nada tem de tributário. É um crédito como outro qualquer e, nesta medida, pode, em princípio, ser transacionado pelo contribuinte****."*

A propósito, citando Alfredo Augusto Becker, **Roque Antonio Carraza** distingue bem as naturezas das relações jurídicas no pagamento e restituição do empréstimo compulsório, com ou sem juros: *"A obrigação de o sujeito ativo (Estado) devolver o tributo (com ou sem juros) não retira a natureza jurídica tributária ao 'empréstimo compulsório' pois, na verdade,* ***no 'empréstimo compulsório' existem duas distintas relações jurídicas, com distintas naturezas jurídicas****. '****A primeira relação é de natureza tributária****: o sujeito passivo é um determinado indivíduo e o sujeito ativo é o Estado.* ***A segunda relação jurídica é de natureza administrativa****: o sujeito ativo é aquele indivíduo e o sujeito passivo é o Estado.'"*[2]

Acesso ao Sumário

Acresça-se que, no julgamento de recurso especial submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia, o **Superior Tribunal de Justiça** adotou essa posição, salientando: *"malgrado a natureza jurídica tributária do empréstimo compulsório, dele defluem duas relações jurídicas de índoles distintas: uma de natureza jurídica tributária (na qual o sujeito passivo é um determinado indivíduo e o sujeito ativo é o Estado) e outra de natureza jurídica administrativa (na qual o sujeito ativo é aquele indivíduo e o sujeito passivo é o Estado)"* (REsp 1119558/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão

1 Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, São Paulo – Malheiros Editores, 2013, p. 652

2 Ob. Cit. p. 651, grifado.

Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 01/08/2012.)

No caso dos autos, ademais, a requerente da cautelar enfatiza que seu crédito proveniente do empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás é regido pelo Decreto nº 1.512/1976. E o **Superior Tribunal de Justiça**, no julgamento do mesmo recurso repetitivo acima mencionado, assentou que, *"com a edição do Decreto-Lei 1.512/76, a sujeição passiva do empréstimo compulsório cingiu-se aos grandes consumidores industriais (artigo 5º) e os valores recolhidos passaram a ser registrados como créditos escriturais a serem resgatados após o decurso do prazo de 20 (vinte anos) (artigo 2º, caput), ou convertidos, antecipadamente, em ações preferenciais nominativas do capital social da Eletrobrás e gravadas com cláusula de inalienabilidade (artigo 3º), restrição suspensa quando da realização da 72ª Assembléia Geral Extraordinária"*.

E, por fim, definindo a possibilidade de cessão a terceiros dos créditos decorrentes da obrigação de devolução do empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica, a Corte Superior, também nesse julgado, pacificou que *"convertidos os créditos decorrentes da obrigação de devolução do empréstimo compulsório em ações da sociedade anônima, afigura-se desarrazoada qualquer conduta no sentido de não reconhecer a validade do instrumento particular de cessão de crédito, em face da natureza jurídica privada dos respectivos títulos de crédito, cuja transferência/negociação é de livre disposição do titular."*

Desse modo, tem razão a Câmara suscitante. Cuida-se, no presente caso, de controvérsia regida pelo Direito Privado e concernente apenas à obrigação irradiada de contrato de fornecimento de energia elétrica. **E a causa de pedir não se funda em crédito ou relação tributária**. Por tais motivos, a situação em debate se amolda ao quanto previsto no artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013: *"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: (...) § 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."*

Nesse sentido decidiu o Órgão Especial: *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária, visando à **restituição de valores recolhidos indevidamente a título de empréstimo compulsório sobre tarifa de energia elétrica. Litígio que não envolve questão de natureza tributária. Obrigação irradiada da prestação de serviços de energia elétrica.** Matéria pertencente à Seção de Direito Privado*

(Subseções II e III). Resolução nº 623/2013. Fixação da competência da 19ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente." (Conflito de Competência nº 0056927-98.2014.8.26.0000, Relator: Tristão Ribeiro, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: Órgão Especial, Data do julgamento: 15/10/2014, Data de registro: 16/10/2014, grifado).

Igualmente: *"Conflito de competência entre a 30ª Câmara de Direito Privado e a 2ª Câmara de Direito Público – Ação condenatória, para satisfação de créditos decorrentes de títulos emitidos ao portador, para a restituição de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica –* ***Litígio que não gira em torno de questão tributária – Obrigação irradiada da prestação de serviços de energia elétrica – Matéria que se insere na competência das Segunda e da Terceira Subseções de Direito Privado****, nos termos do art. 5º, § 2º, da Resolução nº 605/2013 – Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara suscitada, a 30ª Câmara de Direito Privado."* (Conflito de Competência nº 0001881-27.2014.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: Órgão Especial, Data do julgamento: 26/02/2014, Data de registro: 01/03/2014, grifado).

Fixada, portanto, a competência da 34ª Câmara de Direito Privado, o conflito deve ser julgado procedente.

4. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, para estabelecer a competência da 34ª Câmara de Direito Privado, em consonância com o artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0025954-58.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E RENATO SARTORELLI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.442)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES

ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Conflito de competência. Ação aforada por ocupante de imóvel com o fim de compelir concessionária de serviço telefônico a retirar cabos que pendem de poste em frente ao estabelecimento comercial e indenizar danos morais. Propositura que não se funda em relação contratual, mas na responsabilidade advinda do exercício da concessão. Resolução nº 623/2013, artigo 3º item I.7 "b". Julgamento que incumbe à Câmara de Direito Público. Conflito acolhido.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela 26ª Câmara de Direito Privado relativamente à 6ª de Câmara de Direito Público no tocante ao julgamento de recurso extraído de autos de ação ajuizada por ocupante de imóvel com o fim de obrigar a concessionária de telefonia a remover cabos que pendem de postes em frente àquele estabelecimento comercial, bem como a pagar indenização pelos danos morais consequentes à referida situação.

A 6ª Câmara de Direito Público negou sua competência ao argumento de se tratar de recurso da competência da Terceira Subseção de Direito Privado, isso por se cuidar de ação fundada em obrigação de fazer com pedido de reparação de danos.

A 26ª Câmara da Seção de Direito Privado, de seu turno, apontou sua incompetência pela assertiva de se tratar de matéria relacionada à responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da Câmara da Seção de Direito Público.

É o relatório.

O presente conflito foi extraído de autos de ação ajuizada por ocupante de imóvel com o fim de obrigar a concessionária de telefonia a remover cabos

que pendem de postes em frente àquele estabelecimento comercial, bem como a pagar indenização pelos danos morais consequentes à referida situação.

Como se vê na petição inicial, para justificar tais pleitos a autora asseverou que os cabos emaranhados estão *"literalmente abandonados"*, o que prejudica o movimento da loja e coloca em risco *"até mesmo a vida das pessoas que transitam pela calçada"*.

Certo, portanto, que a propositura não se funda em relação contratual mantida entre as partes, mas na responsabilidade aquiliana advinda de uma situação de perigo gerada pela concessionária de serviço público no desempenho de sua atividade.

Logo, forçoso concluir que se cuida de demanda da competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Público, isso ante a textual previsão do artigo 3º item I.7, letra "b", da Resolução 623/2013[1], que assim atualmente se apresenta:

"I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as de ato ilícitos:

(...)

b – extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução".

Em casos similares, aliás, nessa linha tem decidido este Órgão Especial como dão exemplo os acórdãos assim ementados:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. 1. A hipótese descrita na vestibular (art. 103, RITJSP) não se circunscreve a hipótese de fixação de competência recursal de que cuida o art. 5º, § 1º, da Res. 623/13, porque não se cogita da existência de relação contratual de prestação de serviços entre as partes litigantes, mas de responsabilidade civil aquiliana da concessionária de serviço público, daí sendo caso de reconhecer a competência das c. Câmaras que integram a Seção de Direito Público deste e. sodalício, como dispõe o art. 3º, I.7, Res. 623/2013, com a redação da Res. 648/14, vigente quando da distribuição (08.07.2015), exegese não alterada pela superveniente Res. 736/2016. 2. Conflito de competência julgado procedente para o fim de fixá-la junto à c. Câmara suscitante". (Conflito de Competência n.º 0057691-16.2016.8.26.0000, rel. Des. Artur Marques, 15/02/2017).

"COMPETÊNCIA. DÚVIDA. Responsabilidade civil extracontratual, decorrente de ato ilícito supostamente praticado por concessionária de serviço público. Morte de transeunte por eletrocussão, supostamente decorrente de inadequada manutenção nos fios de alta tensão pela concessionária-ré.

Acesso ao Sumário

1 Redação alterada pela Resolução 736/2016 em 30.03.2016.

Competência da d. Câmara suscitante, 2ª Câmara de Direito Público desta Corte, diante da nova redação dada ao inciso I.7, do artigo 3º, da Resolução 623/2013, pela Resolução 648/2014. Precedentes da Corte. Dúvida procedente, com fixação da competência da 2ª Câmara de Direito Público, para processar e julgar o apelo." (Conflito de Competência n.º 0041874-43.2015.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, 26/08/2015).

Assim, o conflito é conhecido, reputando-se competente a 6ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016872-03.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA DAS CÂMARAS DA PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.102 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, MARIA LÚCIA PIZZOTTI, 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 e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recurso de apelação em Ação de Reparação por Danos Morais. Insurgência contra sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório. Competência

Acesso ao Sumário

para o processamento e julgamento de recursos que é definida pelo pedido formulado na petição inicial da ação (art. 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Pretensão da demanda que se refere a responsabilidade civil extracontratual. Matéria pertinente à Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmara). Resolução nº 623/2013, artigo 5º, I.29, deste Colendo Órgão Especial. Precedentes. Conflito procedente, com determinação de redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que não conheceu do recurso de apelação nº 1036656-08.2015.8.26.0100, em virtude de considerar a matéria tratada, no caso, responsabilidade civil extracontratual envolvendo sociedade de economia mista, como da competência da Seção de Direito Privado (fls. 275/280).

O recurso fora distribuído, inicialmente, à 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO (fls. 255), que dele não conheceu, determinando sua redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, por entender que a causa de pedir do feito envolve questão relativa à suposta ilegalidade do exercício do poder de polícia estatal (fls. 258/264).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO para conhecer, processar e julgar o apelo (fls. 286/290).

É o relatório.

Trata-se de conflito de competência suscitado no julgamento do recurso de apelação interposto por Luís Gilmar Salim Balbino (fls. 214/235), de sentença da lavra do MM Juízo da 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, que julgou improcedente pedido de indenização por danos morais formulado em face de São Paulo Transportes S/A – SPTrans (fls. 207/209).

Luís Gilmar Salim Balbino ajuizou ação indenizatória em face de São Paulo Transportes S/A – SPTrans, com o objetivo de receber indenização por danos morais sofridos por supostas acusações proferidas por prepostos da empresa ré-recorrida, no sentido de que cometera crime de apropriação

Acesso ao Sumário

indébita. Segundo consta da petição inicial, tais fatos teriam ocorrido durante procedimento de "vistoria secreta" em ônibus no qual o autor-recorrente exercia, à época, a função de cobrador, na qualidade de funcionário da empresa de transporte público Viação Campo Belo Ltda., do que resultou sua demissão por justa causa.

É certo que a competência, em regra, não é definida pela qualidade das partes, mas em razão da matéria, a partir da causa de pedir e do pedido fixados na inicial, nos termos do artigo 103, do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça, *in verbis:* ***"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"***.

A demanda, gênese deste conflito de competência, tem como causa de pedir danos morais advindos de alegada conduta abusiva de prepostos da SPTrans (fiscais) que, ao fiscalizarem um dos ônibus da Viação Campo Belo Ltda., teriam ofendido o autor-recorrente, que à época exercia a função de cobrador, ao lhe imputar o cometimento do crime de apropriação indébita de valores pagos pelos usuários do coletivo.

Como se verifica, o pleito indenizatório não se relaciona com a responsabilidade civil (do Estado) decorrente da prestação do serviço público de transporte de passageiros, situação essa que investiria as 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público de competência para processar e julgar o presente recurso de apelação, nos termos do que disciplina a Resolução nº 623/2013, deste Colendo Órgão Especial, a saber:

> ***"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:***
>
> ***I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:***
>
> ***(...)***
>
> ***I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:***
>
> ***(...)***
>
> ***b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução;***
>
> ***(...)".***

Na verdade, o pedido inicial relaciona-se à hipótese prevista no artigo 5º,

Acesso ao Sumário

I.29, da Resolução nº 623/2013, qual seja, responsabilidade civil extracontratual relativa a matéria de competência da Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmara):

> ***"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.29 – Ações de responsabilidade civil extracontratual relacionadas com a matéria de competência da própria Subseção, salvo a do Estado;***
>
> ***(...)".***

Dessa forma, correto o entendimento da 5ª Câmara de Direito Público, ora suscitante, no sentido de ser da competência da Seção de Direito Privado o conhecimento, processamento e julgamento do recurso de apelação nº 1036656-08.2015.8.26.0100.

Este Colendo Órgão Especial assim já decidiu a respeito da questão, *mutatis mutandis*:

> ***"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Responsabilidade civil. Empresa concessionária de serviços públicos (CPTM). Autor que teria sido agredido por funcionários da ré (sociedade de economia mista) enquanto trabalhava como vendedor ambulante próximo à estação de trem. Ilícito extracontratual não relacionado à prestação de serviço público. Competência recursal, nesse caso, definida nos termos do inciso I.29, do art. 5º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 694/2015, que prevê a competência da Primeira Subseção de Direito Privado para julgamento de 'Ações de responsabilidade civil extracontratual relacionadas com a matéria de competência da própria Subseção, salvo a do Estado' c.c. § 3º do art. 5º da mesma Resolução, que dispõe que 'serão da competência comum das Subseções da Seção de Direito Privado todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça'. Conflito procedente. Competência da 5ª Câmara de Direito Privado".*** (Conflito de Competência nº 0007521-40.2016.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues, j. 22/06/2016).
>
> ***"Conflito de Competência. Ação de reparação de danos materiais e morais. Propositura por servidor público sob o fundamento de o superior hierárquico ter denegrido seu conceito pessoal e***

Acesso ao Sumário

profissional frente a terceiros. Demanda entre particulares, fundada no regime comum de responsabilidade civil extracontratual e sem reflexo no plano do Direito Público. Resolução nº 623/2013, artigo 5º item I.29. Julgamento que incumbe à 6ª Câmara de Direito Privado. Conflito acolhido". (Conflito de Competência nº 0015060-57.2016.8.26.0000 – São José do Rio Preto, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Arantes Theodoro, j. 18/05/2016).

Portanto, a teor do artigo 5º, I.29, da Resolução nº 623/2013, é competente uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras) para processar e julgar o recurso de apelação nº 1036656-08.2015.8.26.0100, interposto por Luís Gilmar Salim Balbino contra a sentença de improcedência da ação ajuizada em face de São Paulo Transporte S.A. – SPTrans.

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito para se determinar a competência de uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça (1ª a 10ª Câmaras) para o julgamento do recurso de apelação, redistribuindo-se o feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0026949-71.2017.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 30ª 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 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.668)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, EUVALDO CHAIB, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

Acesso ao Sumário

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Ação relativa a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade. Inobservância às regras de direito urbanístico (parcelamento do solo). Questão reflexa. Matéria afeta à competência da Subseção de Direito Privado III. Intelecção do artigo 103 do RITJ e artigo 5º, III.4, da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da 30ª Câmara de Direito Privado da Corte.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 11ª Câmara de Direito Público em razão de a 30ª Câmara de Direito Privado considerar-se incompetente para conhecer e julgar recurso de apelação interposto contra r. sentença proferida pelo Juízo da Primeira Vara Cível da Comarca de Atibaia, em ação de nunciação de obra nova manejada por Daltro Henriques de Menezes Machado e outros em face de Edbol Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Fala-se em construção de um prédio de três pavimentos em desacordo com as restrições urbanísticas convencionais.

Distribuído o recurso de apelação à C. 30ª Câmara de Direito Privado – suscitada – alegou-se que: "tratando-se de questão que envolve suposto descumprimento de regras de direito urbanístico e municipal quanto ao parcelamento do solo, não é desta 30ª Câmara de Direito Privado a competência para o julgamento do recurso".

Redistribuído o recurso à 11ª Câmara de Direito Público – suscitante – ponderou-se que: "a matéria discutida se relaciona a direito de vizinhança; ausente interesse jurídico de entes públicos no processo".

Destarte, suscitou-se o presente conflito negativo de competência.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 30ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso (fls. 361/366).

É o relatório.

Adverte a Resolução nº 681/15, que modificou o artigo 4º da Resolução nº 623/13 do Colendo Órgão Especial, que, por sua vez, disciplina a competência das Seções do Egrégio Tribunal de Justiça:

"Art. 4º. Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito Público, a 1ª e 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, que formarão o Grupo Especial de Câmaras de Direito Ambiental, com competência para:

Acesso ao Sumário

I – Ações cautelares e principais que envolvam a aplicação da legislação ambiental e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados ao meio ambiente natural, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer;

II – Ações em que houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e aquelas relativas a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6.938/1981, art. 14, **caput** e §§ 1º e 3º)".

E, ainda, nos termos do artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça: "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Malgrado entendimento em contrário, no caso em comento, a celeuma reflete controvérsia relativa a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade. Cuida-se, tão somente, de discussão entre vizinhos por conta de construção irregular, a ferir, reflexamente, as normas atreladas ao direito urbanístico (parcelamento urbano).

Destarte, de rigor o enquadramento da competência definida pelo artigo 5º, III.4, daquela Resolução, à situação fática, que dispõe ser da competência da Terceira Subseção de Direito Privado o julgamento do recurso.

Nesse sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DA LEI MUNICIPAL DE ZONEAMENTO POR PROPRIEDADES VIZINHAS – CAUSA DE PEDIR NITIDAMENTE ATRELADA AO SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE POSTURAS MUNICIPAIS, PELAS RÉS, DEBATE QUE ENVOLVE DIREITO DE VIZINHANÇA E USO DA PROPRIEDADE – AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE QUALQUER ATO ADMINISTRATIVO OU POSTURAS MUNICIPAIS ATINENTES AO DIREITO URBANÍSTICO OU USO DE BEM PÚBLICO A ATRAIR A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO RECONHECIDA – EXEGESE DO ARTIGO 5º, III.4, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL – CONFLITO PROCEDENTE A FIM DE DECLARAR COMPETENTE A CÂMARA SUSCITADA (Conflito de Competência nº 0056319-66.2015.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Comarca: São Caetano do Sul; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 03/02/2016; Data de registro: 05/02/2016).

Conflito de competência. Agravo de instrumento. Propagação do som despida de acústica. Balbúrdia. Direito de vizinhança. Competência que se inscreve no âmbito de atribuições da Terceira Subseção de Direito Privado em face do artigo 5º, III e III.4, da Resolução nº 623/2013 (Colendas 25ª a 36ª Câmaras). Conflito procedente. Competência da 27ª Câmara de Direito Privado

Acesso ao Sumário

(Conflito de Competência nº 0051353-60.2015.8.26.0000; Relator: Sérgio Rui; Comarca: Campinas; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 23/09/2015; Data de registro: 29/09/2015).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação que versa sobre abstenção de instalação de antena de telefonia celular (ERB). Pretensão que envolve – como objeto principal e preponderante – o exame sobre direito de vizinhança, cumprimento de posturas municipais e concessão de licença. Questão ambiental que foi invocada apenas de forma reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes do C. Órgão Especial. Dúvida procedente. Competência da 25ª Câmara de Direito Privado (Conflito de Competência nº 0020061-57.2015.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Comarca: Campinas; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 25/03/2015; Data de registro: 30/03/2015).

Competência recursal. Ação fundada em direito de vizinhança e destinada a impor a demolição de estação de rádio base. Competência que se fixa pela matéria sobre a qual versa a propositura e não, assim, pelo argumento externado pelos litigantes em prol de suas alegações. Irrelevância, por isso, da assertiva de que a antena desatendia às exigências legais e gerava risco ao meio ambiente. Propositura que não versava sobre interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Conflito julgado procedente e proclamada a competência da Câmara de Direito Privado (Conflito de Competência nº 0184236-39.2013.8.26.0000; Relator: Arantes Theodoro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 27/11/2013; Data de registro: 09/12/2013).

Por tais razões, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o recurso de apelação interposto a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0033239-05.2017.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é suscitante 9ª CÂMARA DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 17ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL 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 17ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.269)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA/ESGOTO. A Resolução nº 623/2013 conferiu às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para julgamento de 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, o que ocorre no presente caso, onde busca o Autor-apelado indenização em razão de interrupção indevida do fornecimento de água, ao fundamento de inadimplência. Conflito procedente. Competência da C. 17ª Câmara de Direito Privado para o conhecimento e julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência tirado de apelação em ação de indenização por danos morais, alegando a d. Câmara suscitante que o feito não envolve discussão acerca de responsabilidade civil extracontratual sobre a prestação de serviço público, mas sim, trata de ilícito civil decorrente de contrato de prestação de serviços de fornecimento de água, sendo de competência da d. Câmara suscitada, ao teor do que dispõe a Resolução nº 623/13.

Parecer da i. Procuradoria Geral de Justiça pelo reconhecimento da competência da C. Câmara suscitada, 17ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

O conflito procede, sendo competente para julgamento a Colenda 17ª Câmara de Direito Privado desta Corte.

Com efeito, consoante disciplina o Regimento Interno desta Corte, no seu artigo 103, *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*.

Colhe-se da inicial que o Autor-apelado locou imóvel para servir a seu escritório de advocacia sendo certo que, estando em dia com o pagamento das contas de fornecimento de água e esgoto, teve os serviços interrompidos em abril de 2015, ao fundamento de "corte" por inadimplemento das faturas com vencimento em junho de 2014 e janeiro de 2015; formulou reclamação junto à empresa e apresentou os comprovantes, sendo certo que a religação do fornecimento de água somente foi feita após o apelado efetuar novamente o pagamento das contas reclamadas, dias após efetiva interrupção do fornecimento, razão pela qual pleiteou a indenização por danos morais, acolhida pela r. sentença.

Trata-se, evidentemente, de discussão acerca do fornecimento de água e/ou coleta de esgoto, sem qualquer enfoque acerca de eventual ato administrativo e, ainda que a concessionária DAE – DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE AMERICANA ocupe o polo passivo da ação, as questões trazidas nos autos se traduzem em direitos e obrigações irradiadas do fornecimento dos serviços, a firmar a competência da Colenda Câmara suscitada.

A Resolução nº 623/2013, no § 1º do seu artigo 5º, conferiu às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para o exame das 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" (g.n.).

Portanto, a meu aviso, a competência para julgamento do recurso é da d. Câmara suscitada, 17ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, aliás, confira-se, entre outros, julgados deste Colendo Órgão Especial:

"**0015571-21.2017.8.26.0000** Conflito de competência / Fornecimento de Energia Elétrica

Relator: Márcio Bartoli

Comarca: Porto Feliz

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 28/06/2017

Data de publicação: 30/06/2017

Ementa: Conflito de competência. Agravo de Instrumento interposto

em ação cautelar inominada preparatória. Causa de pedir que alude à possibilidade de compensação dos créditos decorrentes da obrigação de devolução do empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica, com débitos de consumo regular de energia. Pedidos de restabelecimento imediato do ***fornecimento*** de energia elétrica e de exclusão da requerente dos cadastros restritivos de crédito. Controvérsia que tem por base obrigação irradiada de contrato de ***fornecimento*** de energia elétrica. Causa de pedir que não se confunde com crédito tributário ou relação jurídica tributária. Matéria de Direito Privado. Precedentes do Órgão Especial. Art. 5º, § 1º, Resolução nº 623/2013. Conflito julgado procedente. Fixada a competência da 14ª Câmara de Direito Privado.

0016873-85.2017.8.26.0000 Conflito de competência / Águas

Relator: Renato Sartorelli

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 03/05/2017

Data de publicação: 04/05/2017

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 n° 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***".

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o conflito, competente a Colenda 17ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça para processar e julgar o apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

0020291-31.2017.8.26.0000, da Comarca de Pilar do Sul, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.246)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, FRANÇA CARVALHO e PEREIRA CALÇAS julgando o Conflito procedente e competente a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS e BERETTA DA SILVEIRA (com declaração) julgando o Conflito procedente e competente a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência. Ação civil pública ajuizada contra particulares e o Município de Pilar do Sul, responsáveis por loteamento tido por irregular, com o propósito de que fosse regularizado o parcelamento de solo, em obediência à Lei nº 6.766/79, da legislação municipal e da legislação ambiental de regência, com pedido de condenação concorrente do Município para esse fim. Presença da Municipalidade no polo passivo que, por si só, não desloca a competência para conhecimento da apelação para a Seção de Direito Público. Análise do pedido e causa de pedir. Regularização de loteamento. Ausência de

discussão acerca de atos administrativos. Competência da Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/13, art. 5º, I.21. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito procedente, competente a C. Câmara Suscitante, 7ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 7ª Câmara de Direito Privado em face da 8ª Câmara de Direito Público desta Corte, por força de recurso de apelação contra sentença proferida nos autos de ação civil pública que tramitou perante o Juízo de Direito da Vara Judicial da Comarca de Pilar do Sul.

Alega a d. Câmara suscitante que se trata de ação que objetiva a condenação solidária dos corréus, consistente na regularização de desmembramento por meio de solo urbano através de projeto a ser aprovado pelos órgãos competentes e submetido ao registro imobiliário, para posterior execução de obras de infraestrutura pertinentes à alteração e integral adequação após requisitos definidos nas leis municipais, estadual e federal de regência, notadamente as de parcelamento de solo e proteção aos mananciais; aduz que os pedidos formulados não versam sobre as regras de direito privado, ou seja, contratos de venda e compra dos lotes e, sim, dizem respeito à ação civil pública movida pelo Ministério Público, com pedido de regularização do loteamento cumulado com indenização dos prejuízos urbanísticos e ambientais ocasionados pelos Requeridos; assim, falece à C. suscitante competência para o julgamento do recurso, razão pela qual suscita o presente conflito negativo de competência.

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pelo reconhecimento e fixação da competência da C. 7ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

Procede o conflito, declarando-se a competência da Colenda Câmara suscitante, 7ª Câmara de Direito Privado, para processar e julgar o recurso.

Com efeito, é regra do artigo 103 do Regimento Interno desta Corte, que disciplina a competência jurisdicional, ***verbis***: *"**Art. 103.** A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do **pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*.

Na esteira de tal definição é que se entendeu, no Colendo Órgão Especial, pela irrelevância da qualidade da parte ao firmar-se a competência para julgamento, pois consoante já se decidiu, **"Conflito de competência – Ação regressiva de indenização – Acidente de trânsito envolvendo preposto de pessoa jurídica de direito público. 1. O critério balizador da competência**

Acesso ao Sumário

recursal é estabelecido com vistas ao conteúdo da petição inicial, em que são definidos os limites da lide, compreendidos pedido e causa de pedir..."[1]

No caso presente, o Ministério Público do Estado de São Paulo promoveu ação civil pública em face de particulares e também do Município de Pilar do Sul, ao fundamento de que no período compreendido entre os anos de 2009 e 2010, os demandados executaram parcelamento do solo, para fins urbanos, sem registro imobiliário, alienando lotes no imóvel situado na Estrada Vicinal José Almeida Rosa, na cidade e Comarca de Pilar do Sul, sem aprovação do Município e sem prévia anuência dos órgãos do Governo Estadual; quanto ao Município de Pilar do Sul, alegou o autor que houve negligência no dever de fiscalizar e preservar o meio ambiente urbano e natural e recursos hídricos, agredidos pelo parcelamento irregular do solo, induzindo os compradores a uma aparência de licitude, posto que nenhuma medida foi tomada para conter o parcelamento do solo de forma irregular. Por fim, requereu a procedência da ação para condenar os demandados solidariamente a "obrigações de fazer, para cumprimento em prazo não excedente a dois anos (Lei 6766/79, art. 18. Inciso V), a ser fixado na sentença (CPC arts 632 e 633), consistente na regularização do desmembramento" ou, em pedido alternativo, "por meio do desfazimento do parcelamento, com a restituição da gleba ao estado anterior à fragmentação e indenização dos prejuízos que disso decorrerem para os adquirentes dos lotes". (fls. 19/21)

O pedido, tal como posto na exordial, é o de **regularização ou**, em caso alternativo, **desfazimento do desmembramento** de terra levado a efeito de forma irregular na Cidade de Pilar do Sul; não envolve controle e cumprimento de atos administrativos, de tal sorte que, ainda que não se trate de matéria relativa a contratos de venda e compra dos lotes, é tema de competência da Primeira Subseção de Direito Privado, ao teor do artigo 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal de Justiça.

A presença do Município de Pilar do Sul no polo passivo da ação não tem o condão de deslocar, *per se*, a competência para julgamento da matéria que, consoante acima se dispôs, está afeta a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado.

Confira-se, a propósito, julgados do C. Órgão Especial[2]:

"Conflito de competência. Ação civil pública ajuizada contra agentes privados responsáveis por loteamento tido por irregular, com o propósito de que fosse regularizado o parcelamento de solo efetuado pela empresa e pelas pessoas físicas demandadas, nos

Acesso ao Sumário

1 Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013

2 ***NMS***: CC nº 0062696-19.2016.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Rui; j. em 15/02/2017; CC nº 0052418-56.2016.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro j. em 07/12/2016

termos da Lei nº 6.766/79, da legislação municipal e da legislação ambiental de regência; com pedido de condenação concorrente do Município para esse fim.

Presença da Municipalidade no polo passivo que, por si só, não desloca a competência para conhecimento da apelação para a Seção de Direito Público. Análise do pedido e causa de pedir. Regularização de loteamento. Ausência de discussão acerca de atos administrativos ou pedido de anulação de atos do Poder Público. Resolução 623/2013 que dispõe ser competência da Primeira Subseção de Direito Privado o julgamento de matéria relativa a loteamentos e localização de lotes (cf. art. 5º, inciso I, item I.21). Precedentes deste Órgão Especial. Conflito julgado procedente para fixar a competência da Câmara Suscitada, 10ª Câmara de Direito Privado. (CC 0065553-38.2016.8.26.0000, Rel. Márcio Bartoli, j. em 05 de abril de 2017, vu)

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o presente conflito, fixando a competência da Colenda Câmara suscitante, 7ª Câmara de Direito Privado, remetendo-se os autos, com as nossas homenagens.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 40.033)

Renovo, digo logo, meus respeitos ao eminente Relator Desembargador **XAVIER DE AQUINO**, pedindo licença para apresentar voto divergente.

Dou-me pressa em deixar assentado que a discussão acerca da competência para conhecer e julgar matéria relacionada a loteamento irregular está já posta neste Colendo Órgão Especial e com solução definitiva, muito breve, dando fim aos diversos conflitos de competência surgidos.

Lembro também que já fiquei, diversas vezes, vencido nas discussões perante este Colendo Órgão Especial nos julgamentos de conflitos de competência justamente sobre tal matéria:

Conflito de Competência nº 0062696-19.2016.8.26.0000, Relator Des. **Carlos Bueno**. Abriu Divergência o Des. **João Carlos Saletti**, e na ocasião votei com a divergência, j. 15.02.2017.

Conflito de Competência nº 0046335-24.2016.8.26.0000, OE, Rel. Des. **Ferraz de Arruda**, onde também fiz declaração de voto vencido, j. 05.10.2016.

Conflito de Competência nº 0003987-88.2016.8.26.0000, de Rio Claro, Rel. Sorteado **João Negrini Filho**. Apresentou Divergência o Des. **João Carlos Saletti**. Na ocasião também acompanhei a divergência.

Conflito de Competência 0015564-63.2016.8.26.0000, de Itapecerica da

Acesso ao Sumário

Serra, mesma situação onde igualmente acompanhei o Des. **João Carlos Saletti** na divergência.

No presente caso, com a devida *venia* ao douto Relator e também a expressiva maioria que se tem formado neste Colegiado, penso que a competência aqui deve ser reconhecida em face da suscitada Colenda **8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**.

Do exame da petição inicial de onde foi tirado este Conflito de Competência, vejo que se trata de **ação civil pública** que objetiva a condenação solidária dos corréus – incluído o Poder Público Municipal – consistente na **regularização** de **desmembramento** por meio de **solo urbano** através de **projeto a ser aprovado pelos órgãos competentes** e submetido ao registro imobiliário, para posterior execução de obras de infraestrutura pertinentes à alteração e **integral adequação** após requisitos definidos nas leis municipais, estadual e federal de regência, notadamente as de **parcelamento de solo** e proteção aos mananciais. A inicial pretende obter a **regularização** do loteamento irregular cumulado com indenização dos prejuízos urbanísticos e ambientais ocasionados pelos Requeridos.

Penso que, pela leitura da peça primeira da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, os pedidos formulados não versam sobre as regras de direito privado, ou seja, contratos de venda e compra dos lotes e, sim, com pedido de regularização do loteamento irregular cumulado com indenização dos prejuízos urbanísticos e ambientais ocasionados pelos Requeridos, com expressa invocação da **Responsabilidade Objetiva** e também **Subjetiva do Município** e, por isso, a competência para o julgamento do recurso deve ser atribuída à Câmara suscitada.

Há, com a devida *venia*, inegável campo de atuação do Poder Público no que se refere a atos administrativos próprios e que fazem parte do pedido inicial, e, para ficarmos apenas no exame do pedido e causa de pedir, verifica-se claramente que a pretensão imputa **responsabilidade objetiva** do Município e, não bastasse, aponta também **responsabilidade subjetiva** pela falta do serviço, trazendo lição da doutrina que tal se dá quando o serviço público por falha na sua organização *não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente*.

Vale dizer, grande da petição inicial da ação civil foi reservada à Responsabilidade do Município, seja objetiva seja subjetiva, a destacar necessidade de o Poder Público praticar os atos que lhe competia para a regularização do parcelamento do solo relativo ao loteamento que se fez irregular.

Tais pedidos constantes expressamente da inicial dizem respeito a atos administrativos que deverão, ou deveriam, ser emanados do Poder Público, tudo a **afastar** a natureza meramente de direito privado do âmbito da demanda.

Acesso ao Sumário

Há precedente, para esta hipótese, deste Colendo Órgão Especial:

"Ausência de discussão em torno de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, ou registrárias, não obstante a autorização municipal exija igualmente o cumprimento de normas de ordem pública, de caráter privado e público, ligadas ao parcelamento do solo Competência da Seção de Direito Público, nos termos do artigo 3º, incisos I.2, I.10 e I.11, da Resolução 623/2013." (Conflito de Competência nº 0053965-05.2014.8.26.0000, relator Des. **João Carlos Saletti**, j. em 22/10/2014).

Voltando um pouco mais no tempo, temos um precedente elucidativo:

"Em matéria de loteamento, a competência do tribunal está dividida entre as câmaras da Seção de Direito Privado I (1ª a 10ª) e a de Direito Público. Ações que discutem o loteamento sob o âmbito do Direito Privado, como a cobrança de despesas, discussão a respeito de lotes, por exemplo, pertencem à primeira. Quando há discussão a respeito de descumprimento de atos administrativos a cargo da municipalidade ou de órgãos estaduais, a competência é do Direito Público" (Dúvida de Competência n. 169.453.0/00, Rel. **Eros Piceli**, j. 14.01.2009). (grifei).

E, aqui, tal precedente me parece totalmente adequado já que, repito, a inicial da ação civil pública invoca expressamente responsabilidade objetiva e subjetiva do Poder Público por falha do serviço público.

Por tais razões, com estribo no artigo 3º, incisos I.2, I.10 e I.11, da Resolução 623/2013, a competência para conhecer e julgar o agravo de instrumento de onde foi tirado este Conflito de Competência é da 8ª Câmara de Direito Público, na minha visão, com a devida *venia*.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o conflito para declarar competente a 8ª Câmara de Direito Público.

BERETTA DA SILVEIRA, Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0029914-22.2017.8.26.0000, da Comarca de Pirapozinho, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO E FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.468)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE – RECUSA DA UNIVERSIDADE EM EFETUAR A MATRÍCULA DE ALUNA, RELATIVAMENTE INCAPAZ E ASSISTIDA POR SEU GENITOR, APROVADA EM VESTIBULAR – CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA CÂMARA ESPECIAL SOB O FUNDAMENTO DE QUE AS VARAS DE INFÂNCIA E JUVENTUDE (E, EM GRAU DE RECURSO, A CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) ATUAM SOMENTE NAS HIPÓTESES DE MENORES INFRATORES OU EM SITUAÇÃO DE RISCO – HIPÓTESES INOCORRENTES – MATÉRIA TIPICAMENTE ADMINISTRATIVA, QUE NADA TEM A VER COM QUESTÃO AFETA À INFÂNCIA E JUVENTUDE – COMPETÊNCIA PARA EXAME DO RECURSO QUE SE FIRMA PELOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP) – ARTIGO 3º, INCISO I.2, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA C. 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO SUSCITADA".

"A Vara de Infância e Juventude (e, no Segundo Grau,

Acesso ao Sumário

a Câmara Especial) não examina matéria relacionada ao direito de família ou de outra natureza em relação a menores, a menos quando envolva menor infrator ou em situação de risco, o que absolutamente não se vislumbra na hipótese sub judice".

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da E. 4ª Câmara de Direito Público, nos autos do Agravo de Instrumento nº (...).

A E. 4ª Câmara de Direito Público, por acórdão da relatoria do ilustre Desembargador Paulo Barcellos Gatti, não conheceu do recurso determinando a remessa dos autos à Câmara Especial desta Corte sob o fundamento de que a matéria debatida envolve interesse de menor, relativamente incapaz, que busca ver reconhecido seu direito à matrícula em Curso Superior de Engenharia Elétrica, apontando aquele órgão fracionário como competente para dirimir a controvérsia.

Sustenta, em acréscimo, a C. Câmara suscitada que, tratando-se de matéria atinente à área da Infância e Juventude, *"a competência para processar e julgar recursos interpostos nos autos de tutela de urgência em que se discute o não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório é da Câmara Especial, consoante inteligência art. 33, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como dos arts. 148, IV, 208, I e 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente"* (cf. fls. 21/27).

Por sua vez, a C. Câmara Especial, através de acórdão da lavra da ilustre Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci, discordou desse entendimento aduzindo que o tema discutido é alheio à área de Infância e Juventude, não se vislumbrando qualquer situação de risco e/ou abandono da menor a ensejar o reconhecimento da competência daquele Colegiado, cuidando-se de matéria afeta à Seção de Direito Público deste Tribunal, nos termos do artigo 3º, item I.2, da Resolução nº 163/2013 (*leia-se 623/2013*), deste C. Órgão Especial (*cf. fls. 36/41*).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecida a competência da C. Câmara suscitada (*fls. 46/52*).

É o relatório.

Assiste razão à Câmara suscitante.

O artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte, dispõe, em termos claros e literais, que compete à Câmara Especial processar e julgar *"os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude"*.

Acesso ao Sumário

A Vara de Infância e Juventude (*e, no Segundo Grau, a Câmara Especial*) não examina matéria concernente ao direito de família ou de outra natureza em relação a menores, a menos quando envolva menor infrator ou **em situação de risco**, o que absolutamente não se vislumbra na hipótese ***sub judice***.

A requerente, G.F.C., promoveu contra a Unesp *"tutela provisória antecipada em caráter antecedente"*, com fulcro nos artigos 303 e 304 do Novo Código de Processo Civil, buscando a efetivação de sua matrícula no curso de Engenharia Elétrica, independentemente da apresentação de certificado de conclusão do ensino médio, logrando obter a concessão da medida liminar almejada.

A recusa da matrícula pela Universidade em face da ausência do certificado de conclusão do Ensino Médio ou equivalente, formalidade, a seu ver, indispensável para o ingresso da aluna no ensino superior, consoante o disposto no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.394/96, evidentemente, não significa que a menor se encontra em situação de risco de sorte a se atribuir competência à C. Câmara Especial para o julgamento do recurso.

Vale dizer, a controvérsia está relacionada com matéria tipicamente administrativa, diante da negativa da ré em efetivar a matrícula da autora, sendo descartada qualquer questão afeta à Infância e Juventude, contrariamente do que ponderou a C. Câmara suscitada ao declinar de sua competência.

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 3º, inciso I.2, da Resolução nº 623/2013, atribui às Câmaras numeradas entre 1ª a 13ª da Seção de Direito Público competência para o julgamento das *"ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos"*.

Destaco, a propósito, precedente da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recurso de apelação em mandado de segurança. Insurgência contra sentença que concedeu a segurança para determinar o fornecimento ao impetrante, pela autoridade impetrada, do certificado de conclusão do ensino médio. Competência para o processamento e julgamento dos recursos que é definida pelo pedido formulado na petição inicial da ação (art. 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Pretensão do 'writ' que se refere ao cumprimento de ato administrativo. Matéria pertinente às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público (art. 3º, I, I.2, da Resolução nº 623/2013). Fixação da

competência da 13ª Câmara de Direito Público. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento dos autos à Câmara suscitada" (Conflito de Competência nº 0002746-45.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Tristão Ribeiro).

Outrossim, vale a pena reproduzir o seguinte excerto da manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça, ***verbis***:

"3. No caso em apreço, a Autora-agravada, então menor púbere, assistida por seus pais, promove pedido mandamental em face da UNESP, porque, aprovada no exame vestibular, pretende ser matriculada no Curso de Engenharia Elétrica, conquanto não tenha concluído o Ensino Médio, visando, assim, uma progressão educacional.

A recusa em efetivar sua matrícula universitária é o ato administrativo impugnado.

4. O anotado art. 33 em seu parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno do TJSP, fixa a competência recursal da Câmara Especial para conhecer e julgar, dentre outros procedimentos, 'os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude'.

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a competência da Justiça da Infância e da Juventude em seu art. 148, cujo 'caput' contém sua competência absoluta, e seu parágrafo único os procedimentos a ela atribuídos quando a criança ou adolescente encontrar-se em situação de risco, pessoal ou social, nos ditames de seu art. 98, cuja competência será, portanto, relativa, pois só se presente essa situação é que a ela será atribuído o pedido judicial.

Em seu inciso IV, o sobredito art. 148, 'caput', regra a competência absoluta para '[...] ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209', que trata de competência territorial.

Mas, o art. 208 do mesmo Estatuto dita várias situações fático-jurídicas resultantes em ofensa a direitos de infantes cuja responsabilidade será por ele regida, dentre os quais, o de ensino obrigatório (inciso I), acrescentando seu § 1º que, além dos dez incisos, '[...] não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.' – negritamos.

5. Neste conflito, ao que se depreende, a pretensão judicial formulada pela Autora-agravada tem como causa de pedir (direito à educação em sentido amplo), direitos e interesses alusivos a toda e qualquer pessoa natural, não sendo próprios e exclusivos da infância e da adolescência, como dita a norma estatutária.

Destarte, o motivo da impetração da segurança decorre de controvérsias administrativas relacionadas à prestação de serviço educacional, contudo, indiretamente, relacionado ao direito à

Acesso ao Sumário

educação, sem conotação ao posto 'ensino obrigatório'.

Esse direito à educação e o respectivo ensino obrigatório, neste caso, estão preservados, sem qualquer infringência, porquanto, a infração posta, como mencionado, refere-se à prestação do serviço público, aqui, relativo à educação.

6. Inolvidável que os fatos que fundamentam o pedido inicial ocorreram em face de uma adolescente (fls. 9), todavia, esse pedido não cuida de interesses e direitos direta e exclusivamente relacionados aos da infância e da juventude eventualmente ofendidos.

Os direitos e interesses jurídicos debatidos, nestes autos eletrônicos, não contêm vínculo com a proteção integral, absoluta e prioritária que norteia as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cuida-se, portanto, de direitos e interesses garantidos a toda e qualquer pessoa humana, independentemente de sua capacidade civil ou faixa etária.

7. Pois bem, compete à Seção de Direito Público conhecer e julgar, preferencialmente, as 'Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos' (art. 3º, I, I.2, Res. n. 623/2013). Como a causa de pedir, neste procedimento judicial, tem como fato gerador a recusa do agente público em efetivar a matrícula universitária que, segundo consta e afirma, é direito líquido e certo da Autora-agravada, este caso subsome-se à sobredita regra regimental, de sorte que, pela matéria posta em debate, competente para julgar o recurso é a Seção de Direito Público" *(cf. fls. 48/51).*

Em suma, o exame do agravo de instrumento toca à C. 4ª Câmara da Seção de Direito Público, suscitada, nada tendo a ver a discussão com matéria afeta à Infância e Juventude e, ***ipso facto***, à C. Câmara Especial.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 4ª Câmara da Seção de Direito Público para a qual deverão ser remetidos os autos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0026141-66.2017.8.26.0000, da Comarca de General Salgado, em que é suscitante 1ª TURMA DO COLÉGIO RECURSAL DE FERNANDÓPOLIS, é suscitada 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL 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 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.480)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO PENAL – DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – CÂMARA CRIMINAL E TURMA DE COLÉGIO RECURSAL – DECISÃO RECORRIDA PROFERIDA PELO JUÍZO COMUM CRIMINAL – COMPETÊNCIA DO COLÉGIO RECURSAL RESTRITA AO EXAME DE RECURSOS ORIUNDOS DE DECISÕES DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS – ARTIGO 84, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E 39 DO PROVIMENTO CSM Nº 2.203/2014 – INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DO VERBETE DA SÚMULA Nº 82 DESTA C. CORTE – SOMA DAS PENAS MÁXIMAS DOS DELITOS IMPUTADOS QUE SUPERA O LIMITE DE DOIS ANOS – PRECEDENTES DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL, SUSCITADA.

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre as C. 15ª Câmara de Direito Criminal e 1ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal da 18ª Circunscrição

Judiciária (Fernandópolis/SP) para enfrentamento de apelações interpostas contra r. sentença proferida a fls. 180/197.

Distribuídos originalmente os recursos à C. 15ª Câmara de Direito Criminal, o v. Acórdão encartado a fls. 264/267, relatado pelo eminente Des. Poças Leitão, por unanimidade não conheceu dos apelos, ao fundamento de que os artigos pelos quais os réus foram condenados envolvem infrações penais de menor potencial ofensivo, na linha do que dispõem o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.259/2001 e o artigo 61 da Lei nº 9.099/1995, ordenando remessa dos autos ao Colégio Recursal competente.

Redistribuídos os autos, a 1ª Turma do Colégio Recursal da 18ª Circunscrição Judiciária (Fernandópolis/SP), sob relatoria do eminente Juiz Dr. Vinícius Castrequini Bufulin (fls. 282), por meio de monocrática proferida a fls. 290/291, declinou da competência suscitando o presente conflito, argumentando não competir ao Colégio Recursal o exame de recursos interpostos contra decisões proferidas pelo Juízo Criminal Comum, ao passo que à luz da Súmula nº 82 desta C. Corte a competência recursal seria mesmo da C. 15ª Câmara de Direito Criminal.

Processado o conflito, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer acostado a fls. 299/232, opinou pela competência da C. Câmara suscitada.

É o breve relatório.

In casu, configurado conflito negativo de competência, ambos os órgãos jurisdicionais consideram-se incompetentes para exame das apelações interpostas em ação penal julgada procedente, nos termos da r. sentença proferida a fls. 180/197 que, acolhendo denúncia formulada, condenou os réus pela prática dos crimes tipificados nos artigos 147, ***caput***, e 331, ***caput***, do Código Penal, bem como 19 da Lei das Contravenções Penais.

Com razão o suscitante.

De fato, pese condenação envolver infrações penais de menor potencial ofensivo, à luz do que dispõem os artigos 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, e 61 da Lei nº 9.099/1995, não compete ao Colégio Recursal enfrentamento de recursos interpostos contra julgados proferidos por Juízo Criminal Comum, mas apenas daqueles oriundos dos sistemas dos Juizados Especiais, à luz do que dispõem os artigos 84, § 1º, da Constituição Estadual, e 39 do Provimento CSM nº 2.203/2014.

Não bastasse, sedimentado no âmbito desta C. Corte, pelo verbete da Súmula nº 82, que *"compete ao Juízo Criminal Comum processar e julgar ação na qual se imputam ao réu crimes cuja soma das penas máximas ultrapassa o limite de 02 (dois) anos previsto no art. 61 da Lei 9.099/95"*, hipótese que se amolda ao caso concreto.

Nessa mesma linha, o C. Superior Tribunal de Justiça robora o

entendimento:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL PRIVADA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. AUDIÊNCIA PRÉVIA DE CONCILIAÇÃO. NÃO REALIZAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CONCURSO MATERIAL DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. SOMA DAS PENAS EM ABSTRATO SUPERIOR A DOIS ANOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. ATIPICIDADE DO FATO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. DESCRIÇÃO RAZOÁVEL DOS FATOS IMPUTADOS. TESES DEFENSIVAS QUE DEPENDEM DE INSTRUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. ***A despeito dos delitos em apuração serem de menor potencial ofensivo, deve-se considerar a soma das penas máximas em abstrato em concurso material, ou, ainda, a devida exasperação, na hipótese de crime continuado ou concurso formal, e ao se verificar que o resultado da adição é superior a dois anos, afasta-se a competência do Juizado Especial Criminal.****"* (RHC 60.883/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016) – grifou-se.

Sem discrepar, precedentes deste C. Órgão Especial apontam para a mesma solução:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Colégio Recursal julga recursos oriundos de decisões proferidas por Juiz em exercício em Juizado Especial – Decisão, ***in casu***, proferida por MMª Juíza da 2ª Vara Judicial da Comarca de Conchas – Competência da Câmara Criminal suscitada, nos termos do art. 84, § 1º, da Constituição Estadual e Provimento nº 806/03, do CSM – Precedentes do C. Órgão Especial. O Colégio Recursal só tem competência para julgar recurso oriundo de decisão proferida por Juiz de Direito em exercício em Juizado Especial." (Conflito de Competência nº 0267406-40.2012.8.26.0000, rel. Des. Luis Ganzerla, j. em 27.02.2013). No mesmo sentido: Conflito de Competência nº 0101590-40.2011.8.26.0000, rel. Des. Ruy Coppola, j. em 03.08.2011.

Julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 15ª Câmara de Direito Criminal, suscitada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

0029915-07.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 7ª 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 7ª CÂMARA 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 28906)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Incidente de remoção de inventariante – Inventário – Matéria pertinente à Seção de Direito Privado (Subseção I), nos termos do art. 5º, Inc. I, I.10, da Resolução nº 623/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Hipótese que não se enquadra no teor do art. 33, parágrafo único, I, do RITJSP, que estabelece a competência da C. Câmara Especial para processar e julgar incidentes de suspeição e impedimentos de juiz de primeiro grau – Decisão do agravo de instrumento que não irá julgar a exceção, ainda que a argumentação esteja ligada à suspensão do processo principal devido à anterior oposição de duas exceções de suspeição – Competência da Câmara suscitada, observando-se a prevenção – Conflito procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que a decisão agravada foi proferida no incidente de remoção de inventariante diante do andamento do feito mesmo com a existência de oposição de duas exceções de suspeição nos autos principais, o que não se confunde com as hipóteses do art. 33 do Regimento Interno e deve ser julgada dentro da competência da preventa 7ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

A competência para conhecer e processar o presente recurso é da 7ª Câmara de Direito Privado, ainda que o tema esteja ligado a anteriores exceções de suspeição opostas.

O agravo de instrumento foi interposto contra decisão de incidente de remoção de inventariante que determinou a intimação da inventariante para apresentar defesa e provas, sob a alegação de que tal decisão não poderia ser proferida diante da suspensão decorrente de duas exceções de suspeição opostas nos autos de inventário em razão de, segundo a recorrente, o seu ajuizamento resultar na suspensão do processo e de seus incidentes.

Da leitura do mencionado art. 33, parágrafo único, I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que é de competência da Câmara Especial processar e julgar os incidentes de suspeição e impedimento do juiz de primeiro grau.

Não obstante a argumentação da minuta do agravo esteja baseada na existência de exceções de suspeição nos autos principais, o fato é que a decisão agravada foi proferida em incidente dentro do processo de inventário e o recurso não se destinará a decidir especificamente as aludidas suspeições. Desse modo, a hipótese não se enquadra no teor do aludido art. 33, parágrafo único, I, do RITJSP e, assim, não se trata de competência da C. Câmara Especial, mas sim cinge-se à análise, no que diz respeito ao julgamento do recurso, das regras gerais de competência das Câmaras, a qual, no caso, pertence à Seção de Direito Privado, que é competente para decidir todas as questões relativas a processos de inventário (art. 5º, Inc. I, I.10, da Resolução nº 623/2013).

Como bem consignado pela C. Câmara suscitante, não se pode confundir a competência para julgamento das exceções de suspeição com aquela destinada a reexaminar as decisões proferidas no processo de origem, mesmo que a fundamentação esteja conectada à existência de exceções já opostas e à suspensão ou não da ação.

Sobre o tema, há precedentes semelhantes deste C. Órgão Especial:

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

Acesso ao Sumário

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. 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. (Conflito de Competência nº 0017001-08.2017.8.26.0000 – Aparecida – Órgão Especial – Rel.: Ricardo Anafe – J. 19/04/2017)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação principal que versa sobre pedido de alvará para levantamento de importância depositada em nome de pessoa falecida. É com base nesse pedido (envolvendo direito sucessório) que deve ser aferida a competência recursal, independentemente da natureza do incidente (em que foi proferida a decisão agravada), pois, a competência em razão da matéria (prevista no art. 103 do RITJSP) *"é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento"* (art. 104). Recurso, ademais, que não envolve discussão sobre a alegada exceção de suspeição da magistrada (que é objeto de incidente próprio com outra espécie de tramitação). Na verdade, o agravo foi interposto contra a decisão que rejeitou a exceção de suspeição do servidor, daí porque – ao invés de incidir a disposição do art. 33, parágrafo único, inciso I, do RITJSP (tese defendida pela Câmara suscitada), deve ser aplicada a regra do art. 103 do RITJSP c.c. art. 5º, inciso I, item I.10, da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013, que contempla dentre as causas de competência recursal da Primeira Subseção de Direito Privado os pedidos de "inventário e arrolamento" (abrangendo o alvará para levantamento de valores) porque esse pedido também é inerente ao direito sucessório. Conflito julgado procedente, com reconhecimento da competência da Primeira Subseção de Direito Privado para conhecimento do Agravo de Instrumento. (Conflito de Competência nº 0020915-17.2016.8.26.0000 – Aparecida – Órgão Especial – Rel. Ferreira Rodrigues – J. 27/07/2016)

Acesso ao Sumário

Destarte, tratando-se de questão dentro de inventário, de competência da Seção de Direito Privado, as questões incidentais à ação são igualmente de sua competência.

Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito** para estabelecer a competência da C. 7ª Câmara de Direito Privado (Subseção I) para o julgamento do recurso interposto, nos termos do artigo 5º, inciso I, item I.10, da Resolução nº 623/2013.

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 9029909-22.2009.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que são reclamantes OÁSIS SPA & HOME RESORT SPE LTDA., COMIN RUBIO & SIERVO CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO LTDA., FC LIRA EMPREENDIMENTOS LTDA., LICO S EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e GUARUJÁ PAULISTA INCORPORADORA LTDA., são reclamados RENATO NALINI e FÁBIO FRANCISCO TABORDA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.608)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECLAMAÇÃO – Alegação de violação da competência deste Eg. Tribunal de Justiça porque a ação civil pública em questão configura verdadeiro controle da constitucionalidade de lei municipal, o que deve ser postulado em via própria, cuja competência é do Colendo Órgão Especial – Inocorrência – A decisão de Primeira Instância, assim como aquelas proferidas nos agravos de instrumento em nada violaram a competência deste Colendo Órgão Especial – Possibilidade da declaração de inconstitucionalidade na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Pedido improcedente.

VOTO

1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, ajuizada por Oásis Spa & Home Resort SPE Ltda. e outros, sob o argumento de que tanto a decisão de primeiro grau que deferiu parcialmente a antecipação da tutela pleiteada, nos autos da ação civil pública (processo nº 223.01.2009.003758-4), como aquelas proferidas pelo Excelentíssimo Desembargador Relator dos agravos de instrumento nº 920.911-5/4-00 e 923.370-5/6-00, teriam usurpado competência deste C. Órgão Especial.

Processada a reclamação sem concessão da liminar pleiteada (fl. 317/319), foram prestadas as informações pelo eminente Desembargador Renato Nalini (fl. 322/323), e pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Guarujá (fl. 326).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 336/344, propôs o não conhecimento da reclamação e, no mérito, caso conhecida, a sua improcedência.

Foi noticiado o provimento do agravo de instrumento nº 920.911.5/4-00, com efeito translativo, para extinguir a ação civil pública, sem resolução de mérito (fl. 353/364).

Sobreveio a decisão monocrática de fl. 366, na qual o eminente Desembargador Relator entendeu pela perda do objeto da reclamação, "restando prejudicado o exame do mérito".

Acesso ao Sumário

Diante da interposição de embargos de declaração pelo Ministério Público, rejeitados pela Colenda Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fl. 369/378), e a interposição de recurso especial, o eminente Desembargador Relator reconsiderou o *decisum* e suspendeu o andamento do feito "aguardando-se, em cartório, o desfecho do recurso especial interposto pelo Ministério Público" (fl. 395).

Com a informação da decisão do Recurso Especial nº 1.287.287-SP, dando provimento ao recurso especial "para anular o acórdão dos embargos de declaração, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que se manifeste, expressamente, a respeito do quanto alegado em sede declaratória" (fl. 473/474), os autos vieram conclusos.

É o relatório.

2. De rigor o conhecimento e a improcedência do pedido.

Ex ante, cumpre notar que, pede-se, na ação civil pública em questão, a tutela jurisdicional relativamente a uma questão concreta: em última análise, tem por objetivos obrigar o Município do Guarujá a não expedir alvarás para construção de edifícios na praia da Enseada com base na Lei Municipal nº 108/2007, e das construtoras em não promover ou realizar edificações e obras amparadas em alvarás emitidos com base na referida lei municipal, bem como a providenciarem a demolição das construções já erigidas com base em alvarás concedidos com supedâneo na lei em questão, pedidos estes que, segundo os reclamantes, representam autêntica ação direta de inconstitucionalidade, matéria reservada exclusivamente à competência originária deste Colendo Órgão Especial.

O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que só a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (artigo 102, inciso I, l, da Constituição Federal), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem súmula vinculante (artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal).

E, no âmbito do Judiciário paulista, o procedimento de reclamação está previsto no artigo 74, inciso X, da Constituição do Estado de São Paulo[1].

A seu turno, dispõe o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu artigo 195, *caput*, que **"a reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisões ou a observância de suas súmulas, ou de seus enunciados de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, ou em incidentes de assunção de competência, será processada na forma da**

Acesso ao Sumário

1 "Artigo 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: (...) X – a reclamação para garantia da autoridade de suas decisões;"

legislação vigente."

Como se vê, exige-se como requisito para o exercício viável do instituto da reclamação tenha havido violação da competência do Tribunal ou descumprimento de suas decisões. No caso, os reclamantes entendem pela violação da competência deste E. Tribunal de Justiça, ao argumento de que a ação civil pública em questão configura verdadeiro controle da constitucionalidade de lei municipal, o que deve ser postulado em via própria, cuja competência é do Colendo Órgão Especial.

N'outro bordo, a prejudicial heterotópica inserta na letra "a" inciso V do artigo 313, do Código de Processo Civil (CPC/1973, art. 265, inciso IV, *a*), guarda como premissa de validade e eficácia a existência de processo pendente, ou seja, que não tenha sido, até então, definitivamente julgado.

In casu, a prejudicial estaria ligada, intimamente, ao recurso especial interposto em face do acórdão que rejeitou os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fl. 369/378), recurso este provido, na forma da decisão monocrática de fl. 473/474, datada de 03 de abril de 2017, "para anular o acórdão dos embargos de declaração, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que se manifeste, expressamente, a respeito do quanto alegado em sede declaratória."

Nesse diapasão, ainda que duvidosa a prejudicial tendo em vista o disposto no § 4º, do artigo 313, do Código de Processo Civil, não há razão para a suspensão do feito, independentemente de considerações outras. De rigor, portanto, a apreciação da reclamação.

Apesar dos argumentos trazidos pelos reclamantes, não houve violação da competência deste E. Tribunal de Justiça, o que inviabiliza a procedência do pedido. Isso porque na ação civil pública sob exame, o seu objeto é uma pretensão, de modo que eventual declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, servirá como fundamento jurídico do pedido, assim *causa petendi*. Ora, se assim entender o Juízo, a declaração de inconstitucionalidade será decidida, portanto, incidentemente, constituindo questão prejudicial, vale dizer, o objeto da ação não é, unicamente, a declaração de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

"(...) nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis

públicas ou coletivas” (MAZZILLI, Hugo Nigro, O Inquérito Civil, p. 134, item n. 7, 2. Ed., 2000, Saraiva).

Nesse sentido o entendimento da Corte Suprema:

“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

– O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.” (Rcl 1.733/MC/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 1º.12.2000).

Desta feita, conclui-se que, no caso, eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 108/2007, terá um caráter eminentemente prejudicial, não sendo o objeto, em si, da ação civil pública, azo pelo qual não há falar em usurpação da competência deste E. Tribunal de Justiça.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2002711-51.2017.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante G.L.M.S. (MENOR), é agravado MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.173)**

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, 26 de junho de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Transporte. Portador de necessidades especiais. Presença dos requisitos ensejadores da tutela antecipada, notadamente no que diz respeito aos prejuízos irreparáveis à criança, no caso de ficar sem possibilidade de se locomover até o local específico para o tratamento especializado. Transporte relacionado como Direito Fundamental. Exegese do artigo 6º, da Constituição Federal. Garantia dos superiores interesses da criança e do adolescente. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de liminar, para concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pela criança G.L.M.S., representado por sua genitora A.E.M.R., contra a r. decisão proferida pelo MMº Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Mogi das Cruzes,

nos autos de ação de obrigação de fazer, que acolheu os embargos de declaração interposto pelo Município e reconsiderou o pedido relativo a transporte especial para sua ida e retorno ao tratamento especializado, indeferindo, sob o fundamento de que o autor não está regularmente matriculado na rede escolar Municipal, não sendo responsabilização do ente público o transporte escolar (fl. 74).

Sustenta o agravante, preliminarmente, a nulidade da decisão, vez que foi proferida com efeito modificativo após embargos declaratórios, apresentando vício formal, e, ainda, em apertada síntese, afirma que a criança é portadora de transtorno do espectro autista (CID F84, CID F71, CID 87.1 e CID 84.9) sendo a respeitável decisão contrária aos seus maiores interesses e que a falta ou precariedade dos serviços de transporte estadual ou municipal comina na impossibilidade de locomover-se por conta própria. Requer, ao final, a concessão da tutela antecipada e garantir o transporte especial para possibilitar a frequência na APAE (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais) (fls. 1/12).

O pedido liminar foi deferido (fls. 156/158), o agravado apresentou contraminuta (fls. 260/269), foram prestadas informações (fls. 86/87) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 464/467).

É o relatório.

Preliminarmente, tendo em vista os superiores Interesses da Criança e do Adolescente e que o Código de Processo Civil visa a celeridade processual e a primazia da solução de mérito a fim de que se tenha prazo razoável para a solução do litígio, não se vislumbra a nulidade da r. decisão guerreada.

O presente recurso comporta provimento.

De se destacar, de início, que o presente recurso se insurge contra decisão prolatada em sede liminar, que nega o transporte especial da residência da criança até o local de atendimento, portanto, a apreciação do mérito recursal limitar-se-á à decisão que indeferiu a liminar pleiteada.

De acordo com os documentos acostados aos autos, a criança é portadora de transtorno do espectro autista (CID F84, CID F71, CID 87.1 e CID 84.9), possuindo limitações funcionais para o seu desenvolvimento e necessita de serviço público de transporte para obtenção do atendimento especializado, essencial para a manutenção de seu pleno desenvolvimento como pessoa.

Com efeito, a criança não consegue se locomover por meio de transporte público, e não há, por ora, qualquer prova do agravado de que promova, tão somente, o transporte de pessoas com deficiência, temporária ou permanente, ou que tenham necessidade de acessibilidade; dessa forma, melhor se faz garantir o transporte gratuito especializado e adequado à criança, sob o risco de o acompanhamento, nesse caso, perder a sua eficácia. Levando-se em conta que o objeto principal do recurso, no caso em comento, é o atendimento especial à

Acesso ao Sumário

criança, portadora de necessidades especiais.

Destarte, garantido pelo art. 6º da Constituição Federal, relacionado como um direito fundamental, que guarda sintonia com a fruição de outros direitos, também fundamentais, neste caso, saúde e educação, justificado o reconhecimento da relevância dos fundamentos da demanda e do receio de ineficácia do provimento final, estando presentes os requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, autorizadores da concessão do pedido liminar, sendo de rigor a reforma da decisão agravada.

Nada obstante, como bem ponderado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, *"É evidente que, ao longo do processo, a discussão evoluirá e analisará a questão de fundo da demanda. Nesta análise perfunctória, o direito do autor é manifesto."* (fl. 466).

Em síntese, os requisitos ensejadores da antecipação da tutela estão presentes, a autorizar a reforma da respeitável decisão combatida.

Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2207197-32.2016.8.26.0000, da Comarca de Piraju, em que é agravante MUNICÍPIO DE ÓLEO, é agravada I.F.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o Relator sorteado com declaração de voto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.847)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, ALVES BRAGA JUNIOR, vencido, ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente).

São Paulo, 26 de junho de 2017.

SALLES ABREU, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DECISÃO QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO OU O CUSTEIO DA REALIZAÇÃO DO EXAME "EXOMA" PARA CRIANÇA, PORTADORA DE SÍNDROME GENÉTICA, AINDA A SER

ESCLARECIDA, TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA E EPILEPSIA – DIREITO À SAÚDE CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA – AGRAVO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo **MUNICÍPIO DE ÓLEO** contra decisão de fls. 43/44 que antecipou os efeitos da tutela, na *ação de obrigação de fazer*, determinando o fornecimento ou o custeio da realização do exame "EXOMA", em laboratório a ser determinado, sob seu critério, conforme solicitado pelo médico, de que necessita a menor **I.F.S.**, portadora de síndrome genética, ainda a ser esclarecida, transtorno do espectro autista e epilepsia atualmente controlada.

O E. Relator Sorteado dá provimento ao recurso do Município, ao argumento de que, em que pese a comprovação das doenças que acometem a criança, não há urgência que justifique a antecipação de tutela, para a realização do exame.

É o relatório.

A menor **I.F.S.** impetrou **mandado de segurança**, com pedido de liminar, contra o **MUNICÍPIO DE ÓLEO** visando o fornecimento ou o custeio da realização do exame "EXOMA", em laboratório a ser determinado, conforme solicitação médica.

É sabido que a saúde é responsabilidade da União, Estados e Municípios.

A propósito, este tem sido o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciado nas Súmulas nsº 37 e 66, bem como do Supremo Tribunal Federal (RE nº 607.381-AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31.5.2011, DJE de 17.6.2011).

Os artigos 6º e 227 da Constituição Federal garantem à criança e ao adolescente o acesso aos meios necessários ao tratamento, recuperação, habilitação ou reabilitação de toda e qualquer enfermidade.

Tais normas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, de acordo com o disposto pelo art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Ainda, o artigo 196, da Constituição Federal, enuncia expressamente a saúde como direito de todos, estabelecendo o dever do Poder Público em tomar medidas para garantir sua promoção, proteção e recuperação.

Sobre o tema, dispõe ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente:

"Art. 11. **É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas**

Acesso ao Sumário

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.

(...)

§ 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.”

Vale repisar que ficou demonstrado nos autos o risco de dano irreparável ou de difícil reparação na demora da prestação jurisdicional, considerando que a urgência na realização do exame pleiteado decorre justamente do estado de saúde da menor, que é portadora de síndrome genética, ainda a ser esclarecida, transtorno do espectro autista e epilepsia, havendo prova suficiente da necessidade de urgência na realização do exame, conforme solicitação médica e documentos de fls. 27/29.

E sendo a saúde direito e garantia fundamental, qualquer embaraço à sua integral fruição está sujeito à correção pelo Poder Judiciário.

De rigor, portanto, a manutenção da r. decisão proferida pelo Juízo *a quo*, em obediência à Lei nº 8.069/90, que visa a proteção integral à criança e ao adolescente.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Civil Pública com obrigação de fazer – Fornecimento do exame de sequenciamento exômico para pesquisa de mutações exons codificantes de proteínas do genoma humano – Garantia ao direito à saúde pública – Direito fundamental a vida digna – Recurso não provido.” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2000294-62.2016.8.26.0000; Comarca: Ribeirão Preto; Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo; Relator Magalhães Coelho, j. 15/02/2016).

Pelo meu voto, pois, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, mantendo-se a decisão proferida pelo Juízo *a quo*.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 05765)

Respeitado o entendimento da douta maioria, dela ousei divergir.

O julgamento do agravo limita-se à verificação da presença dos requisitos autorizadores da tutela antecipada, vedado o exame da matéria de fundo da ação originária.

A antecipação da tutela jurisdicional consiste *"na possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da sentença, para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos"*[1].

A súmula 37 do TJSP dispõe que "A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno".

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado. É o que dispõe a Constituição Federal em seu art.196. O Direito à Saúde está previsto no artigo 6º, dentre os Direitos Sociais, portanto. No artigo 198, encontra-se a previsão do sistema único de saúde, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (parágrafo primeiro).

Não se pode invocar o caráter programático das regras constitucionais para deixar de cumprir a obrigação de fornecer medicamentos e adequado tratamento, quando indispensáveis[2].

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).

Para garantia do acesso universal e igualitário, depende-se do emprego dos recursos públicos com o máximo de eficiência, e as decisões, que tratam de situações particulares, devem nortear-se pela excepcionalidade.

No caso em análise, há comprovação de que a criança sofre de síndrome genética não especificada e epilepsia. Daí a prescrição do exame de exoma, para esclarecer melhor a síndrome (fls. 27/29).

No entanto, não há urgência que justifique a antecipação de tutela.

Não se trata de exame do qual a criança necessite, desde logo, para preservação da vida. Laudo médico afirma que a epilepsia está sob controle. Não se observa risco de morte.

Observe-se que a agravada não mais se manifestou nos autos principais e sequer apresentou contrarrazões, a reforçar a tese de que não há urgência na realização do exame.

Assim, não se trata, aparentemente, de caso que não possa aguardar até o término da demanda, para que a questão seja resolvida após regular desenvolvimento processual, exauridas as oportunidades para o contraditório e a ampla defesa.

Acesso ao Sumário

1 LENZA, Pedro. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 684.

2 RE AgR/RS 271.286 – Min. Celso de Mello – j. 12.09.00.

Com estas considerações, **dava** provimento ao recurso.

ALVES BRAGA JUNIOR, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041233-50.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é agravada L.F.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento em parte. Vencido o Relator sorteado que provia em maior extensão e declara voto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.482)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, ALVES BRAGA JUNIOR, vencido, ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente).

São Paulo, 10 de julho de 2017.

SALLES ABREU, Relator Designado

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – LEGITIMIDADE PASSIVA – OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO – SOLIDARIEDADE ENTRE ESTADO E MUNICÍPIOS – REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA POR CONTA DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO INEFICAZ PERANTE O CIDADÃO – SÚMULAS 37 E 66, TJSP.

PROCESSUAL CIVIL – INTERESSE PROCESSUAL – RECUSA FORMAL DE FORNECIMENTO – DESNECESSIDADE – MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS SUFICIENTE A INDICAR A RECUSA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO FORA DAS LISTAGENS DO SUS – FORMALIDADE SUPRIDA PELA RECUSA MANIFESTADAS NO PROCESSO.

MANDADO DE SEGURANÇA – PRAZO

Acesso ao Sumário

DECADENCIAL NÃO OBSERVADO – RELATÓRIO E RECEITUÁRIOS MÉDICOS DATADOS DE MENOS DE 120 DIAS DA IMPETRAÇÃO – PRESUNÇÃO DE EXERCÍCIO DO WRIT DENTRO DO PRAZO LEGAL – IMPETRANTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ – NÃO FLUÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 207, 208 E 198, I, TODOS DO CÓDIGO CIVIL.

ECA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RELATÓRIO MÉDICO INDICANDO TENTATIVA FRUSTRADA DE CONTROLE DA DOENÇA COM O USO DOS MEDICAMENTOS FORNECIDOS REGULARMENTE PELO SUS – ELEMENTO DE PROVA A INDICAR A INEFICÁCIA SUFICIENTE PARA A TUTELA DE URGÊNCIA – MELHORA NO CONTROLE DA DOENÇA OBTIDA A PARTIR DO USO DOS MEDICAMENTOS PRETENDIDOS SUFICIENTE PARA COMPROVAR A EFICÁCIA DOS MESMOS – VEROSSIMILHANÇA E URGÊNCIA DEMONSTRADOS – AUMENTO DO PRAZO DE FORNECIMENTO PARA 30 DIAS – AGRAVADO PROVIDO TÃO SOMENTE PARA TAL FIM, MANTIDA A DETERMINAÇÃO DE FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS.

VOTO

Ouso divergir do voto do E. Relator Sorteado, especialmente quanto ao mérito do pedido de concessão de tutela de urgência para o imediato fornecimento de insulina LANTUS (GLARGINA) ou LISPRO, para tratamento de *diabetes mellitus* tipo 1 (CID E10), que acomete a parte agravada, nascida em (...).

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão de primeiro grau que determinou ao Município de Guarulhos o imediato fornecimento dos citados medicamentos, insistindo o agravante pela falta de comprovação da negativa de fornecimento dos medicamentos e, ainda, que o tratamento preconizado e fornecido pelo SUS, com uso de insulinas NPH e Regular, são suficientes para atender às necessidades da criança, não havendo provas da superioridade dos medicamentos pretendidos. Sustenta, ainda, ausência de indicação certa do ato coator para fins de contagem do prazo decadencial de 120, bem como a exiguidade de tempo para cumprimento da decisão liminar e a impossibilidade

Acesso ao Sumário

de imposição de multa em sede de ação de mandado de segurança.

Houve, pelo E. Relator Sorteado, deferimento do efeito suspensivo pretendido (fls. 105/106).

Adiro ao voto do E. Relator Sorteado no que diz respeito à não suspensão do presente feito, por conta do julgamento do REsp 1.657.156/RJ, afeto à sistemática dos recursos repetitivos, pois se trata aqui de ato urgente, atinente à concessão e cumprimento de tutela de urgência.

Nestes casos, limita-se a suspensão determinada pelo Superior Tribunal de Justiça ao mérito do pedido, permitindo-se ao Juízo de base a decisão de questões urgentes, especialmente em se tratando de tutela de urgência destinada à garantia do direito à saúde de criança.

No mérito, tenho que o agravo não pode ser provido.

As preliminares arguidas na defesa, e reiteradas no agravo de instrumento, devem ser por ora afastadas.

Há solidariedade entre os entes federados quanto a obrigação de prover a saúde (art. 23, II, CF), garantida pela Constituição Federal como direito público subjetivo (arts. 6º e 196, CF). A tese foi confirmada de forma definitiva no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178, com a seguinte ementa:

> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.**
>
> O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porque responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.
>
> (STF – Repercussão Geral no RE 855.175-SE – Pleno – rel. Min. Luiz Fux – j. 05.03.2015 – DJe 13.03.2015).

Acesso ao Sumário

A posição adotada pelo Tribunal Constitucional não destoa do posicionamento adotado por esta Câmara Especial:

> Súmula 37, TJSP: A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.
>
> Súmula 66, TJSP: A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estados e Município.

Havendo solidariedade em sentido estrito, permite-se à parte indicar um, algum ou todos os responsáveis pela satisfação da obrigação pretendida (art. 275, *caput*, CC), não havendo que se questionar a escolha ou os limites da

responsabilidade do escolhido.

O fato de o art. 197, CF prever a administração hierarquizada do sistema único de saúde, amparada na diretriz da descentralização, não traduz isenção de responsabilidade própria de cada ente federado em prover dos meios necessários ao exercício do direito à saúde, pelo fornecimento de tratamento, medicamentos e insumos.

A negativa do fornecimento dos medicamentos pretendidos é tácita, pois o teor da defesa apresentada pelo Município de Guarulhos é claro no sentido do não fornecimento dos medicamentos indicados pelo médico assistente da criança, pelo fato de não constarem no rol de medicamentos mantido pelo SUS. Exigir, nestes casos, que o direito de ação se vincule à negativa forma que já se tem certeza que ocorrerá é diminuir o direito fundamental à saúde e o princípio da proteção integral previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Também não há que se falar em decadência, seja porque o relatório e receituário médico a indicar a necessidade dos medicamentos específicos datar de 22.11.2016, com distribuição do presente *writ* em 11.01.2017, presumindo-se a recusa administrativa dentro de tal interstício de tempo. Ou seja, antes de vencidos os 120 dias, houve apresentação do mandado de segurança, não se falando em decadência.

Da mesma forma, há de se observar que o destinatário da segurança é absolutamente incapaz, ensejando a não fluência do prazo decadencial, nos termos dos arts. 207, 208 e 198, I, todos do Código Civil.

E, no mérito, tenho que há suficiente comprovação da necessidade dos medicamentos, bem como da ineficácia dos medicamentos fornecimentos regularmente pelo SUS, para fins de controle do diabetes.

O documento de fls. 35 deixa claro que já foram tentados tratamento com insulina humana NPH e Regular, sem sucesso. Assim é descrita a situação da criança pelo médico assistente, *verbis*:

> *"Paciente acima, 6 anos de idade, abriu quadro recente de diabetes tipo 1 (insulino-dependente/CID: E10).* ***O tratamento inicial proposto foi com insulinas humanas NPH (ação intermediária) e Regular (rápida), porém glicemias capilares (dextros) permaneceram muito flutuantes. Trocado o esquema para análogos de insulina: Glargina (lenta) e Lispro (ultrarápida) pelo mecanismo de ação mais favorável para o perfil da paciente (jovem e magra) a fim de diminuir os riscos de hipoglicemia e variação Glicêmica permitindo um melhor controle da doença.***
>
> *A insulina Glargina é mais indicada que a insulina NPH para uso como insulino basal devido sua maior estabilidade, duração total de 24h e ausência de picos o que diminui as variações glicêmicas entre as refeições e a insulina Lispro é melhor em relação à insulina Regular por*

Acesso ao Sumário

possuir início e pico de ação mais rápidos, sendo melhor para controle das glicemias pós-refeições."

Percebe-se que já se tentou o uso das insulinas fornecidas regularmente pelo SUS, sem sucesso, o que traduz cumprimento do requisito da comprovação de ineficácia do tratamento fornecido regularmente.

Da mesma forma, havendo manifestação expressa do médico assistente no sentido do melhor resultado do tratamento com os medicamentos pretendidos pela criança, o que se comprovou com a mudança do tratamento, afasta-se o argumento do agravante no sentido da ausência de comprovação de melhor eficácia dos medicamentos buscados.

Desta forma, entendo, com a devida vênia, que há suficientes elementos a demonstrar, ao menos em sede liminar, que os medicamentos fornecidos regularmente pelo SUS não foram eficazes em relação à agravada, bem como há elementos a indicar a eficácia dos medicamentos pretendidos no controle da doença.

Deve prevalecer, assim, a decisão de primeiro grau, que determinou o fornecimento imediato do medicamento, apenas com a alteração do prazo para início do fornecimento, ora estendido para 30 dias.

Por fim, não há que se falar em ilegalidade da fixação de *astreintes* em mandado de segurança, eis que o fato de o descumprimento da ordem emanada no mandado de segurança configurar crime de desobediência (art. 26, Lei nº 12.016/2009), não impede o uso de outros instrumentos processuais visando a eficácia material da decisão.

Por tais fundamentos, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento tão somente para alterar o prazo inicial para o fornecimento dos medicamentos de 10 para 30 dias, mantendo, no mais, a decisão agravada.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Acesso ao Sumário

(Voto 06731)

Respeitado o entendimento da Douta maioria, dela ousei divergir.

No **REsp 1.657.156/RJ**, afetado à sistemática dos recursos especiais repetitivos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou a **suspensão**, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a ***"obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS"***.

A medida **não** impede a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável (art. 314, CPC), nem a apreciação de tutelas de urgência ou o cumprimento daquelas já deferidas (art. 982, § 2º, CPC).

Deixa-se, portanto, de suspender o julgamento do recurso.

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[1].

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[2].

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.

O SUS fornece gratuitamente insumos e medicamentos para o tratamento de diabetes, até mesmo em farmácias e drogarias privadas, por meio do programa "Saúde Não Tem Preço"[3]. Basta ao interessado que apresente, além de documentos pessoais, receita médica válida (até 120 dias)[4] da rede particular ou pública.

Se há política pública, não se justifica a intervenção judicial **em caráter liminar**, sob pena de distorção do sistema.

Acesso ao Sumário

1 RE AgR/RS 271.286, Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000.

2 Súmula 65.

3 (Endereço eletrônico constante do texto original)

4 (Endereço eletrônico constante do texto original)

O Município trouxe estudo detalhado da Secretaria de Saúde que afirma que as insulinas Lispro e Regular são equivalentes, assim como Glargina e NPH (fls. 95/100).

Conveniente, portanto, que se permita ao Município, no decorrer do processo, exercer o direito de defesa acerca da imputação de violação de direito fundamental.

Não se vê urgência que impeça aguardar até o final da demanda a definição sobre o direito da agravada, principalmente porque já faz uso das insulinas fornecidas pelo SUS.

Com essas considerações, **dava provimento** ao recurso.

ALVES BRAGA JUNIOR, Desembargador, Relator sorteado vencido

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000078-97.2016.8.26.0530, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes G.J.M. e E.R.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE R. P.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.420)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 12 de junho de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta equiparada ao crime de tentativa de latrocínio, tipificado nos incs. I e II do § 2º, e § 3º, segunda parte, do art. 157, c.c. o inc. II do art. 14, todos do Código Penal.

– Sentença que julgou procedente a representação e impôs o internamento.

Acesso ao Sumário

– Confissão judicial por um dos representados – Reconhecimento de ambos os adolescentes pelas vítimas.

– Conjunto provativo suficiente para que se mantenha o *decisum* – As circunstâncias peculiares do ilícito e as condições pessoais dos adolescentes não recomendam a substituição por medida menos intensa.

– Imposição de internamento harmonizada ao disposto nos artigos 112, § 1º, e 122, inciso I, da Lei 8.069, de 13-7-1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Nega-se provimento aos recursos.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Acolhida, em primeiro grau, a representação do Ministério Público, da r. sentença apelam os adolescentes G.J.M. e E.R.S., adversando a medida socioeducativa de internamento, imposta que lhes foi por apontada prática de ato infracional equiparado ao crime previsto nos incs. I e II do § 2º, e § 3º, segunda parte, do art. 157, c.c. o inc. II do art. 14, todos do Código Penal. (*e*-págs. 312-5).

2. Sustenta, *ad summam*, E.R.S. a inadequação da medida aplicada, pugnando pela substituição por liberdade assistida. G.J.M., por sua vez, requer a absolvição ante a fragilidade do conjunto probatório, ou, subsidiariamente a substituição da internação por semiliberdade (*e*-págs. 331-5 e 350-6).

Os apelos foram recebidos sem eficácia suspensora, vieram as contrarrazões (*e*-págs. 360-2) e foi mantido o *decisum* (*e*-pág. 363).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (*e*-págs. 377-81).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença originária.

VOTO:

3. Consta nos autos que em (...), por volta das (...), no interior do estabelecimento comercial denominado "(...)", situado na Rua (...), (...), bairro (...), na cidade de (...), os recorrentes, na companhia do adolescente H.W.G.S., agindo em concurso e com unidade de desígnios, mediante violência consistente em emprego e disparo de arma de fogo, subtraíram para proveito comum valor monetário pertencente à D.G.S. e tentaram matar R.B., conduta cujo êxito os menores não lograram por circunstâncias alheias às suas vontades.

4. Demonstram a materialidade da infração, boletins de ocorrência

Acesso ao Sumário

(*e*-págs. 3-122), e a prova oral (mídia audiovisual).

O apelante G.J.M., em juízo, negou o seu envolvimento no ato. Disse desconhecer a razão de lhe imputarem a participação na prática do roubo (*e*-págs. 243).

Essa negativa, contudo, não voga.

O recorrente E.R.S., admitiu a sua participação e o envolvimento dos comparsas na prática do ilícito. Declarou que G.J.M. e H.W.G.S. foram à sua residência e convidaram-no para participar do ilícito e afirmou que G.J.M. foi quem disparou contra uma das vítimas (*e*-pág. 162).

5. A confissão e a delação de E.R.S. foi corroborada pelas demais provas produzidas.

As vítimas D.G.S. e D.A.S., em juízo, confirmaram a ocorrência dos fatos e reconheceram os recorrentes como dois dos três indivíduos que, abordando-as e exibindo arma de fogo, lhes subtraíram pertences e atiraram contra o ofendido R.B. (*e*-págs. 13-4, 19-20 e 269 – mídia audiovisual).

Como é de reiterada afirmação neste Tribunal de Justiça, a tradicional experiência judicante alberga o prudente critério de prestigiar, *ut in pluribus*, a palavra da vítima, fidedigna, de comum, por sua isenção ordinária.

Voto paradigmático do Min. SORIANO DE SOUZA, no eg. Supremo Tribunal Federal, assentara já que *"todos nós, que somos juízes, sabemos disto: não se pode deixar de tomar com muita consideração as declarações da ofendida, desde que sejam verossímeis e minuciosas"* (*apud* ESPÍNOLA FILHO. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, 1980, n. 427).

Precedente lapidar de nossos Maiores, pelo voto líder do Des. AZEVEDO FRANCESCHINI, assevera que, *"no campo probatório, a palavra da vítima (...) é sumamente valiosa, pois, visando apenas à recuperação do que lhe foi subtraído e incidindo sobre atuação de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e não acusar inocente"*.

É certo que, e nisto o recruto de antecedentes de nossa Corte, vítimas podem errar no juízo da recognição pessoal – e quanto ao reconhecimento de coisas – , por (*a*) sua sugestionabilidade, inclusa a atenção expectante, (*b*) deficiência perceptiva, (*c*) fragilidade na retenção das imagens, (*d*) complemento fabulativo da percepção fragmentária evocada, (*e*) vaidade, (*f*) orgulho obstativo da retificação de reconhecimento precipitado, (*g*) mentira inconsciente no histerismo, (*h*) propósito de falsear. Afirmar, todavia, essa mera possibilidade de erro das vítimas é, no fim e ao cabo, afirmar a defectividade comum do intelecto, da vontade e dos sentidos externos e internos de todos os homens, sem nada dizer, contudo, quanto à pertinência casual dessa crítica.

Não parece possível marginar o estatuto próprio do conhecimento

histórico, pertinente às situações *in concreto*. Se, como fez ver Arthur KAUFFMAN, quanto aos casos reais e particulares, submetidos ao discurso empírico, não cabe cogitar de resultados logicamente peremptórios, mas apenas inferir conclusões com maior ou menor grau de plausibilidade (cf. "En Torno al Conocimiento Científico del Derecho", *in Persona y Derecho*, ano 1994, vol. 31, p. 27), sempre será possível instalar e reinstalar discussões sobre bases empíricas.

Erich DÖHRING formulou uma interessante crítica acerca da metódica de alguns Tribunais prussianos, lição que sempre se deve passar em revista para evitar, entre nós, de um lado, o desprezo da indispensável diagnose dos fatos (CASTÁN Tobeñas), marcantemente resultado de prova, e, de outro, o excesso de sua problematização incessante:

> "O investigador tem, por um lado, que examinar conscienciosamente os argumentos que contradizem a reconstrução do estado dos fatos que ele persegue. Por outro lado, não deve deixar-se embargar por um excessivo titubeio. Sua missão é achar a justa via média entre a exagerada disposição de fazer verificações e a excessiva cautela.
>
> Às vezes, essa atitude equilibrada é dificultada por influências da época, que empurram com força irresistível as autoridades pesquisadoras e os tribunais a um dos extremos. É provável que todos os povos hajam conhecido, em sua história, épocas nas quais reinaram fortes unilateralismos de um ou outro matiz.
>
> Nos tribunais prussianos havia brotado nas primeiras décadas do século XIX uma tal **ânsia de dúvidas**, que – no dizer do então ministro da Justiça, Kircheisen – **o juiz não via a verdade nem sequer onde todo olho normal podia vê-la**. Havia já certa complacência em rebuscar continuamente novas dúvidas e reparos, ou até mesmo em verificar, com uma espécie de satisfação, ainda em causas meridianamente claras, que a questão não podia considerar-se provada" (*La prueba – Su práctica y apreciación*. Tradução argentina. Buenos Aires: El Foro, 1972, p. 420 e 421; a ênfase gráfica não é do original).

6. Corroborando as declarações da vítima tem-se o depoimento judicial da testemunha T.H.P., que atendeu a ocorrência. Disse que ao chegar ao local encontrou a vítima baleada, caída ao chão e recebendo atendimento médico de emergência (*e*-pág. 269 – mídia audiovisual).

O depoimento de M.A.B., progenitora do adolescente G.J.M., em nada altera a situação do recorrente (*e*-pág. 269 – mídia audiovisual).

7. Nenhum reparo comporta a sentença, por igual, no que tange à medida socioeducativa aplicada.

O envolvimento dos apelantes na prática de ato infracional correspondente ao crime de tentativa de latrocínio, justifica indubitavelmente a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no inc. I do art. 122 do

Acesso ao Sumário

Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo considerada a excepcionalidade da medida.

Trata-se, na espécie, de conduta expressiva de ousadia e perigosidade inequívoca, a exigir, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal, em defesa não só da sociedade política, mas dos próprios adolescentes imputados.

No caso em tela, infratores que, mediante grave ameaça e violência física, praticam ilícito de tentativa de latrocínio (ou infração a este equiparável), faz desvelar, com sua própria conduta, dados vistosos de periculosidade, o que acarreta prognose reservada quanto à sua não iteração ilícita.

8. Nesse quadro, a reação jurídica deve ser eficaz para prevenir um estímulo ao ilícito e a trivialização da violência. Jean LARGUIER, depois de alertar para o risco de medidas de indulgência não merecidas encorajarem a recidiva, sublinhou o drama da banalização da violência – alguma vez sob o escudo das ideologias da irresponsabilidade pessoal: *on n'ose plus appeler voleur un voleur* (*Criminologie et science pénitentiaire*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 27-8). Ora, a comissão de ilícito contra o patrimônio constitui forte motivo para prognóstico desfavorável quanto à não reiteração; diz, a propósito, MEYWERK: "Os delitos contra a propriedade apresentam a tendência mais tenaz à reincidência". No mesmo sentido, MIDDENDORFF, com apoio em Seelig e Viernstein, concluiu que demais de os ofensores do direito de propriedade serem proclives à reincidência, mais inclinados à recidiva se mostram ainda os que atuam de modo violento. Prossegue aquele autor:

> "Gregor e Zink falam que a tendência a perseverar na direção traçada pelo primeiro delito se mostra 'extraordinariamente forte' nos crimes contra o patrimônio. Também Stutte e Saari consideram como prognosticamente desfavorável a tendência de cometer delitos contra a propriedade" (MIDDENDORFF, Wolf. *Teoría y práctica de la prognosis criminal*. Tradução castelhana de José María Rodríguez Devesa. Madri: Espasa-Calpe, 1970, p. 131).

Isso é orientação convergente à jurisprudência estratificada no âmbito do Pretório Excelso:

> "INFÂNCIA e JUVENTUDE. Menor. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de ameaça, arma de fogo e concurso de pessoas. Representação. Procedência. Internação. Admissibilidade. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 do ECA. Está em harmonia com o princípio da tipicidade estrita das fattispecie que a autorizam, a aplicação de internação, por prazo indeterminado, a menor que praticou ato infracional mediante ameaça, emprego de arma e concurso de pessoas." (STF, *HC* 88755/SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 29/08/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 29-09-2006, p. 67).

A correção desse entendimento mais avulta no caso em exame, haja vista

que, como alistados nos autos, ambos os adolescentes registram antecedentes na Vara da Infância e Juventude (*e*-págs. 123-7 e 214-41). Tudo isso indica claramente que é insuficiente à aplicação de medida diferente da imposta na sentença.

Se o que basta não bastasse, recruta-se no relatório de estudo social que o recorrente E.R.S. se "iniciou no meio infracional aos 14 anos no tráfico de drogas e não estuda". Os técnicos avaliaram que o adolescente "apresenta significativo engajamento infracional sendo que a contenção do agir delituoso é fundamental através da medida socioeducativa de internação, para que possa refletir sobre seus atos e instaurar uma dinâmica de vida mais produtiva" (*e*-págs. 278-80).

G.J.M., "com engajamento no meio infracional, com conduta persistente e agravada, age por motivação utilitária, a fim de satisfazer suas necessidades de consumo, e embora já tenha sido submetido a medidas restritivas de liberdade voltou a reincidir em prática de ato grave" "possui criticidade prejudicada, o que dificulta o processo de reparação de dano frente aos atos cometidos" "iniciou uso de substância entorpecente, maconha aos 14 anos juntamente com a convivência infracional" e não estuda. O relatório observa que o adolescente "necessita ser submetido a intervenções mesmo posteriormente alcançar a maioridade" (*e*-págs. 302-5, *sic*).

Nesse contexto, em conformidade com o princípio da proteção integral, há evidente necessidade de orientação e direcionamento. Resta, pois, patente o grave desvio comportamental, e a medida socioeducativa de internação é a mais adequada ao caso concreto e dará aos adolescentes a necessária orientação pedagógica, visando, ainda, a sua proteção integral com suporte psicológico e profissionalizante.

POSTO ISSO, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011759-40.2016.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante P. DE J. DA 2 V. E. DA I. E J. DA C., é apelado G.V.P.A. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.704)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP

Acesso ao Sumário

(PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 24 de julho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao crime de roubo tentado (art. 157, § 2º, II, c.c. art. 14, II, do Código Penal). Representação julgada improcedente. Apelação do Ministério Público. Autoria e materialidade comprovadas. Reconhecimento do adolescente pelas vítimas e testemunha na fase policial. Adolescente apreendido pouco tempo após os fatos no interior do veículo utilizado pelos agentes para fuga. Depoimento do policial responsável pela apreensão que corrobora o reconhecimento levado a efeito pelas vítimas e testemunha. Representação procedente. Aplicação das medidas socioeducativas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade. Possibilidade de cumulação. Medidas aplicadas que se mostram suficientes, tendo em vista as condições pessoais favoráveis do adolescente e as particularidades do caso. Inteligência do art. 112, § 1º, do ECA. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação da r. sentença (fls. 126/128), cujo relatório se adota, que julgou improcedente a representação oferecida contra o adolescente G.V.P.A., pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo tentado (artigo 157, § 2º, II, c.c. art. 14, II, do Código Penal).

Inconformada, apela o representante do Ministério Público (fls. 63/70), sustentando, em suma, haver provas suficientes da materialidade e da autoria do ato infracional. Aduz que o reconhecimento extrajudicial é suficiente e que o representado foi apreendido pouco tempo após os fatos dentro do veículo utilizado pelos agentes para fugir. Requer, assim, a procedência da representação e a aplicação das medidas socioeducativas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade.

Oferecidas contrarrazões (fls. 78/83), foram os autos remetidos a esta

Acesso ao Sumário

Corte.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento da apelação, com a aplicação da medida socioeducativa de internação ao representado (fls. 105/108).

É o relatório.

Narra a representação que no dia (...), por volta de (...), na Rua (...), nº (...), na cidade de (...), o menor G.V.P.A., agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos com outros agentes, mediante grave ameaça exercida contra G.B.S. e F.L.D., tentou subtrair o veículo (...), placas (...), e 65 pacotes de mercadorias diversas que estavam no interior dele, pertences à vítima F. Consta que após os fatos os agentes se evadiram em um veículo (...), placas (...).

O recurso comporta provimento.

Com efeito, ao cabo da instrução processual, tanto a materialidade como a autoria do ato infracional restaram comprovadas nos autos.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 11/17) e demais provas produzidas tanto em sede policial como em Juízo.

A autoria, por sua vez, também é inquestionável, a despeito da negativa do adolescente, cuja versão restou isolada e contrária às provas dos autos.

Ouvido em juízo, o adolescente disse que seu colega passou com o veículo (...) e falou para ele e dois amigos entrarem, posteriormente foram tomar café e depois abastecer em um posto de gasolina, quando foram abordados pelos policiais (fls. 30 e mídia digital).

Contudo, ambas as vítimas e uma testemunha reconheceram o representado como um dos autores do ato infracional na fase policial (cf. boletim de ocorrência, fls. 16), no calor dos fatos, e narraram em juízo, de forma coerente e segura, a dinâmica do ato infracional (fls. 57 e mídia).

Pela vítima F. foi dito que é transportador e estava na frente da casa de G. no momento dos fatos, carregando o veículo (...) com as caixas de mercadorias, quando foram abordados por três indivíduos, os quais, de forma violenta, perguntavam o que havia dentro das caixas. Disse que o irmão de G. viu de sua casa o que estava acontecendo e telefonou para a polícia, o que fez com que os agentes se assustassem e desistissem de consumar a subtração, evadindo-se em um (...) azul. Afirmou ter reconhecido três indivíduos na delegacia de polícia.

A vítima G. narrou os fatos de forma semelhante, afirmando que estava com F. em frente à sua casa quando foram abordados por três indivíduos, perguntando o que havia dentro das caixas. Disse que ficou convencendo os agentes a não levarem as mercadorias enquanto seu irmão, que é seu vizinho, viu o ocorrido e ligou para a polícia, o que fez com eles desistissem e se evadissem em um (...). Afirmou que havia um quarto indivíduo dentro do carro, mas não

Acesso ao Sumário

o viu, reconhecendo na delegacia de polícia apenas os três que os abordaram.

Como é cediço, em atos infracionais dessa natureza, a palavra do ofendido é de fundamental importância, mesmo porque não há nenhuma razão para que se desconfie dos relatos das vítimas.

A respeito do assunto, confira-se:

"A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso" (HC 143.681-SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, em 15/6/10, DJe de 2/8/10).

Outrossim, pela testemunha J.B.S. foi dito que estava a cerca de doze metros das vítimas, em sua casa, quando avistou que estavam sendo abordadas por indivíduos que simulavam estar armados e exigiam seus bens. Contou ter gritado, noticiando que estava ligando para a polícia, quando então os agentes se assustaram e se evadiram em um (...) azul. Afirmou que eles foram abordados dentro desse veículo aproximadamente uma hora após os fatos e no bairro ao lado. Confirmou ter efetuado o reconhecimento dos agentes na delegacia de polícia, pois ainda trajavam as mesmas vestes.

Soma-se a isso o depoimento do policial responsável pela apreensão do adolescente, o qual afirmou que, em patrulhamento, estava acompanhando um veículo (...) azul que tinha o insulfilm muito escuro, quando o veículo parou em um posto de gasolina para abastecer e quase simultaneamente foi irradiado pelo COPOM que dentro do referido veículo estavam agentes que tinham acabado de tentar roubar uma (...). Disse que os quatro agentes dentro do veículo foram abordados e levados à delegacia de polícia, onde houve o reconhecimento pelas vítimas (fls. 57 e mídia).

Ressalte-se que não há nos autos nenhum elemento capaz de afastar a idoneidade do depoimento da testemunha policial, cujo teor se mostrou coerente, sem qualquer indício de parcialidade ou de interesse em prejudicar o jovem infrator.

Embora recomendável que houvesse ratificação do reconhecimento em juízo, mostra-se suficiente aquele realizado em sede policial, diante dos demais elementos probatórios constantes dos autos.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, *"Tendo a fundamentação da r. sentença condenatória, no que se refere à autoria do ilícito, se apoiado no conjunto das provas, e não apenas no reconhecimento por parte da vítima, na delegacia, não há que se falar,* in casu*, em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, do CPP"* (*Habeas Corpus* nº 156.559-SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Felix Fischer, em 3/8/10, DJe de 13/9/10).

Com efeito, dos relatos das vítimas e das testemunhas infere-se que entre

a abordagem do adolescente dentro do veículo (...) utilizado para a fuga dos roubadores e o momento dos fatos houve lapso temporal extremamente curto, de modo a afastar a versão sustentada pelo adolescente de que o motorista daquele veículo teria substituído os rapazes que estavam dentro do carro – em número idêntico ao dos agentes. Ainda, as vítimas afirmaram com clareza que, apesar de estarem diferentes em juízo, reconheceram prontamente na delegacia de polícia os três agentes que os abordaram, sendo um deles o representado, mas não o quarto, pois este estava dentro do carro e não puderam ver suas feições.

Diante desses fatos, não se cogita da falta de provas ou de qualquer vício no reconhecimento pessoal efetuado na delegacia de polícia.

Portanto, diante do contexto fático-probatório, a procedência da representação era de rigor.

Passa-se, então, à análise da medida socioeducativa a ser aplicada.

O crime de roubo, por si só, é gravíssimo e contém a violência ou a grave ameaça à pessoa como seus elementos, de modo a autorizar, em tese, a aplicação de medida socioeducativa restritiva de liberdade, a teor do disposto no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, o art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente infrator deve levar em conta sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, diretrizes que devem guardar perfeita consonância com a finalidade reeducadora da medida.

Na hipótese, além de o adolescente ser primário, ele ostenta condições pessoais favoráveis, constando do relatório de diagnóstico polidimensional (fls. 51/56) que está regularmente matriculado no 1º ano do Ensino Médio, detém respaldo familiar, não é usuário de drogas e apresentou bom comportamento na Fundação Casa.

Nesse passo, apesar de não se vislumbrar a necessidade da medida extrema, não se tem dúvidas de que a conduta atribuída ao apelante requer a aplicação de medida socioeducativa que permita acompanhamento, auxílio e orientação, a fim de evitar a reiteração da prática de atos infracionais, nos termos do art. 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mostrando-se adequada a imposição da medida de liberdade assistida "in casu", cumulada com a prestação de serviços à comunidade, conforme requerido pelo representante do Ministério Público oficiante em primeiro grau.

Anota-se que, de fato, a cumulação da liberdade assistida com a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade revela-se ainda mais promissora ao tratamento ressocializatório por se tratar esta de medida socioeducativa que dispõe de *"sentido altamente educativo, particularmente orientado a obrigar o adolescente a tomar consciência dos valores que supõem*

Acesso ao Sumário

a solidariedade social praticada em seus níveis mais expressivos. Assistir aos desvalidos, aos enfermos, aos educandos (atividades que devem ser prestadas em 'entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres') é tarefa que impõe a confrontação com o alter *coletivo, de modo que possa demonstrar-se uma confiança recíproca que, por sua vez, está presente em todos os códigos de ética comunitária"* (Roberto Bergalli, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, coord. Munir Cury, 2013, p. 591).

O que se pretende com a fixação de tais medidas em cumulação é proporcionar a reabilitação e a reeducação do adolescente em conflito com a lei, instituindo-lhe freios e, principalmente, responsabilidades, para que desperte maior senso de solidariedade social e cultive vínculos comunitários sadios.

Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso para julgar procedente a representação oferecida pelo Ministério Público em relação ao menor G.V.P.A., aplicando-lhe as medidas socioeducativas de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, cumulada com prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de seis meses, à razão de quatro horas semanais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021578-18.2016.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.M.T.R. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 1 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.376)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 24 de julho de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta equiparada ao crime roubo majorado, tipificado no inc. II do § 2º do art. 157 do Código Penal.

– Sentença que julgou procedente a representação e aplicou a medida socioeducativa de semiliberdade.

– Adolescente apreendido em flagrante e em poder

das *res furtivae*. Confissão judicial. Reconhecimento pela vítima.

– Decisão que atende ao princípio da proteção integral.

– Conjunto provativo suficiente para que se mantenha o *decisum*, ante a existência de provas suficientes de materialidade e autoria.

– Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Acolhida, em primeiro grau, a representação do Ministério Público, da r. sentença (*e*-págs. 44-7) apela o adolescente L.M.T.R., profligando o acolhimento do pleito e a medida de semiliberdade, que lhe foi imposta por haver praticado ilícito correspondente ao delito previsto no inc. II do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Pugna, o recorrente, pela improcedência da representação ante a fragilidade do conjunto probatório. Subsidiariamente sustenta a inadequação da medida aplicada, pleiteando a substituição por outra em meio aberto combinada com medidas protetivas (*e*-págs. 57-63).

Recebido o apelo sem a eficácia suspensora (*e*-págs. 64-6), vieram as contrarrazões (*e*-págs. 70-3) e foi mantido o *decisum* (*e*-pág. 74).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (*e*-págs. 84-88).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença originária.

VOTO:

2. Tira-se dos autos que em (...), por volta das (...), na Rua (...), na altura do número (...), na comarca de (...), o jovem, agindo previamente ajustado e em concurso com unidade de desígnios com outros três indivíduos não identificados, mediante grave ameaça e superioridade numérica, subtraiu, em proveito comum, o veículo (...), placas (...)-(...)/(...), e um aparelho de telefonia celular (...)/(...), pertencentes à vítima P.G.R.

3. O boletim de ocorrência (*e*-págs. 4-8), o auto de apreensão de adolescente (*e*-págs. 9-13), bem como a prova oral demonstram, todos e cabalmente, a materialidade da infração.

4. O adolescente foi apreendido na posse do veículo subtraído. Perante a polícia, na oitiva informal e em juízo, confessou a prática do ato infracional. Declarou que na companhia de alguns amigos estava voltando para casa, e caminhava à frente deles, senão quando olhou para trás e viu seus colegas abordar a vítima. Disse que "ficou em choque" naquele instante, mas, na sequência,

Acesso ao Sumário

entrou no veículo e passou a conduzi-lo. No trajeto seus amigos desembarcaram e ele continuou dirigindo até a sua residência. Não soube dizer se a filha da vítima estava presente aquando da abordagem e negou agressão contra a vítima (*e*-págs. 2, 12-3 e 28).

5. A confissão, no caso em análise, foi corroborada pelas demais provas produzidas.

A ofendida P.G.R., ouvida em juízo, reconheceu o apelante, confirmando que chegava à sua residência, quando foi abordada por quatro indivíduos. Dentre eles estava o representado, que exigiu a chave do veículo e o seu aparelho de telefonia celular. Afirmou que o recorrente a apertou pelo pescoço e começou a revistá-la sob ameaças. Alfim todos fugiram no veículo que roubaram (*e*-pág. 36 – mídia audiovisual).

Como é de reiterada afirmação neste Tribunal de Justiça, a tradicional experiência judicante alberga o prudente critério de prestigiar, *ut in pluribus*, a **palavra da vítima**, fidedigna, de comum, por sua isenção ordinária.

Voto paradigmático do Min. SORIANO DE SOUZA, no eg. Supremo Tribunal Federal, assentara já que *"todos nós, que somos juízes, sabemos disto: não se pode deixar de tomar com muita consideração as declarações da ofendida, desde que sejam verossímeis e minuciosas"* (*apud* ESPÍNOLA FILHO. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, 1980, n. 427).

Precedente lapidar de nossos Maiores, pelo voto líder do Des. AZEVEDO FRANCESCHINI, assevera que, *"no campo probatório, a palavra da vítima (...) é sumamente valiosa, pois, visando apenas à recuperação do que lhe foi subtraído e incidindo sobre atuação de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e não acusar inocente"*.

É certo que, e nisto o recruto de antecedentes de nossa Corte, vítimas podem errar no juízo da recognição pessoal – e quanto ao reconhecimento de coisas –, por (*a*) sua sugestionabilidade, inclusa a atenção expectante, (*b*) deficiência perceptiva, (*c*) fragilidade na retenção das imagens, (*d*) complemento fabulativo da percepção fragmentária evocada, (*e*) vaidade, (*f*) orgulho obstativo da retificação de reconhecimento precipitado, (*g*) mentira inconsciente no histerismo, (*h*) propósito de falsear. Afirmar, todavia, essa mera possibilidade de erro das vítimas é, no fim e ao cabo, afirmar a **defectividade comum** do intelecto, da vontade e dos sentidos externos e internos de todos os homens, sem nada dizer, contudo, quanto à pertinência casual dessa crítica.

Não parece possível marginar o estatuto próprio do conhecimento histórico, pertinente às situações *in concreto*. Se, como fez ver Arthur KAUFFMAN, quanto aos casos reais e particulares, submetidos ao discurso empírico, não cabe cogitar de resultados **logicamente** peremptórios, mas apenas

Acesso ao Sumário

inferir conclusões com maior ou menor grau de plausibilidade (cf. "En Torno al Conocimiento Científico del Derecho", *in Persona y Derecho*, ano 1994, vol. 31, p. 27), sempre será possível instalar e reinstalar discussões sobre bases empíricas.

Erich DÖHRING formulou uma interessante crítica acerca da metódica de alguns Tribunais prussianos, lição que sempre se deve passar em revista para evitar, entre nós, de um lado, o desprezo da indispensável **diagnose dos fatos** (CASTÁN Tobeñas), marcantemente resultado de prova, e, de outro, o excesso de sua problematização incessante:

> "O investigador tem, por um lado, que examinar conscienciosamente os argumentos que contradizem a reconstrução do estado dos fatos que ele persegue. Por outro lado, não deve deixar-se embargar por um excessivo titubeio. Sua missão é achar a justa via média entre a exagerada disposição de fazer verificações e a excessiva cautela.
>
> Às vezes, essa atitude equilibrada é dificultada por influências da época, que empurram com força irresistível as autoridades pesquisadoras e os tribunais a um dos extremos. É provável que todos os povos hajam conhecido, em sua história, épocas nas quais reinaram fortes unilateralismos de um ou outro matiz.
>
> Nos tribunais prussianos havia brotado nas primeiras décadas do século XIX uma tal **ânsia de dúvidas**, que – no dizer do então ministro da Justiça, Kircheisen – **o juiz não via a verdade nem sequer onde todo olho normal podia vê-la**. Havia já certa complacência em rebuscar continuamente novas dúvidas e reparos, ou até mesmo em verificar, com uma espécie de satisfação, ainda em causas meridianamente claras, que a questão não podia considerar-se provada" (*La prueba* – Su práctica y apreciación. Tradução argentina. Buenos Aires: El Foro, 1972, p. 420 e 421; a ênfase gráfica não é do original).

6. A demonstrar a verossimilhança das palavras da ofendida encontram-se os relatos, em juízo, do policial militar E.A.A.F., responsável pela apreensão em flagrante do adolescente na posse da *res furtiva*. Por meio de rádio, o agente de segurança recebeu informações sobre roubo do carro. Em seguida o veículo passou pelo cruzamento em que a viatura estava e não obedeceu aos sinais de parada. Houve breve acompanhamento e a cerca de dois quilômetros mais adiante, o jovem parou o automóvel e correu para dentro de um bar, senão quando foi surpreendido e apreendido. O adolescente confessou seu envolvimento na prática do roubo (*e*-pág. 36 – mídia audiovisual).

Não há nenhum indício de errônea acusação policial, tampouco motivo para falsa incriminação da vítima, sendo o conjunto coerente e coeso, suficiente para a procedência da representação, tal como lançada na origem.

7. O envolvimento do apelante na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo, justifica plenamente a aplicação da medida socioeducativa,

Acesso ao Sumário

tal como posta na sentença, com fundamento legal no inciso V e § 2º do art. 112 da Lei 8.069/90 (ECA), ainda que se considere alguma excepcionalidade na medida.

Trata-se, na espécie, de conduta expressiva de ousadia e perigosidade inequívoca, a exigir, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal, em defesa não só da sociedade política, mas do **próprio adolescente imputado**.

Com efeito, este o caso dos autos, agente que, mediante grave ameaça, pratica ilícito de tentativa de roubo (ou infração a este equiparável), faz desvelar, com **sua própria conduta**, dados vistosos de sua periculosidade, o que acarreta **prognose reservada quanto à sua não iteração ilícita**.

Nesse quadro, a reação jurídica deve ser **eficaz** para prevenir um estímulo ao ilícito e a trivialização da violência. Jean LARGUIER, depois de alertar para o risco de medidas de indulgência não merecidas encorajarem a recidiva, sublinhou o drama da banalização da violência – alguma vez sob o escudo das ideologias da irresponsabilidade pessoal: *on n'ose plus appeler voleur un voleur* (*Criminologie et science pénitentiaire*. 8.ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 27-8). Ora, a comissão de ilícito contra o patrimônio constitui forte motivo para prognóstico desfavorável quanto à não reiteração; diz, a propósito, MEYWERK: "Os delitos contra a propriedade apresentam a tendência mais tenaz à reincidência". No mesmo sentido, MIDDENDORFF, com apoio em Seelig e Viernstein, concluiu que demais de os ofensores do direito de propriedade serem proclives à reincidência, mais inclinados à recidiva se mostram ainda os que atuam de modo violento. Prossegue aquele autor:

> "Gregor e Zink falam que a tendência a perseverar na direção traçada pelo primeiro delito se mostra 'extraordinariamente forte' nos crimes contra o patrimônio. Também Stutte e Saari consideram como prognosticamente desfavorável a tendência de cometer delitos contra a propriedade" (MIDDENDORFF, Wolf. *Teoría y práctica de la prognosis criminal*. Tradução castelhana de José María Rodríguez Devesa. Madri: Espasa-Calpe, 1970, p. 131).

Por fim, registro que, diante da gravidade do ato, a medida poderia ter sido a de internação.

Vedada a *reformatio in pejus*, e considerado trânsito em julgado da decisão para o Ministério Público, a medida pertinente somente pode ser mesmo a semiliberdade, que proporciona o fortalecimento dos laços comunitários, além de estimular o desenvolvimento do senso de responsabilidade pessoal do jovem infrator, que realizará atividades externas, com vigilância atenuada, podendo comprovar sua aptidão para ser plenamente reinserido na sociedade, mediante periódica avaliação.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015571-10.2016.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes B.S.C. (MENOR) e I.E.S. (MENOR), é apelado P. DE J. 3 V. E. I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Converteram o julgamento em diligência. V.U. Acórdão com o 2º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencido e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 24 de julho de 2017.

RICARDO DIP, Relator Designado

Ementa: ATO INFRACIONAL. APELAÇÃO.

– Conduta equiparada ao crime tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8) – tráfico de entorpecentes.

– Sentença que julgou procedente a representação e aplicou aos adolescentes a medida socioeducativa de liberdade assistida.

– Preliminar de nulidade da sentença por ausência de laudo toxicológico definitivo – Laudo toxicológico juntado após a sentença e, conquanto antecedente ao manejo das razões de apelação, não se avista que de seu teor tenham sido as partes intimadas.

– Aplicação do sistema recursal do Código de Processo Civil aos procedimentos e processos da competência da Justiça da Infância e Juventude – O código, fiel a seus propósitos de proteção aos atos processuais, autoriza o relator, quando constatada a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, a intimação das partes para manifestação (§ 3º do art. 938 do Cód. Pr.Civ.).

Conversão do julgamento em diligência para que

Acesso ao Sumário

as partes se manifestem sobre o exame químico-toxicológico.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Apelam os adolescentes B.S.C. e I.E.S. da r. sentença que julgou procedente a representação oferecida, impondo aos recorrentes medida socioeducativa de liberdade assistida pela prática de ato infracional correspondente ao crime definido no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8).

Pugnam os adolescentes pela anulação da r. sentença por ausência de laudo toxicológico definitivo. No mérito, pleiteiam pela absolvição por apontada fragilidade e insuficiência provativa, ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Postulam, quando menos, eficácia suspensiva ao recurso.

Vieram aos autos as contrarrazões (*e*-págs. 116-9).

Recebido o apelo e mantida a decisão recorrida (*e*-pág. 120), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (*e*-págs. 132-41).

É o relatório em acréscimo ao da sentença.

VOTO:

2. Escusado lembrar que afora as taxativas hipóteses alistadas nos incisos do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude o sistema recursal converge ao regime tecido no Código de Processo Civil.

Esse dispositivo de reenvio faz atrair ao sistema recursal dos procedimentos afetos à Infância e Juventude toda a carga principiológica impregnada nas disposições do novel Código de Processo Civil, forte na preservação dos atos processuais, de modo que a decretação de nulidades, a impor regresso à fase procedimental anterior, somente em circunstâncias muito excepcionais, quando bem delineada uma situação de irreparável prejuízo à qualquer das partes e impossibilidade de sanação do vício.

Há, com efeito, expressiva linha de dispositivos no Cód.Pr.Civ.-2015 convergentes ao aproveitamento dos atos processuais e à terapia de nulidades (*caput* e § único do art. 283; § único do art. 932; art. 933; §§ 1º e 3º do art. 938, *verbi gratia*).

Como explica **Fredie Didier Jr**, "No direito processual civil, a quase totalidade dos defeitos pode ser sanada. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidação do procedimento ou de um dos seus atos, o defeito

Acesso ao Sumário

é sanável". Lembra o mesmo processualista, mais adiante, que "mesmo nos casos de ausência de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, vícios transrescisórios, que permitem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória, há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (Curso de Direito Processual Civil Vol. 1, Salvador: Podium, 2017, p. 460-1).

3. É certo que, *in casu*, o laudo toxicológico veio a lume somente após a prolação da sentença e, conquanto abojado aos autos em momento anterior ao manejo do apelo, não se avista que de seu teor tenham sido as partes intimadas.

Sem embargo, não parece, com o devido respeito, em linha com as ponderações anteriores, que versada circunstância imponha inafastável decreto de nulidade do julgado de primeiro grau.

Com efeito, se a legislação processual civil, iluminada pela já aventada preferência pela preservação e sanação dos atos processuais, consagra a esta eg. Turma julgadora a prerrogativa de conversão do julgamento em diligência para a própria produção de prova nova, sem que nisso se aviste ofensa constitucional aos degraus de jurisdição (§ 3º do art. 938 do CPC), tanto mais haverá permissivo legal à valoração de documento novo, produzido e encartado nos autos após a sentença, mas antes do manejo da apelação.

Não custa lembrar que o código, fiel a seus propósitos de proteção aos atos processuais, autoriza ao relator, quando constatada a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, a intimação das partes para que se manifestem no prazo de cinco (5) dias (art. 933).

NOS TERMOS EXPOSTOS, meu voto **converte** o julgamento em diligência em ordem a determinar, a teor do exame químico-toxicológico de *e*-págs. 82-85, que sejam as partes intimadas à manifestação em 5 (cinco) dias.

É como voto.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0015156-38.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL NOSSA SENHORA DO Ó, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA

CÍVEL 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 Suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.369)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 12 de junho de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de Competência – ação de obrigação de fazer c.c. pedido de indenização proposta contra autoescola – relação de consumo – ajuizamento no foro correspondente ao domicílio profissional, declarado como do autor – atuação de advogado em causa própria – demanda que não se refere à atividade laboral exercida – impossibilidade de utilização do domicílio previsto no artigo 72 do Código Civil para fins da prerrogativa conferida pelo artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor – incidente que envolve foros da Capital, onde as atribuições regem-se por critério funcional, de natureza absoluta – pertinência da remessa, de ofício, ao domicílio da ré – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza da 4ª Vara Cível do Foro Regional Nossa Senhora do Ó em face do MM. Juiz da 12ª Vara Cível do Foro Central, nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. pedido de indenização, ajuizada por Alexandre Luiz da Silva contra Auto Moto Escola Bramfur S/C Ltda.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os Juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, Alexandre Luiz da Silva, advogado em causa própria, propôs ação de obrigação de fazer c.c. pedido de indenização contra Auto Moto

Acesso ao Sumário

Escola Bramfur S/C Ltda. O autor endereçou a demanda ao Foro Central da Capital, ao indicar correspondência com o seu domicílio, ressaltando, para tanto, a natureza do feito, de relação de consumo (fls. 22).

Efetivada a distribuição, o Juízo da 12ª Vara Cível declinou da competência, direcionando os autos para o foro de domicílio da ré. Como argumento, assinalou que o artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, versa sobre competência relativa, observada com o simples ajuizamento na Capital (domicílio do autor), a partir daí, o critério funcional obrigaria o trâmite no foro correspondente ao endereço da ré (fls. 25/26).

Contemplada com a remessa, a MMª. Juíza da 4ª Vara Cível do Foro Regional Nossa Senhora do Ó, ao discordar do entendimento, suscitou o presente conflito. Em suas razões, sustenta que, cuidando-se de ação envolvendo relação consumerista, a competência é relativa, assim, a causa permitiria ao autor eleger o foro de seu domicílio ou o do réu (fls. 04/06).

No caso, o feito deve ser processado pelo Juízo suscitante.

Isso porque, o ajuizamento se pautou pelo domicílio profissional, declarado como do autor na inicial (fls. 07 e 22). Entretanto, a opção de foro, baseada no endereço do escritório do causídico, que atua em causa própria, não se adequa à prerrogativa prevista no artigo 101, I, da Lei nº 8.078/90.

Nos termos do artigo 72 do Código Civil: "É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida".

Ocorre que a demanda em questão não se refere à situação profissional. Por conseguinte, não é possível estender a previsão expressa no dispositivo em comento à hipótese.

Tal conclusão é decorrência lógica da redação da norma.

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. Agravo de instrumento contra a decisão que, em ação de indenização por danos morais e materiais, acolheu a exceção de incompetência para determinar a remessa dos autos ao foro onde se situa o domicílio do autor. Relação de consumo caracterizada. Aplicação do art. 101, inc. I, do CDC. Nos termos do art. 100, inc. V, do Código de Processo Civil, as ações nas quais se discute reparação civil devem ser propostas no foro do lugar do ato ou fato. Contudo, os agravantes são consumidores. Diante disso, pediram a aplicação do disposto no art. 101, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor. O foro onde se situa o estabelecimento empresarial, local onde desempenha o autor suas atividades profissionais, não pode ser caracterizado como domicílio. É que o art. 72, do Código Civil faz ressalva 'às relações concernentes à profissão'. Deste modo, somente em questões diretamente relacionadas ao desenvolvimento da atividade profissional, pode ser considerado

Acesso ao Sumário

domicílio 'o lugar onde esta é exercida'. O trabalho desempenhado pelo agravante nada se relaciona com o ajuizamento da presente ação indenizatória. Tampouco pode ser entendido que o ajuizamento da demanda em foro distante do local dos fatos contribuirá para a produção da prova. As partes residem próximo ao Foro Regional da Penha, sendo lá também o local dos fatos. Logo, o prosseguimento de demanda, em foro distante, com segurança, prejudicará a produção das provas, em desfavor dos próprios autores (art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor). Decisão agravada mantida. Recurso não provido" (Agravo de Instrumento nº 0160315-51.2013.8.26.0000, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 11.02.14, v.u.).

"Competência. Foro. Ação revisional de alimentos. Autoria de incapaz, representada pela mãe. Alegação de duplo domicílio da representante legal da autora, por exercer profissão em lugar diverso. Duplicidade domiciliar não caracterizada na hipótese em que a relação posta em juízo não corresponde à atividade profissional. Art.72 do Novo Código Civil. Recurso desprovido" (Agravo de Instrumento nº 9061407-73.2008.8.26.0000, Relator Des. Santini Teodoro, j. 03.02.09, v.u.).

Inviável, portanto, que a parte se valha do local no qual exerce a atividade de advogado para propor a ação, a pretexto de configurar seu domicílio, pois não o é para os fins do processo de origem.

Diante dessas peculiaridades, uma vez que não se observou corretamente o benefício de ajuizamento conferido ao autor, adequado o envio dos autos para o foro relativo ao domicílio do réu, com competência concorrente – regra geral do artigo 46 do Código de Processo Civil.

Cumpre ressaltar, por fim, que o presente incidente não abrange Comarcas diversas, mas sim Juízos dentro da Capital, onde a divisão entre os foros respeita critério funcional e não meramente territorial, tratando-se de competência absoluta que deve ser declinada de ofício.

Do exposto, configurado o conflito de competência, declara-se competente o juízo suscitante, 4ª Vara Cível do Foro Regional Nossa Senhora do Ó.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 2096635-19.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são suscitantes ROBSON CRISOSTOMO DOS SANTOS, LUMA CRISTINA PINHEIRO DA SILVA, MARIA CELIA MIAN HAMAJI, MARIA ELIZABETH DA SILVA, MARIA ELIZABETH MARANHÃO PESSOA, MAURICIO MARINHO PONTES, RAPHAEL DA CRUZ FERNANDES, JUSSARA NOGUEIRA

GONÇALVES DA SILVA, ROSINETH MARTINS PEREIRA, RUBENS DA SILVA, RUTH TASSOTE FIGUEIREDO PRATES, SARA CAMILO FERNANDES, SONIA APARECIDA DIOLINO DOAS ANJOS BARBOSA, TEREZA APARECIDA FERREIRA DA SILVA, VERA LUCIA DA COSTA, BRUNO JOSÉ FELIPE, DANIELLA CAMARGO LUCENTINI, ADALGISA MARCIA PEREIRA LIMA, ALDO ALVES DE SOUZA, ANGELICA DE FATIMA LOPES MONTEIRO, AVANDIR ANTONIO, BERNADETE DE LOURDES NASCIMENTO MARTINS, CIBELE FERREIRA CONRADO DA SILVA, GUARACIABA OLIVEIRA PINTO, DEBORA MENDES DA SILVA, EDVANIA TEIXEIRA PIRES, CELIA SIMIÃO DUMBROVSKY, ELAYNE MACARIO DOS SANTOS LUZA, ELISABETE PINHEIRO DOS SANTOS e GILDA MARIA DA SILVEIRA, são suscitados MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL e MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declarando competente o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública para processar e julgar a causa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 26 de junho de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA PARTE. POSSIBILIDADE, EX VI DO ART. 951 DO CPC. JUÍZO DO JUIZADO ESPECIAL QUE APESAR DE NÃO HAVER SE DECLARADO INCOMPETENTE DE MODO EXPLÍCITO, O FEZ OBLIQUAMENTE, AO ORDENAR EMENDA À PETIÇÃO INICIAL IMPOSSÍVEL DE SER REALIZADA PELOS AUTORES, ORA SUSCITANTES. DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA QUE, DEMAIS DISSO, NÃO ERA SUSCETÍVEL DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DISTRIBUÍDA À 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL VISANDO O RECÁLCULO DE VERBAS DEVIDAS A

Acesso ao Sumário

TÍTULO DE 13º SALÁRIO E ADICIONAL DE FÉRIAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM UNIDADES ASSISTENCIAIS DE SAÚDE E GRATIFICAÇÃO DE REGIME DE PLANTÃO DESDE A EDIÇÃO DAS LEIS MUNICIPAIS Nº 11.716/95, 13.493/2003 E 13.652/2003. PEDIDO REMETIDO AO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA, EM RAZÃO DO VALOR DA CAUSA E POR ENTENDER AO MAGISTRADO QUE A LIDE PRESCINDIA DE PROVA PERICIAL. É VERDADE QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTA C. CÂMARA ESPECIAL É PACÍFICA AO RECONHECER A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA QUANDO, RESPEITADO O SEU VALOR DE ALÇADA, O JULGAMENTO DA AÇÃO DEPENDE APENAS DE MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. O CASO EM EXAME, TODAVIA, TRATA DE SITUAÇÃO DIVERSA, POIS, OS SUSCITANTES NÃO TÊM MEIOS DE FORMULAR PEDIDOS LÍQUIDOS, TAL COMO EXIGE A LEI 9.099/95 E COMO, COM RAZÃO, ORDENOU O JUÍZO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. INDISPENSÁVEL, PARA A SOLUÇÃO DA LIDE, A PRODUÇÃO DE PROVA TÉCNICA COMPLEXA, EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, QUANDO JÁ ESTABELECIDA A EXTENSÃO DO DIREITO DE CADA UM DOS TRINTA AUTORES E FORNECIDOS OS DADOS NECESSÁRIOS AOS CÁLCULOS, QUE SE ENCONTRAM EM PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ORA RÉ. TAL AVALIAÇÃO REVELA COMPLEXIDADE INSTRUMENTAL, A IMPEDIR A SUA REALIZAÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS, NÃO SENDO POSSÍVEL SUPRI-LA COM PERÍCIA COM MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS OU EXAME TÉCNICO MENOS PROFUNDO, CONFORME O DISPOSTO NOS ARTIGOS 35 DA LEI 9.099/95, E 10 DA LEI 12.153/2009. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 2ª VARA DA

Acesso ao Sumário

FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado por Bruno José Felipe e outros, vislumbrando o presente entre o Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Cível da Fazenda Pública e ao da 2ª Vara da Fazenda Pública, ambos da comarca da Capital.

Relatam os suscitantes, servidores públicos municipais, que propuseram ação ordinária, distribuída à 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital, visando o recálculo de verbas que entendem devidas a título de 13º salário e adicional de férias "pela prestação de serviços em unidades assistenciais de saúde e gratificação de regime de plantão desde a edição das Leis Municipais nº 11.716/95, 13.493/2003 e 13.652/2003". Argumentam que a causa tem valor inestimável, razão porque lhe atribuíram o valor de R$ 55.000,00. O Juízo fazendário, todavia, determinou a redistribuição do feito a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, em razão do valor da causa. Informam que não puderam recorrer dessa decisão, em razão do rol taxativo das hipóteses de Agravo de Instrumento previsto no novo Código de Processo Civil. O Juízo do Juizado Especial, ao receber o feito, determinou que emendassem a petição inicial, formulando pedidos líquidos. Discorreram, então, em resposta, sobre a impossibilidade de realizar a emenda, em razão da necessidade de que, em um primeiro momento, reconheça-se a extensão do direito postulado, com o seu devido apostilamento, para que, apenas em um segundo momento, realizem-se os cálculos, que reputam complexos, em razão do grande número de autores (trinta) e por sofrerem variações mensais e mutações no curso da demanda. O Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública, diante desses argumentos, proferiu decisão, suspendendo o andamento do feito por trinta dias e determinando que suscitassem o conflito de competência.

Os suscitantes, em suas razões, sustentam que a demanda é complexa, incompatível com a sistemática dos Juizados Especiais, devendo tramitar em Vara da Fazenda Pública. Afirmam também que, no caso, deve prevalecer o valor universal atribuído à causa, não sendo possível o seu fracionamento. Finalmente, alegam não ter condições de proceder à emenda da petição inicial, por dependerem de informações que a Administração Pública fornece apenas em fase de cumprimento de sentença.

Foi designado o Juízo suscitado para decidir questões urgentes (fls. 196).

É o relatório.

Há conflito de competência, na letra do artigo 66 e incisos, do Código de Processo Civil, quando: a) dois ou mais juízes se declaram competentes; b) dois ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a

Acesso ao Sumário

competência; c) entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

No caso, o conflito foi suscitado pela parte, o que se admite na forma do artigo 951 do CPC.

E ainda que o Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública não tenha, explicitamente, declarado-se incompetente para a demanda, é certo que ele o fez por via oblíqua, pois, determinou aos suscitantes que realizassem emenda à petição inicial, formulando pedidos líquidos, emenda essa que eles entendem impossível, conforme se verá adiante.

Conhece-se, assim, do presente conflito negativo.

Ao mérito.

A Lei 12.153/2009, ao permitir a realização de exame técnico nas ações de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (artigo 10), acabou por vedar a realização de perícia, tal como a Lei 9.099/95 nos Juizados Especiais Cíveis.

No caso em exame, os trinta suscitantes alegam não ter meios para promover a emenda à petição determinada pelo Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Afirmam que, para realizar a emenda ordenada, formulando pedidos líquidos e certos, precisam de dados que se encontram em poder da Fazenda Pública do Estado que, em casos análogos, somente os forneceu em sede de execução do julgado. Sustentam, demais disso, que não há como proceder aos cálculos sem que se saiba, de antemão, qual a extensão do direito reconhecido. Mais. Afirmam que os valores postulados podem por sofrerem variações mensais e mutações no curso da demanda.

Pois bem. É verdade que a jurisprudência desta C. Câmara Especial é pacífica ao reconhecer a competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda quando, respeitado o valor de alçada, o julgamento da ação depende apenas de meros cálculos aritméticos.

O presente caso, todavia, trata de situação diversa. Alegam os suscitantes não terem meios de formular pedidos líquidos, tal como exige a Lei 9.099/95 e como, com razão, ordenou o Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Com efeito, parece indispensável, para a solução da lide, a produção de prova técnica complexa, em sede de cumprimento de sentença, quando já estabelecida a extensão do direito de cada um dos autores e fornecidos os dados necessários aos cálculos, que se encontram em poder da Administração Pública, ora ré.

Tal avaliação revela complexidade instrumental, a impedir a sua realização no âmbito dos Juizados Especiais. Não é possível suprir a perícia com meros cálculos aritméticos ou exame técnico menos profundo, conforme o disposto nos artigos 35 da Lei 9.099/95, e 10 da Lei 12.153/2009.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO. Pedido de pagamento de diferenças de vencimentos, diárias e gratificações. Necessidade de liquidação diversa de mero cálculo aritmético. Prova pericial de natureza complexa. Inviabilidade de trâmite da matéria no Juizado Especial Cível da Fazenda Pública. Competência da Vara Cível, ante a ausência de Vara especializada (Relator: Presidente da Seção de Direito Criminal; Comarca: Assis; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 15/10/2012; Data de registro: 15/10/2012)

Reconhecido caráter excepcional do caso, é de rigor o seu trâmite perante a Vara da Fazenda Pública, com ampla dilação probatória e realização de prova pericial.

Pelo exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito, declarando competente o **Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública** para processar e julgar a causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0020207-30.2017.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE TABOÃO DA SERRA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE MAIRIPORÃ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 1ª Vara Cível de Mairiporã. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.313)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 26 de junho de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização – Propositura da demanda em Mairiporã – Feito redistribuído de ofício – Impossibilidade – Competência territorial insuscetível de declinar-se de

Acesso ao Sumário

ofício – Súmula n. 33 do STJ.

Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 3ª Vara Cível de Taboão da Serra em face do M. Juízo da 1ª Vara Cível de Mairiporã, nos autos de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização, ajuizada por Welikson Hissao Furukawa contra Agmario Santos de São Leão.

Desfiou-se o conflito, pelo M. Juízo suscitante, com o fundamento de que o M. Juízo suscitado não poderia declinar *ex officio* na hipótese de competência relativa, alegando que o foro competente para o processamento do feito seria o do domicílio do requerido.

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de competência está configurado, a teor do inciso II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. A demanda foi distribuída inicialmente para a 2ª Vara Cível de Mairiporã, por prevenção ao processo n. 1001995-31.2016, redistribuída livremente à 1ª Vara Cível daquela Comarca, que determinou nova redistribuição dos autos à comarca de Taboão da Serra, considerando o endereço de domicílio do requerido (fl. 29vº).

4. A hipótese dos autos versa sobre direito pessoal, cuja competência está descrita no art. 46 do então vigente Cód.Pr.Civ. Cuidando-se, portanto, de competência territorial e, portanto, relativa.

Ocorre que, tratando-se aí de competência relativa, e não havendo (como não houve) provocação da parte em preliminar de contestação (*caput* do art. 64 do atual Cód.Pr.Civ.), era inevitável que o magistrado houvesse declinado *ex officio*, nos termos do verbete n. 33 da súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 1ª Vara Cível de Mairiporã.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência

nº 0023395-31.2017.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE DIADEMA, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE DIADEMA.

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 43.631)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 10 de julho de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ação de extinção de condomínio – remessa dos autos à Vara que homologou o divórcio entres as partes, sob o argumento de que se trata de execução do título judicial – impossibilidade – vínculo matrimonial que já foi dissolvido – relação entre as partes de natureza cível – ação autônoma – precedentes – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Diadema em face da MMª. Juíza da 1ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação de extinção de condomínio com alienação judicial de bem imóvel c.c. ressarcimento de despesas de aluguéis, ajuizada por Luiz Gonzaga Lopes contra Efigênia Faustina Ribeiro Lopes.

Alega a suscitante que inexiste acessoriedade e, tampouco, conexão entre a ação de divórcio e a ação de extinção de condomínio, remanescendo, somente, a relação entre os condôminos, de natureza cível, real e obrigacional (fls. 02/05).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, nos termos do artigo 66, II, do Novo Código de Processo Civil, pois ambos os juízos se declararam incompetentes para conhecer e julgar a lide.

A distribuição do feito contemplou originariamente a 1ª Vara Cível da Comarca de Diadema que remeteu os autos à suscitante argumentando que por se tratar de título executivo judicial a ação deverá prosseguir no juízo onde este

Acesso ao Sumário

foi formado (fls. 28).

Recebidos os autos, discordando do entendimento adotado, a juíza da 3ª Vara Cível suscitou o presente conflito de competência.

A controvérsia está restrita à divergência entre as magistradas a respeito da existência de acessoriedade entre a ação de divórcio que tramitou perante a 3ª Vara Cível e a ação que originou o presente incidente.

Ocorre que, dissolvido o vínculo matrimonial e efetivada a respectiva partilha de bens, a relação entre as partes tornou-se meramente obrigacional, de cunho cível, não subsistindo, assim, qualquer justificativa para que os autos da ação de extinção de condomínio tramitem perante o juízo suscitante.

Frise-se que, como bem ressaltado pela magistrada da 3ª Vara Cível, '*trata-se de ação autônoma, sem conexão com a ação de divórcio, na qual foi equacionada, tão somente, a matéria de natureza familiar [...]. A ação de extinção de condomínio, ora, em curso, envolve, exclusivamente, interesses patrimoniais dos condôminos. Houve dissolução do vínculo matrimonial. Remanesce, tão somente, a relação entre os condôminos, de natureza cível, real e obrigacional*' (fls. 03).

Em casos análogos, decidiu esta C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de extinção de condomínio. Divórcio litigioso com partilha de bens na proporção de 50%. Afastada a hipótese de execução de julgado. Demanda que possui outro pedido e causa de pedir. Natureza da relação entre os litigantes que após a dissolução do vínculo conjugal foge da competência da vara especializada. Demanda autônoma e própria do Direito das Coisas, porque a controvérsia é entre condôminos, e não consortes. Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de São Miguel Paulista, ora suscitado". (Conflito de Competência nº 0026182-04.2015.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed, j. em 16/11/2015).

Conflito Negativo de Competência. Ação de execução de título extrajudicial – Divórcio consensual homologado perante a Vara de Família, com partilha dos bens do casal – Vara Cível e Vara da Família e Sucessões – Questão afeta ao âmbito do Direito das Obrigações. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado. (Conflito de Competência nº 0006691-11.2015.8.26.0000; Relator: Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público), j. em 11/05/2015).

E ainda:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de extinção de condomínio distribuída perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Santos, que declina da competência e determina a remessa dos autos ao juízo que proferiu a sentença (suscitante), ao argumento de que se trata de execução de acordo homologado nos autos

Acesso ao Sumário

do divórcio. Impossibilidade. Vínculo matrimonial já dissolvido e partilha de bens ultimada. Questão afeta aos Direitos das Obrigações e das Coisas. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado, da 3ª Vara Cível da Comarca de Santos. (Conflito de Competência nº 0043915-46.2016.8.26.0000, Relator Presidente da Seção de Direito Privado Luiz Antônio de Godoy, j. em 24/10/2016).

Por essas razões, injustificável a remessa do feito ao juízo suscitante.

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, da 1ª Vara Cível da Comarca de Diadema.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0025702-55.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

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 43.895)**

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, 24 de julho de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ação de usucapião e reintegração de posse – demandas que afetam o mesmo imóvel – objetos e causas de pedir distintos – impossibilidade de reunião dos processos por conexão – inteligência do artigo 55 do Novo CPC – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza da 5ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos em face do MM. Juiz da

4ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação de usucapião ajuizada por Wanderley Cardoso Marques e outra.

Alega a suscitante que inexiste qualquer relação de dependência entre as ações, tampouco, risco de decisões conflitantes, colacionando julgados nesse sentido (fls. 02/04).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, nos termos do artigo 66, II, do Novo Código de Processo Civil, pois ambos os juízos se declararam incompetentes para conhecer e julgar a lide.

A controvérsia está restrita à divergência entre os magistrados a respeito da existência de conexão entre a ação de usucapião distribuída, a princípio, à 4ª Vara Cível de São José dos Campos e a ação de reintegração de posse, demanda precedente, em curso na 5ª Vara Cível da mesma Comarca, ambas referentes ao mesmo bem imóvel.

Ocorre que, apesar das semelhanças, as ações reivindicam direitos de naturezas distintas, possuindo finalidades dissociadas. Enquanto a possessória visa à tutela da posse do proprietário do imóvel, a usucapião destina-se à declaração de propriedade dos possuidores de boa-fé. Logo, os objetos das ações não se confundem, assim como as causas de pedir.

Conclui-se, portanto, que as demandas não tratam de relações interdependentes, uma vez que não se amoldam à previsão do artigo 55 do Novo Código de Processo Civil, de acordo com o qual *"Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir"*.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Câmara Especial:

"Conflito Negativo de Competência. Ação de interdito proibitório livremente distribuída – Remessa à Vara de Registros Públicos sob o fundamento de conexão com anterior ação de usucapião – Impossibilidade – Ausência de conexão, ante a diversidade de objeto e causa de pedir – Reconhecimento eventual da posse que não depende do domínio – Inocorrência da hipótese do artigo 103, do Código de Processo Civil – Inexistência de risco de decisões conflitantes – Incompetência absoluta da Vara de Registros Públicos para conhecer ações possessórias. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado." (CC nº 0027460-74.2014.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, j. 20.10.2014, v.u.);

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de reintegração de posse que não guarda relação de conexão ou prejudicialidade com ação de usucapião, ainda que versem sobre a mesma área e tenham identidade de litigantes. Inexistência de risco de decisões contraditórias. Precedentes desta Colenda Câmara. Conflito julgado

Acesso ao Sumário

procedente para declarar a competência do d. Juízo suscitado." (CC nº 0018746-91.2015.8.26.0000, Relator Juiz Walter Barone, j. 27.07.2015, v.u.).

Por essas razões, injustificável a reunião dos feitos para julgamento conjunto.

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, da 4ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2084845-38.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente J.W.F.A. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.871)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 12 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e juventude – Execução de medida socioeducativa – Decisão *extra petita* – Inocorrência – Juízo da execução que não está adstrito ao pleito das partes, detendo poder geral de cautela para eleger as providências que entender adequadas ao reeducando – Internação mantida – Livre convencimento do magistrado – Parecer técnico favorável à substituição da medida

que não vincula o Magistrado – Possibilidade de se determinar avaliação pela equipe técnica do juízo, inexistindo exclusividade dos técnicos da Fundação CASA na elaboração de pareceres sobre a evolução comportamental do infrator – Progressão prematura que pode causar prejuízos ao processo de reeducação do adolescente – Decisão devidamente fundamentada – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente J.W.F.A., sob a alegação de estar ele 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 o paciente, jovem de (...) anos, cumpre medida socioeducativa de internação desde 04 de outubro 2016, pela prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo majorado e, embora haja relatório técnico conclusivo apresentado pela Fundação CASA sugerindo a substituição da medida, com o qual concordaram a Defensoria Pública e o Ministério Público, foi determinada a realização de avaliação do menor pela equipe técnica do juízo, já agendada para 08 de junho de 2017, o que ocasiona constrangimento ilegal. Invoca contrariedade aos princípios da excepcionalidade e brevidade, bem como da mínima intervenção judicial. Requer, assim, a concessão de liminar visando a suspensão da internação e a imediata liberação do jovem, a fim de que aguarde o julgamento do *writ* em liberdade.

Processado sem liminar (fls. 93/94), sobreveio parecer da Procuradoria de Justiça pelo não conhecimento da ordem e, subsidiariamente, pela sua denegação (fls. 99/103).

É o relatório.

De início, não se revela *extra petita* a decisão que determinou o prosseguimento da execução.

A ausência de requerimento, eleição (ou a manutenção) de medida diversa da alvitrada pelas partes – tanto no processo de conhecimento, quanto no de execução – 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 individual e coletiva, é decorrência lógica do princípio constitucional do devido processo legal.

Acesso ao Sumário

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 artigo 148, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido, precedente desta Câmara Especial:

"HABEAS CORPUS. Ato infracional análogo ao crime de roubo majorado. Aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade. Descumprimento. Pleitos de ambas as partes de extinção da medida socioeducativa. Indeferimento. Inexistência de violação aos princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e do devido processo legal. Juiz que pode deliberar sobre as medidas necessárias ao processo de ressocialização do adolescente. Ordem judicial para expedição de mandado de busca e apreensão para apresentação do jovem em audiência de justificação. Súmula 265 do C. Superior Tribunal de Justiça. Respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Desnecessidade de prévia tentativa de condução coercitiva. Na hipótese de apreensão, o jovem deverá ser ouvido pelo MM. Juízo origem no mesmo dia ou, no máximo, no primeiro dia útil subsequente. Com a realização de audiência e se for o caso, poderá ser decretada a internação-sanção pelo r. Juízo de primeiro grau. Ordem denegada, com observação." (*Habeas Corpus* nº 2106793-07.2015.8.26.0000, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Carlos Dias Motta, em 17/08/2015).

É o quanto basta para se concluir que 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.

Logo, não há o invocado julgamento *extra petita*.

No mérito, a denegação da ordem é de rigor.

A decisão atacada está devidamente fundamentada, pautada na necessidade da avaliação psicossocial pela equipe técnica do Juízo, em ordem a viabilizar uma avaliação mais segura acerca da substituição da medida socioeducativa, consoante sugerido pelos técnicos da Fundação Casa, sempre se levando em conta o princípio da proteção integral do adolescente.

Assim, não se vislumbra afronta ao art. 42, § 2º da Lei nº 12.594/12, uma vez que a decisão não se fundou apenas na gravidade do ato infracional, nos antecedentes e no tempo de duração da medida.

A propósito, é consabido que o processo socioeducativo envolve várias etapas, de sorte que a progressão prematura é um dos grandes motivos da

Acesso ao Sumário

reincidência, por força do completo despreparo dos egressos para o convívio social honesto e saudável.

Pondere-se, ademais, que a interrupção do acompanhamento técnico até então realizado pode causar prejuízos ao processo de reeducação do adolescente, o que não se coaduna com os princípios da proteção integral e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Bem por isso que o Magistrado não está adstrito aos laudos 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 84 desta Corte de Justiça, *in verbis*: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica."*

Assim, nada obsta que o Juiz, até mesmo de ofício, adote providências diversas para obter maiores elementos de convicção e assegurar-se de que a medida socioeducativa atingiu integralmente sua finalidade.

Nesta esteira, não há exclusividade dos técnicos da Fundação CASA para emitir pareceres acerca da evolução comportamental do jovem, sendo plenamente admissível a avaliação pela equipe técnica do juízo, inexistindo qualquer abusividade ou ilegalidade em tal determinação.

Nessas circunstâncias, inexiste qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade coatora ao determinar a realização de avaliação psicossocial pelo setor técnico judicial, impondo-se a continuidade da medida de internação, de modo a propiciar efetivo acompanhamento e orientação do adolescente e de sua família, para que se alcance a desejada ressocialização com segurança.

A decisão guerreada merece subsistir, portanto, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isto posto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2146084-77.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente (...) (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, de conformidade com o voto do Relator designado, que integra este acórdão, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, denegaram a ordem. Vencida a Relatora sorteada com declaração de voto. Acórdão com o 2º Juiz". **(Voto nº 40.920)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), vencedor, DORA APARECIDA MARTINS, vencida, e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de maio de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator Designado

Ementa: *Habeas corpus* – Ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 – Impetração contra sentença que impôs ao paciente medida socioeducativa de internação – Alegação de constrangimento ilegal – Pretendida substituição da medida restritiva de liberdade por medida em meio aberto – Não cabimento – Constrangimento ilegal inexistente – Alegação de afronta ao artigo 49, II, da Lei 12.594/12 – Inocorrência – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor da menor (...) contra suposto constrangimento ilegal praticado pelo MM. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Tietê ao proferir sentença com aplicação de medida socioeducativa de internação, nos autos do processo 0000454-77.2016.8.26.0629, que apurou a prática de ato infracional equiparado a tráfico ilícito de entorpecentes.

Em apertada síntese, a Defesa aponta que a ausência das taxativas hipóteses autorizadoras da internação (incisos do artigo 122 do ECA) e a execução da medida socioeducativa em desacordo com o previsto no artigo 49, II, da Lei do Sinase tornam ilegal a privação da liberdade sofrida pela jovem.

Requer a concessão liminar da ordem para suspender a internação

Acesso ao Sumário

do paciente, e, ao final, a cassação da decisão impugnada, aplicando medida socioeducativa em meio aberto (fls. 01/08).

Deferida a liminar (fls. 71/73), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 81/84).

É o relatório.

Primeiramente, ressalta-se que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto do recurso adequado, sendo descabida, nos seus limites estreitos, análise aprofundada dos fatos e provas do processo.

Nesse sentido, já se decidiu nos Tribunais Superiores:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) III Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência incabível em habeas corpus, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. Recurso ordinário ao qual se nega provimento." (STF, recurso ordinário em habeas corpus nº 118381/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 12.11.2013, publicado no DJE de 25.11.2013).

Nessa trilha, pacífica a jurisprudência desta Câmara Especial no sentido de que o *habeas corpus* não se presta à apreciação de matéria recursal em que se exige nova avaliação das provas e das questões fáticas e jurídicas (*Habeas Corpus* nº 2042183-98.2013, relator Desembargador Ricardo Anafe, então Presidente da Seção de Direito Público, julgado em 17.02.2014).

No caso em análise, é exatamente essa a pretensão da impetrante: que se proceda ao reexame de matéria já enfrentada pela sentença a fim de ser substituída a medida socioeducativa aplicada.

A sentença, para impor a internação, amparou-se não somente na gravidade do ato infracional, como também na periculosidade da paciente ao meio social e nas suas condições pessoais.

Da leitura atenta do relatório psicossocial (fls. 53/61), é possível constatar que (...) encontra-se em situação de desamparo sociofamiliar, vivendo mais na casa de amigas do que no próprio lar, o que seria fundamental para o sucesso da aplicação de eventual medida socioeducativa em meio aberto.

Demais disso, ainda que não prevaleça para fins de antecedentes, a adolescente ostenta outro registro pela prática de ato infracional idêntico e

Acesso ao Sumário

foi beneficiada com aplicação de medida protetiva (fls. 31), a qual se mostrou insuficiente para sua ressocialização.

Inexiste, da mesma forma, afronta à súmula 492 do STJ[1]. A redação da referida epítome jurisprudencial não afasta a possibilidade da aplicação da medida de internação a adolescentes primários representados pela prática de tráfico de drogas, mas somente dissipa a obrigatoriedade de tal solução.

Ainda que assim não fosse, a medida socioeducativa imposta na origem encontra suporte na jurisprudência majoritária desta Câmara Especial (*habeas corpus* nº 2033124-81.2016.8.26.0000, relator Desembargador Ricardo Dip, presidente da Seção de Direito Público, julgado em 21/03/2016; *habeas corpus* nº 2148324-39.2016.8.26.0000, relator Desembargador Salles Abreu, presidente da Seção de Direito Criminal, julgado em 29/08/2016; *habeas corpus* nº 2155124-83.2016.8.26.0000, relator Desembargador Luiz Antonio de Godoy, presidente da Seção de Direito Privado, julgado em 29/08/2016; *habeas corpus* nº 2089211-57.2016.8.26.0000, relator Desembargador Xavier de Aquino, decano, julgado em 01/08/2016).

No mais, a prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, revela a necessidade da firme atuação estatal a fim de afastar a adolescente do meio delituoso, garantindo sua segurança pessoal e resguardando-se a manutenção da ordem pública.

Desse modo, inviável a modificação da medida socioeducativa de internação aplicada na origem no bojo do presente *habeas corpus*, seja pela eleição da via indevida, seja pela real inexistência de constrangimento ilegal extraído da decisão prolatada.

Tampouco deve ser acolhida a pretensão da substituição da internação por outra em meio aberto decorrente da invocação do disposto no artigo 49, II, da Lei 12.594/12.

A interpretação literal do dispositivo poderia levar a crer que um jovem submetido à medida drástica por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça deva ser colocado em liberdade no caso de ausência de unidade de internação na comarca em que reside.

Tal regra, entretanto, não pode ser aplicada de forma isolada, sob pena de violação dos princípios da a) proteção integral, pois o jovem em conflito com a lei não teria a chance de receber todas as intervenções necessárias para a sua ressocialização; e b) igualdade, uma vez que somente o adolescente que reside em cidade onde não há unidade de internação poderia beneficiar-se da medida.

O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva de que ele esteja plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a

1 "O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente"

Acesso ao Sumário

medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos e morais condizentes com a vida honesta.

Depois, a Fundação CASA, por intermédio da portaria normativa 285/2016, de 11.02.2016, regulamenta a concessão de verba para transporte de familiares para realização de visitas aos menores. De acordo com o artigo 1º:

> *"Fica autorizada a concessão de verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes de deslocamento (transporte) de familiares de adolescentes, dos programas de Internação Provisória, Semiliberdade e Internação da Fundação CASA-SP, para visitas e participação em eventos/ entrevista/ elaboração do PIA e outros acontecimentos voltados ao desenvolvimento da medida socioeducativa nos Centros de Atendimento."*

Tal previsão impede a quebra do vínculo afetivo familiar de adolescentes que cumprem medidas fora da comarca de origem.

Do exposto, denega-se a ordem.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 2.827)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor da adolescente (...), contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude de (...), que aplicou a medida socioeducativa de internação à paciente, em razão da prática ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

A impetrante sustenta que a decisão de primeiro grau é ilegal, pois a medida de internação não deveria ser aplicada em caso de adolescente primário que pratica ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, por se tratar de ato infracional que não preenche as hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Alega também violação do art. 49, inciso II, da Lei nº 12.594/12.

Requer a concessão de liminar para que a jovem seja colocada em liberdade até o julgamento do presente *writ* e, no mérito, a concessão da ordem para cassar a decisão combatida, com a consequente aplicação de medida em meio aberto.

Deferida a liminar (fls. 71/73), a autoridade impetrada apresentou as informações solicitadas (fls. 78/79) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (fls. 81/84).

É o relatório.

Respeitado o entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, entendo que a decisão que aplicou a medida socioeducativa de internação à paciente

Acesso ao Sumário

merecia ser reformada.

De início, conforme jurisprudência pacífica do STJ, em repúdio à utilização desmedida do *writ*, não se admite impetração de *habeas corpus* substitutivo, quando cabível recurso próprio, sob pena de se frustrar sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional, que é a proteção do direito de ir e vir, e não a reanálise de aspectos fáticos e jurídicos já apreciados por decisão judicial, situação que implica o não conhecimento da impetração (Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02.09.14; HC 297.931/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 28.08.14; HC 293.528/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 04.09.14 e HC 253.802/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 04.06.14; HC 307.198/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 29.04.15; HC 255.655/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 05.04.13).

Da mesma forma, discussões acerca da adequação da medida socioeducativa aplicada, hipóteses que demandariam o reexame das provas produzidas, não podem ser admitidas, pois o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência do alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, conforme Jurisprudência pacífica do STJ (EDcl no REsp 1394239, Min. Ericson Maranho, Des. convocado do TJ/SP, DJ 11.11.15; AgRg no REsp 1487469, Min. Sebastião Reis Junior, DJ 14.10.15; HC 232.703/SP, Rel. Min Adilson Vieira Macabu, Des. Convocado do TJ/RJ, DJ. 08.05.2012; AgRg nos EDcl no HC 275.515/BA, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 26.11.13; RHC 59.441/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 10.06.15).

Assim, a rigor, o presente *writ* não comportaria conhecimento. Entretanto, excepcionalmente, em vista do teor das alegações constantes da impetração e para que não pairem dúvidas acerca da ilegalidade da medida socioeducativa aplicada, conheço do *habeas corpus* e, no mérito, concedo a ordem.

A impetrante destaca que a adolescente é primária e foi representada por cometer ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, ato cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, não configurada, pois, nenhuma das hipóteses elencadas na lei que autorizam a aplicação da internação.

Com efeito, sem descer às minúcias das provas analisadas em Juízo, tem-se que deve ser modificada a medida socioeducativa imposta à jovem (...).

O artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo rol é taxativo, é expresso ao dispor que a medida socioeducativa de internação só pode ser aplicada quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, houver reiteração no cometimento de infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificável de medida antes imposta, o que não se verifica no caso em tela.

Acesso ao Sumário

O caráter excepcional da medida, reforçado pela norma contida no § 2º do art. 122 da Lei nº 8069/90, é tema pacífico no Colendo Superior Tribunal de Justiça e também no Colendo Supremo Tribunal Federal.

Confira-se a respeito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. SÚMULA 492/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a aplicação da medida socioeducativa de internação só é possível mediante concreta fundamentação que justifique a imposição da medida excepcional, nas hipóteses taxativas previstas em seu art. 122, a saber: a) quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa; b) quando houver o reiterado cometimento de outras infrações graves; ou c) quando houver o descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

2. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente (Súmula 492/STJ).

3. Na hipótese, constata-se a insuficiência da fundamentação da decisão que impôs medida mais gravosa com base apenas na gravidade abstrata do ato infracional, praticado sem violência ou grave ameaça, notadamente quando se leva em consideração que o adolescente, pelo que se depreende dos autos, não possui antecedentes infracionais.

4. Agravo regimental improvido." – grifei

(AgRg no *HABEAS CORPUS* Nº 291.864/SP, 5ª Turma, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 03/08/2015)

"EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006). MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 122 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/1990). CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

2. A internação, medida socioeducativa mais gravosa para o adolescente,

Acesso ao Sumário

configura privação de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, aplicável somente nas hipóteses taxativamente previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Inexistência dos pressupostos autorizadores da internação da paciente, nos termos do art. 122 da Lei nº 8.069/1990.

4. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com a concessão da ordem de ofício, para substituir a internação aplicada à paciente por medida socioeducativa mais branda, tornando definitiva a liminar concedida." – grifei

(HC nº 128171/SP, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 18/09/2015)

Não se ignora a quantidade de droga apreendida na posse da jovem e a gravidade do ato infracional correspondente ao tráfico de drogas, mas tais fatores não se prestam à imposição da medida extrema, notadamente porque, como já acima explanado, a jovem é primária e a prática do tráfico de drogas é desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa, não incidindo, assim, os incisos I e II do artigo 122 do ECA.

Convém consignar que a adolescente não registra passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude, e que a imposição da medida mais gravosa fundou-se, exclusivamente, na gravidade do ato infracional.

Nesse diapasão a doutrina*: "não há falar em violência ou grave ameaça no tipo penal do tráfico de entorpecente o qual, embora crime hediondo, não contém em suas elementares essas características. Qualquer hipótese nesse sentido será admitir o inadmissível, a analogia em malam partem, insuportável em um Estado Democrático de Direito"*[2]

No caso ora em comento, além dos argumentos já expostos, importa registrar que não há nos autos a demonstração de outras circunstâncias a indicar o cabimento da medida extrema, de modo que tais particularidades demonstram aptidão à recuperação em meio aberto e autorizam a imposição de medida socioeducativa mais branda.

Deste modo, considerando as condições pessoais favoráveis apresentadas pela adolescente, eis que primária, bem como a capacidade para que cumpra medida em meio aberto, que se revela suficiente para promover sua ressocialização, deve ser afastada definitivamente a medida socioeducativa de internação, para que, à paciente, seja aplicada medida socioeducativa em meio aberto, a critério do Juízo de primeiro grau, dispensando a ele o acompanhamento necessário.

Ante o exposto, pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria,

Acesso ao Sumário

2 SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional, p. 174.

CONCEDIA A ORDEM, nos termos acima explicitados.

Dora A. Martins, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2010125-03.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente W.M.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.358)**

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

***HABEAS CORPUS* – Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida – Descumprimento – Decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão para a oitiva da adolescente em Juízo – Possibilidade – Adolescente que não foi localizado – Denegação da ordem para manter a busca e apreensão para sua oitiva em audiência de justificação – Ordem denegada.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com liminar, impetrado pela Defensora Pública, doutora Letícia Marquez de Avelar, em favor do adolescente W.M.S. (DN (...)), sustentando, em suma, a ilegalidade da decisão proferida pelo Juízo de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e da Juventude que, ao invés de extinguir a medida socioeducativa de liberdade assistida, indeferiu tal pedido, mantendo a medida socioeducativa e decretando a busca e apreensão do ora paciente.

Aduz a impetrante, em apertada síntese, o longo tempo decorrido desde os fatos indicados na inicial (fevereiro de 2015), não havendo, portanto,

mais atualidade ou contemporaneidade na medida e, desde então, o paciente não voltou a cometer atos infracionais, tudo a autorizar a extinção da medida socioeducativa, em obediência ao disposto no artigo 35, V e VII, da Lei do SINASE. Alega, ainda, constrangimento ilegal decorrente do decreto de busca e apreensão, cujo cumprimento redundará na privação de liberdade do jovem, já que será encaminhado para uma Delegacia e, posteriormente, para unidade de internação até que seja ouvido pela autoridade coatora, providência que poderá demorar até três dias, contrariando os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Acrescenta que é indispensável a oitiva do adolescente antes de ser decretada a regressão da medida socioeducativa (fls. 1/10).

A liminar foi denegada, mantendo-se a busca e apreensão da adolescente para oitiva em Juízo (fls.139/141).

Prestadas as devidas informações (fls.146/147), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls.149/153).

É o relatório.

A presente ordem deve ser denegada.

Conforme a remansosa jurisprudência da Câmara Especial, a segregação de adolescente pelo descumprimento de medida só pode ser decretada após sua oitiva em audiência de justificação, nos exatos termos da Súmula 265 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, inegável a necessidade de o Magistrado utilizar-se do mandado de busca e apreensão quando infrutíferas as tentativas de intimação do jovem para que compareça em Juízo a fim de justificar o descumprimento das medidas anteriormente impostas, assim como ocorreu no caso em comento.

Ademais, como informado pela autoridade apontada como coatora, *"... o educando deixou de comparecer aos atendimentos, sendo considerado desaparecido. O serviço de medidas juntou ao processo o boletim de ocorrência lavrado pela genitora, no qual se noticiava o desaparecimento"* (fl.146).

A respeito da celeuma já se manifestou a respeito esta Egrégia Corte Bandeirante:

"Habeas corpus – impetração contra decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão pelo descumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida – alegação de inobservância dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal, da excepcionalidade e da brevidade – intervenção determinada para que o menor seja ouvido em audiência – ausência de ilegalidade – providência que preserva os superiores interesses do menor – ordem denegada." (*Habeas Corpus* nº 2128205-28.2014.8.26.0000, Câmara Especial – TJSP, Rel. EROS PICELI, J. 6.10.2014, v.u.)

Outrossim, a apresentação em Juízo, mediante busca e apreensão, confere à jovem a oportunidade de justificar-se (quanto ao noticiado descumprimento

Acesso ao Sumário

da medida socioeducativa de liberdade assistida), constituindo providência imprescindível à eventual aplicação da medida de internação-sanção, prevista no artigo 122, inciso III, da Lei 8.069/90, ou outras providências tendentes à reeducação e ressocialização.

A respeito do mandado de busca e apreensão sem a prévia oitiva do menor, já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A mera expedição de mandado de busca e apreensão não caracteriza constrangimento ilegal, uma vez que, cumprido o referido mandado, o menor deverá ser apresentado ao Juízo singular que, após sua prévia oitiva, decidirá acerca da possibilidade de reavaliação da medida socioeducativa imposta" (*Habeas corpus* nº 74.837/RJ, Relator Ministro Armando Esteves Lima, j. em 27.9.2007).

De acordo com o cenário apresentado, não se vislumbra constrangimento ilegal a expedição de mandado de busca e apreensão da adolescente, tendo em vista seu descumprimento da liberdade assistida e sua não localização.

Pelo exposto, **denega-se** a ordem.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0002468-40.2014.8.26.0197, da Comarca de Francisco Morato, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos J.V.L.F. (MENOR) e MUNICÍPIO DE FRANCISCO MORATO.

ACORDAM, em Câmara Especial 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 39786)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 12 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Reexame necessário em mandado de segurança. Pretensão à disponibilização de auxiliar especializado, em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, próxima à residência da parte.

Direito constitucional auto-aplicável, previsto na norma do art. 208, III e IV, Constituição Federal, conforme posição pacífica da Suprema Corte (MC na ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04) e Colendo STJ (AgRg no REsp 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15). Competência da Municipalidade.

São assegurados aos portadores de deficiência currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades, e professores com especialização para integração desses educandos nas classes comuns (arts. 58 e 59, Lei 9.394/96).

Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário, nos autos de mandado de segurança impetrado por menor, representado por sua genitora, contra ato do Secretário de Educação do Município de Francisco Morato. A r. sentença de fls. 58/59, cujo relatório se adota, concedeu a segurança para garantir a matrícula da criança em creche próxima de sua residência, bem como para que seja designado um professor auxiliar de classe, que permita melhor adaptação em face de suas condições particulares.

Decorrido o prazo sem recurso voluntário, foram os autos remetidos a este Tribunal. A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso oficial, unicamente para substituir o vocábulo "creche" por "pré-escola" (fls. 79/81).

É o relatório.

Há reexame necessário conforme o disposto no art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09.

O art. 208, inciso III, da Constituição Federal (repetido pelo art. 54, inciso

Acesso ao Sumário

III, do Estatuto da Criança e do Adolescente), preconiza ser dever do Estado garantir o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, disponibilizando ao educando, em todas as etapas da educação básica, programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, inciso VII, da Constituição Federal).

Por sua vez, a Lei nº 7.853/89, em seu art. 2º, *caput*, prevê que *"Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico"*.

A Suprema Corte é firme em reconhecer que há direito constitucional auto-aplicável à vaga em creche e acesso à pré-escola, conforme norma do art. 208, IV, Constituição Federal. Traz-se à colação excerto do precedente:

> *"ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)./ (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A*

Acesso ao Sumário

situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)./ (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando,

Acesso ao Sumário

dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade./ (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Da mesma forma, o Colendo STJ, em precedente recente, julgou no seguinte sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO./ 1. In casu, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades./ 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas./ 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da vexata quaestio pelo STJ estão bem delimitados no acórdão objurgado./ 4. Agravo Regimental não provido" (AgRg no REsp nº 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15).

Acesso ao Sumário

Esta E. Câmara Especial é forte nesse sentido, conforme precedentes com premissas fáticas análogas às do caso concreto:

"Recurso Oficial. Ação de Obrigação de fazer. Dever do Poder Público de

fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança, em unidade próxima de sua residência. Pedido procedente. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da igualdade. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento. Responsabilização do Município pelo transporte da criança em caso de matrícula em unidade distante de sua residência. Necessidade. Desdobramento do direito à educação. Recurso oficial desprovido" (Reexame Necessário nº 0008950-25.2015.8.26.0114 – Campinas, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 14.12.15).

"Apelação – Vaga em creche – Obrigação de fazer – Ensino infantil – Procedência – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Direito fundamental – Ausência de violação aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes – Acesso da criança à educação – Ausência de intromissão indevida do Judiciário em questões de outro poder – Inteligência dos artigos 205, 208, I, e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA – Apelação do município e reexame necessário não providos. Apelação – Alteração da verba de honorários advocatícios – Majoração necessária para remuneração justa do trabalho – Inteligência ao art. 20 §§ 3º e 4º do CPC – Apelação do autor parcialmente provida" (Apelação Cível nº 0006982-60.2014.8.26.0286 – Itu, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Eros Piceli, j. em 14.12.15).

As Súmulas ns. 63 e 65, desta E. Corte são no seguinte sentido:

"Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

"Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes".

O direito à educação, na medida em que deixa de ser cumprido pela Administração Pública de forma consistente à política pública, cujas linhas mestras estão na Constituição Federal, é passível de correção pelo Judiciário. Não há, portanto, violação ao princípio da separação dos Poderes. E o mínimo existencial, presente no "núcleo-duro" do direito fundamental à educação, prepondera até mesmo sobre a reserva do possível.

Aliás, é atribuição primordial dos Municípios a atuação prioritária na

Acesso ao Sumário

educação infantil, conforme art. 211, § 2º, Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

E, nesse contexto, a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), em seu art. 58, *caput*, estipula a educação especial como modalidade de educação escolar para portadores de necessidades especiais. Sendo assegurado currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades, e professores com especialização para integração desses educandos nas classes comuns.

Consoante a prova documental trazida aos autos, o autor é criança portadora de necessidades especiais, qual seja, autismo (fl. **22**). Dessa forma, é patente a necessidade de conferir-lhe um atendimento especializado adequado à sua condição especial, como forma de assegurar condições mínimas necessárias para frequentar a escola.

É necessário que se faça uma observação em relação à unidade de ensino adequada à idade do autor. Desde a época da impetração do mandado, o autor deveria frequentar a etapa de pré-escola, e não creche, conforme consta do dispositivo da sentença.

Desta forma, considerando a convocação de auxiliares de atendimento educacional (fls. 39/40), são asseguradas a atribuição e designação de profissional especializado, para acompanhamento em sala de aula, à escola municipal de etapa adequada em que o autor esteja matriculado.

Corrige-se pequeno lapso material quanto à menção pré-escola ao invés de creche, como bem apontado pelo parecer da il. Procuradoria Geral de Justiça.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2145920-49.2015.8.26.0000/50002, da Comarca de Tambaú, em que é agravante UNIMED LESTE PAULISTA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravada MARIA LUIZA ZANIN.

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 42245)**

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, 13 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – ACÓRDÃO – OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL – DECISÃO MANTIDA.

1. 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 (STF, repercussão geral na questão de ordem no agravo de instrumento n. 791.292/PE, julgado em 23/6/2010).

2. Decisão mantida. Inafastável a aplicação do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil.

3. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Unimed Leste Paulista Cooperativa de Trabalho Médico** contra a decisão proferida por esta Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso extraordinário nos termos do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo colendo Supremo Tribunal Federal no **agravo de instrumento n. 791.292/PE**. Alega o agravante, em síntese, que a decisão denegatória fere os artigos 5º, incisos XXXV, XXXVI e LV, 93, inciso IX, 196 e 197 da Constituição Federal. Por fim, pede pelo provimento do presente agravo interno.

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 17).

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 extraordinário 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.

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o artigo 1.035 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> "Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. Parágrafo primeiro. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)".

In casu, o colendo Supremo Tribunal Federal manifestou-se definitivamente a respeito do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de ser exigido que o acórdão ou decisão sejam fundamentados – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa:

Acesso ao Sumário

"Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3° e 4°). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, 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. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.".

A decisão agravada, nestes termos, apenas deu aplicabilidade à sistemática da repercussão geral, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2160881-29.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada VERA LÚCIA LOURENÇO.

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 42244)**

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, 13 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Via estreita – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STF – Recurso não conhecido.

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 extraordinário com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea *a*, primeira parte, do Código de Processo Civil, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo colendo Supremo Tribunal do Federal nos **recursos extraordinários com agravo n. 901.963/SC e 796.473/RS**. Sustenta o agravante, em síntese, ofensa ao artigo 475-G do Código de Processo Civil anterior e ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Alega, ainda, ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e, ainda, da segurança jurídica, igualdade e celeridade processual.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 328/332.

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 extraordinário 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.

No entanto, o agravo previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do atual Código de Processo Civil não veio apegado ao desacerto da incidência, no caso concreto e análogo, dos entendimentos consolidados pelo Supremo Tribunal Federal nos **recursos extraordinários com agravo n. 901.963/SC e 796.473/RS**, em que concluiu pela ausência de repercussão geral dos temas trazidos nas razões do recurso extraordinário, relativos à legitimidade ativa e à limitação subjetiva territorial para o cumprimento de sentença proferida em ação coletiva, ante o caráter infraconstitucional das matérias.

Ante o exposto, não se conhece do agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0012021-38.2006.8.26.0506/50003, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante ROGERIO FERREIRA TELES.

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 42355)**

O julgamento teve a participação dos 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, 21 de junho de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGA PREJUDICADO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO. RECURSOS 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, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

3. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fl. 1.669), que, com fundamento nos Temas 339 e 424, ambos do Colendo Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, inciso I, "a", 1ª e 2ª figuras, do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 1.745/1.751).

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", 1ª e 2ª figuras, 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 mencionada decisão de fl. 1.669, 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 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 os acórdãos de fls. 1.381/1.401 e 1.428/1.448, consignaram que, no tocante às alegações preliminares de caracterização de litispendência, o MM. Magistrado de 1º Grau, fundamentadamente, já afastou tais alegações*: "Quanto à alegação de ocorrência de litispendência, da mesma forma, não prospera o pleito defensivo. Os imóveis tratados nestes autos são distintos dos tratados nos autos de nº 933/07, com trâmite na Segunda Vara Criminal desta Comarca. De forma que, em caso de eventual concurso, poderá ser requerido o seu reconhecimento em fase de execução da pena. Não havendo nada que se identifique com a litispendência, de rigor a rejeição da preliminar arguida."* (fls. 1.142, vol. 6). Anotou-se, ainda, na observância do trecho acima transcrito, deve ser destacado que o conceito de litispendência é dado pelo Código de Processo Civil, entendendo-se por tal a reprodução de ação anteriormente ajuizada, ainda não transitada em julgado (artigo 301, § 1º, Código de Processo Civil). Por fim, esclareceu-se que assim sendo, a identidade entre as ações será reconhecida sempre que ambas possuírem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (artigo 301, § 2º, Código de Processo Civil), situação processual não configurada nos presentes autos.

Acesso ao Sumário

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.

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.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 3014032-13.2013.8.26.0451/50001, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante EDGAR GOMES FERREIRA DE BEAUCLAIR.

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 42402)**

O julgamento teve a participação dos 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, 21 de junho 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. 215), 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 às fls. 228/245.

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fl. 246).

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;

Acesso ao Sumário

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. 215, 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 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.

Com efeito, observa-se que no acórdão de fls. 181/185 restou consignado que a preliminar de nulidade invocada, por cerceamento de defesa, deve ser afastada, pois o requerimento feito pela defesa em audiência, qual seja, o de solicitar dados telefônicos junto à determinada operadora, não guarda qualquer pertinência com o objeto deste processo, onde se aprecia a prática do crime de porte de arma de fogo. Observou-se, ainda, que eventual acolhimento do pedido, além de procrastinar o feito, prejudicando o deslinde da causa, em nada contribuiria para a própria defesa do réu, porquanto não há qualquer vínculo entre o crime de porte de arma de fogo e eventual relação de dados telefônicos. Por fim, ressaltou-se que não há nulidade a ser reconhecida e, ainda que houvesse, não houve demonstração de prejuízo por parte do réu, o que impede seu reconhecimento.

Tal decisão, assim, está 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 4032062-23.2013.8.26.0114/50000, da Comarca de Campinas, em que é agravante GERALDO MACIEL DE BRITO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO BONSUCESSO S.A.

Acesso ao Sumário

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 43330)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 30 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

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 – 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 **Geraldo Maciel de Brito** 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. 973.827/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta o agravante, em síntese, que as tarifas cobradas pela instituição financeira são ilegais e abusivas, a taxa de juros remuneratórios é diversa da pactuada e a capitalização de juros não foi contratada.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 9/13.

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 nos termos do artigo 33-A do

Acesso ao Sumário

Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

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. 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 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. Confira-se fls. 270/271.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 153/163) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir pela possibilidade da capitalização de juros, no período de adimplência, 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. Destaca-se trecho do acórdão, *in verbis* (**fls. 161**):

> *"No entanto, in casu, a previsão da taxa de juros mensal e anual (fls. 100) atende o princípio da informação previsto no art. 52 do CDC, estando, pois, autorizada a instituição financeira apelada a cobrar da apelante, na forma contratada, o referido encargo, consoante orientação pretoriana do C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo nº 973.827-RS, que determina 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', assertiva convertida na Súmula nº 541 da Augusta Corte Superior".*

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Por fim, ressalta-se que as tarifas cobradas pela instituição financeira não foram objeto do recurso especial de fls. 253/259. Assim, tal questão desborda 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 2092832-96.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Botucatu, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados JOSE AMERICO FOGLIA (ESPÓLIO) e SILVIA REGINA SOLER.

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 43320)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 30 de junho 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 n. 1.391.198/RS, 1.273.643/PR, 1.361.800/SP e 1.370.899/SP**. Sustenta o agravante ofensa à Lei Federal n. 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 n. 573.232/SC**.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 10/32.

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 nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

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. 1.391.198/RS**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 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.

Ademais, nos **recursos especiais n. 1.361.800/SP e 1.370.899/SP**, também sob o regime dos recursos repetitivos, com relatoria dos ministros

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

RAUL ARAÚJO e SIDNEI BENETI e por acórdãos publicados em 14/10/2014 e 16/10/2014, respectivamente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente 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. 421/423.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 291/295) encontra-se 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 está em perfeita sintonia com a orientação 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 n. 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 2169608-74.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado FRANCISCO GERENA.

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 43323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 30 de junho de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

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**. Sustenta o agravante ofensa à Lei Federal n. 7.347/85, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa e a 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 nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

Acesso ao Sumário

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. 376/377 e 378/379.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 255/275 e 357/361) 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 3017336-33.2013.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado(a) BEBIDAS POTY LTDA.

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 47.544)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 14 de julho de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que nega seguimento ao recurso especial.

– ICMS – Aproveitamento – Boa-fé – Inidoneidade.

– A questão relativa à higidez do aproveitamento de crédito de ICMS, realizado pelo adquirente de boa-fé, no que pertine às operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais (emitidas pela empresa vendedora) tenham sido, posteriormente, declaradas inidôneas, à luz do disposto no artigo 23, da Lei Complementar n. 97/96, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.148.444/MG.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Opôs a Fazenda do Estado de São Paulo agravo interno contra decisão desta Presidência que, em cumprimento à alínea 'b' do inciso I do artigo 1.030, do Código de Processo Civil negou seguimento ao recurso especial, pela identidade da matéria decidida no acórdão à orientação firmada no rito dos recursos repetitivos – Resp. n. 1.148.444/MG.

Alega a agravante, em síntese, que o recurso apresentado contém todos os requisitos necessários para sua admissibilidade, devendo ser determinada a sua subida para conhecimento e julgamento pelo E. STJ.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do parágrafo 2º do art. 1.030, do Código de Processo Civil, e nos termos do Assento Regimental n. 553/2016, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Em cumprimento à alínea 'b' do inciso I do art. 1.030, do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada, *verbis*:

> *"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento definitivo do mérito do REsp. nº 1.148.444/MG, Tema nº 272, STJ, DJ 27.04.2010, que firmou entendimento no sentido de que o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, quando demonstrada a veracidade da compra e venda, o que restou ratificado pela Súmula 509 do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando, ainda, que a responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136 do Código Tributário Nacional e, em cumprimento ao disposto na alínea b do inc. I do art. 1.030 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial interposto."*

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente à higidez do aproveitamento de crédito de ICMS, realizado pelo adquirente de boa-fé, no que pertine às operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais (emitidas pela empresa vendedora) tenham sido, posteriormente, declaradas inidôneas – e aquela examinada pela Corte Superior na sistemática dos recursos repetitivos Resp. n. 1.148.444/MG, com julgamento definitivo de mérito, asseverando, *verbis*:

"1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação. 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza extensão dos efeitos do ato".

Acesso ao Sumário

Interdita-se proceder à modificação do decidido, porque em perfeita consonância com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar cariz protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa da qual se ocupa o § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2220402-65.2015.8.26.0000/50002, da Comarca de Bebedouro, em que é agravante CERBEL BARRETOS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA., é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 47.732)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 14 de julho de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial – Penhora – Precatório – Nomeação – Matéria idêntica ao rito dos recursos repetitivos com julgamento definitivo de mérito pelo STJ.

– A controvérsia na qual se pretende saber se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC de 1973), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.337.790/PR.

Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Opôs Cerbel Barretos Distribuidora de Bebidas Ltda. agravo interno contra decisão desta Presidência que deliberou negar seguimento a recurso especial por entender que sobre a tese jurídica versada há precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça construído sob a égide do regime de recursos seriais (REsp. n. 1.337.790/PR).

Alegou a agravante, em síntese, que o caso em exame não se amolda ao paradigma aplicado, uma vez que já restou demonstrado que não possui mais nenhum bem passível de penhora, a não ser as debêntures oferecidas.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do parágrafo 2º, do art. 1.030, do Código de Processo Civil e nos termos do Assento Regimental nº 553/2016, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com o permissivo da alínea 'b', inciso I, do art. 1.030, do Código de Processo Civil, fez-se expedir a decisão agravada e que apresenta o seguinte teor:

> *"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento definitivo do mérito do REsp. nº 1.337.790/PR, Tema n 578, STJ, Dje 07/10/2013, que concluiu que, em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal, sendo dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do revogado Código de Processo Civil e, em cumprimento ao disposto na alínea b do inc. I do art. 1.030 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial interposto."*

Nada há que modificar na decisão ora recorrida, haja vista que a matéria objeto, alusiva à existência de eventual direito subjetivo do executado à aceitação, pela exequente, de bem oferecido à penhora em desconformidade à gradação legal dos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC/73 identifica-se com a examinada pelo eg. STJ no julgamento do REsp. n. 1.337.790/PR sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

Acesso ao Sumário

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.

(...)

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (Resp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma *ratio decidendi* tem lugar *in casu*, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ('A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório'), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal *a quo*, que atestou a 'ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...)'." (Grifos nossos).

Como a decisão da eg. Turma Julgadora fez-se convergir a essa orientação, o caso era mesmo de inadmissão do recurso excepcional, nada havendo que modificar nesta sede.

Por derradeiro, sem avistar cariz protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa da qual se ocupa o § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

Posto isso, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0002750-15.2013.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TELESP TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A, são agravados NEUSA MARIA SANTOS DO PRADO, ODILA MARIA SANTOS DO PRADO, PAULO LEMES DE SIQUEIRA, PAULO CESAR MIRANDA BRONZATTO, SANDRA MARIA MASSUD, SEBASTIÃO RUFINO BARBOSA, TERESA EVANGELISTA PALACIO, VALDIR ROVARI e VITOR DA SILVA.

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 43589)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 24 de julho 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

Acesso ao Sumário

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.

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 controvertida foi dada solução distinta.

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 529).

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 nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido 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. 1.033.241/RS**, sob o regime dos recursos repetitivos, a Segunda Seção 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

Acesso ao Sumário

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.

Acesso ao Sumário

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 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. **396/405**) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir, *in verbis*: *"Quanto ao valor das ações, vigora o entendimento 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 integralização' (REspecial adotado), o que se consubstanciou na Súmula 371 do STJ, sem qualquer restrição quanto à sua aplicabilidade em plano de expansão (PEX) ou de planta comunitária de telefonia (PCT). Vale ressaltar ainda que a data da integralização a ser considerada na hipótese dos autos é a mesma da assinatura dos contratos firmados pelos autores."* (fls. 402/403).

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Finalmente, a decisão lançada em outro processo, apesar da identidade da questão jurídica controvertida, deu-se à luz de contextos processual e temporal distintos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2220149-77.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Ipauçu, em que é agravante SUL AMÉRICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS, são agravados JOSÉ ANTÔNIO e JOSÉ LUIZ FERREIRA DA SILVA.

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 43542)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

Acesso ao Sumário

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, 24 de julho 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 – 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 **Sul América Companhia Nacional de Seguros 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. 1.091.393/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta a agravante que a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no recurso repetitivo pertinente ao tema em debate é de deslocamento da competência para processamento da ação para a Justiça Federal quando existente prova da natureza pública das apólices e do comprometimento do FVCS. No caso, sustenta que, na contramão da fundamentação do acórdão e da decisão denegatória, há nos autos elementos suficientes para aferição do interesse jurídico da Caixa Econômica Federal na lide, na condição de gestora do FCVS. No mais, discorre sobre a sucessão de fundos financeiros garantidores da sinistralidade do seguro habitacional do Sistema Financeiro. Insurge-se, ao final, contra o julgamento do recurso repetitivo ao argumento de que somente existe um requisito para aferição do interesse da Caixa Econômica Federal nessas ações, qual seja, comprovação da averbação dos contratos de mútuo na extinta apólice pública, ramo 66, especialmente porque a demonstração de afetação do FCVS somente será viável após o trânsito em julgado de sentença condenatória, em processo administrativo de reembolso. Requer, pois, o provimento do presente agravo

Acesso ao Sumário

interno.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 525/532.

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 nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido 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. 498/500.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 390/394) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir pela competência da Justiça Estadual para julgamento da lide em razão da ausência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal, consoante se extrai da ementa do julgado:

> "SEGURO HABITACIONAL. Sistema Financeiro da Habitação. Ação de indenização por danos materiais. Danos físicos em imóvel. Decisão que determina a remessa dos autos à Justiça Federal. Demanda envolvendo apólices excluídas do ramo nº 66. Ausência de demonstração do comprometimento do FCVS. Interesse da Caixa Econômica Federal não verificado. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO." (fls. 391).

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*

Acesso ao Sumário

representativo de matéria repetitiva tenha transitado em julgado" (**AgRg no REsp n. 1.387.848/SC**, da relatoria do ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 25/10/2013).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2225147-25.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A (SUCESSORA DE BANCO NOSSA CAIXA S/A), é agravado JOSÉ CARLOS GIROTTO.

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 43810)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 2 de agosto 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 – 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 – Razões recursais, no mais, impertinentes a esta via recursal – Recurso não conhecido em parte e, na parte conhecida, 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 n. 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos.** Sustenta o agravante ofensa à Lei Federal n. 7.347/85, violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e 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. 9).

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 nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido 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.

Julgados os **recursos especiais n. 1.361.800/SP e 1.370.899/SP**, sob o regime dos recursos repetitivos, com relatoria dos ministros RAUL ARAÚJO e SIDNEI BENETI e por acórdãos publicados em 14/10/2014 e 16/10/2014, respectivamente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente 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. 411/412.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 372/376) encontra-se em

Acesso ao Sumário

perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir que o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública.

No mais, a análise das matérias relativas ao foro competente para o ajuizamento do cumprimento de sentença e à necessidade de associação à entidade autora da ação coletiva, que não foram objeto do recurso especial da instituição financeira, desborda desta via recursal, estreita.

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Ante o exposto, não se conhece em parte do agravo interno e, na parte conhecida, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2130587-57.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Avaré, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado IZZAT AURANI.

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 43812)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 2 de agosto de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – Ofensa reflexa – Ausência de repercussão geral.

1. Não há repercussão geral na questão referente à violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal quando o julgamento estiver assentado

em normas infraconstitucionais por configurar ofensa meramente reflexa ao texto constitucional (STF, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 748.371/MT, julgado em 6/6/2013).

2. Legitimidade ativa – Matéria não suscitada anteriormente – 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 por esta Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso extraordinário nos termos do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a*, primeira parte, do Código de Processo Civil, em virtude de o v. acórdão recorrido ter abordado matéria cuja repercussão geral foi afastada pelo colendo Supremo Tribunal do Federal **nos recursos extraordinários com agravo ns. 748.371/MT e 796.473/RS.** Sustenta o agravante a ocorrência de cerceamento de defesa, com ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Discorre sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários com agravo ns. 930.474/SP e 948.204/DF, que tratam da legitimidade ativa do poupador. Por fim, discorre sobre o não cabimento da imposição da multa pela interposição de agravo para viabilizar a apreciação do recurso extraordinário.

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 205).

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 extraordinário à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários a serem efetivamente analisados, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o artigo 1.035 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. Parágrafo primeiro. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico,

Acesso ao Sumário

> político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)".

Destarte, a existência da repercussão geral é pressuposto de admissibilidade para todos os recursos extraordinários e, uma vez constatada a sua ausência sobre um determinado tema, a Corte Suprema sequer adentra na análise do mérito da questão.

In casu, o colendo Supremo Tribunal Federal já rejeitou a repercussão geral da questão referente à violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais – exatamente como é o caso dos autos –, valendo transcrever:

> "Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral." (**ARE n. 748.371/MT**, relator ministro GILMAR MENDES, julgado em 6/6/2013, publicado em 1/8/2013).

Nesses termos, inafastável a aplicação do artigo 1.030, I, *a*, 1ª parte, do Código de Processo Civil.

A matéria relativa à necessidade de autorização das associações para representação de seus associados em Juízo, discutida nos recursos extraordinários com agravo 930.474/SP e 948.204/DF, não foi abordada nas razões de recurso extraordinário, sendo incabível o exame nesta via recursal.

Por fim, não houve imposição de multa no v. acórdão guerreado que justificasse a interposição do recurso sob este aspecto.

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 4008073-54.2013.8.26.0577/50001, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é agravado SEBASTIÃO DE SOUSA COSTA.

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 43808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 2 de agosto de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Seguro DPVAT – Termo inicial do prazo prescricional – Data da ciência inequívoca do segurado sobre o caráter permanente da invalidez – Necessidade de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução, no caso, não configurados – 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 Porto **Seguro Cia. de Serviços Gerais** 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. 1.388.030/MG, julgado sob o regime dos recursos repetitivos.** Sustenta a agravante que não parece verossímil que o autor tenha tido conhecimento da sua incapacidade permanente apenas muitos anos depois do acidente ocorrido. Afirma não haver quaisquer documentos nos autos que comprove tenha o autor sido submetido a tratamentos médicos no lapso temporal entre a data do sinistro e a perícia média apresentada. Por fim, pede pelo provimento do agravo interno.

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 09).

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 nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n.

Acesso ao Sumário

565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido 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. 1.388.030/MG**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que, no que concerne ao seguro DPVAT, o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez.

No mais, nos **embargos de declaração no recurso especial n. 1.388.030/MG** (alteração da tese 1.2 do acórdão embargado), o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 197/202) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir, *in verbis*: *"Todavia, a análise do laudo de fl. 17 evidencia que a audiometria que apontou a perda auditiva do ouvido direito do autor foi realizada em 24.2.2012. Nada indica que antes dessa data houvesse ciência sobre o caráter permanente da lesão. Não se verifica, portanto, a prescrição."* (fls. 201).

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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 0006891-22.2015.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que são apelantes IVO RODRIGUES DO NASCIMENTO e MARIA APARECIDA CARVALHO DO NASCIMENTO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE LINS.

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 29.803)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 22 de junho de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Loteamento – Negativa de registro – Artigo 18, III, "c" e § 2º da Lei n.º 6.766/1979 – Existência de ação penal em curso contra o loteador por crime contra o sistema financeiro nacional (artigo 5º da Lei n.º 7.492/1986) – Crime contra o patrimônio – Fato suficiente para obstar o registro – Dúvida procedente – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ivo Rodrigues do Nascimento e Maria Aparecida Carvalho do Nascimento contra a sentença de fls. 566/568vº, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa ao registro de loteamento junto à matrícula n.º 28.788 do Registro de Imóveis de Lins.

Sustentaram os apelantes, em resumo, que a recusa ao registro não deve prosperar, pois crime contra o sistema financeiro nacional não é crime contra o patrimônio nem contra a administração pública; que a lei não pode ser interpretada ampliativamente; que possuem higidez financeira e que somente a

condenação definitiva constitui óbice ao registro.

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento (fls. 599/601).

É o relatório.

Apresentado pedido de registro de loteamento, sobreveio a recusa do Oficial, sob diversos fundamentos. Superadas diversas das pendências, subsistiu a recusa em razão da existência de ação penal em trâmite pela Justiça Federal em face do loteador Ivo Rodrigues do Nascimento, como incurso nas penas do artigo 5º da Lei n.º 7.492/86.

A sentença prolatada em primeiro grau ratificou o teor da exigência e manteve o óbice ao registro.

O caso é de se negar provimento à apelação.

A existência de ação penal em curso contra o loteador, como incurso no artigo 5º da Lei n.º 7.492/86, é óbice suficiente ao registro de loteamento.

O § 2º do artigo 18 da Lei n.º 6.766/1979 prescreve que a existência de ações penais, referentes a crime contra o patrimônio e contra a administração, impedem o registro do loteamento.

A certidão de fls. 96/99 dá conta de que o processo criminal movido contra o loteador aguarda o julgamento de recurso de apelação. Em consulta realizada nesta data, foi possível constatar que a apelação criminal ainda não foi julgada (processo 1305882-42.1997.4.03.6108 do TRF da 3ª Região).

Ao contrário do que sustentam os recorrentes, os crimes contra o patrimônio e contra a administração pública não estão definidos somente no Código Penal, mas também em leis especiais, como é o caso da Lei n.º 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.

O crime pelo qual o loteador responde está previsto no artigo 5º da Lei n.º 7.492/86:

> "Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:
>
> Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito".

Referido tipo penal trata de típico crime contra o patrimônio, uma modalidade de apropriação indébita especial, em função do agente do crime (pessoas relacionadas no artigo 25 da mesma Lei).

Segundo Luiz Regis Prado, no artigo 5º da Lei n.º 7.492/86, *"tutelam-*

Acesso ao Sumário

se o mercado financeiro e o patrimônio dos investidores que possam ser prejudicados com a apropriação, desvio ou negociação de seus bens ou valores (delito pluriofensivo)[1]".

Em suma, o crime pelo qual responde o loteador é, de fato, um crime contra o patrimônio.

E, ainda, quanto à suposta comprovação de que a mencionada ação penal não poderá prejudicar os adquirentes dos lotes, sem razão os recorrentes.

O § 2º do artigo 18 da Lei n.º 6.766/1979 admite a comprovação da higidez financeira dos interessados somente na hipótese de protestos, ações pessoais ou ações penais, **exceto** as referentes a crime contra o patrimônio e contra a administração. E, no caso destes autos, o óbice ao registro decorre justamente da existência de ação penal referente a crime contra o patrimônio, movida contra o loteador. Assim, a eventual higidez financeira dos interessados é incapaz de superar o óbice ao registro.

Além disso, a Lei n.º 6.766/1979 não exige condenação ou tampouco que esta seja definitiva, mas somente a existência de ação penal. E não se pode dizer que referida exigência implica vulneração ao princípio da presunção de inocência.

A existência de ação penal constitui óbice ao registro do loteamento e não configura violação ao princípio da não culpabilidade. Essa limitação tem por objetivo proteger o sucesso do empreendimento e os próprios adquirentes das unidades imobiliárias. É uma precaução, uma garantia de que a atividade será confiada a quem não tenha qualquer pendência que possa, ainda que no futuro, comprometer a sua idoneidade.

Em suma, reconhecida a existência de óbice ao registro de loteamento, deve ser mantida a sentença que julgou procedente a dúvida suscitada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000008-24.2016.8.26.0543, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante QUITERIA MORAES VILELA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE SANTA ISABEL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à

1 In Direito Penal Econômico, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, p. 167.

Acesso ao Sumário

apelação, com determinação para que o MM. Juiz Corregedor Permanente apure a razão da indevida abertura de matrícula e proceda conforme o art. 214, §§ 1º e 2º, da Lei de Registros Públicos, a fim de possibilitar o cancelamento da matrícula, viabilizando que o interessado abra matrícula perante o Cartório de Registro de Imóveis de Itaquaquecetuba e registre a Escritura Pública de Venda e Compra, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.786)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PAULO DIMAS MASCARETTI, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 31 de julho de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura Pública de Venda e Compra – Desqualificação do título judicial, sob o argumento de que o imóvel está localizado em circunscrição imobiliária diversa (Itaquaquecetuba) – Comprovação de que o lote está inserido em Itaquaquecetuba – Princípio da territorialidade – Desqualificação correta – Título que deve ser apresentado no Registro de Imóveis de Itaquaquecetuba – Bloqueio de matrícula pelo Registrador – Impossibilidade – Determinação de observância do art. 214, parágrafos 1º e 2º, da Lei de Registros Públicos, com oitiva dos interessados, em virtude de se referir a imóvel pertencente a outro Município – Apelação não provida, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Quitéria Moraes Vilela contra a sentença de fls. 67/69, que manteve a recusa ao registro da escritura pública de compra e venda, sob o argumento de que o bem alienado, matriculado sob o n.º 50.214 no Registro de Imóveis de Santa Isabel, pertence à comarca de Itaquaquecetuba, estando pendente ação demarcatória.

Sustenta o apelante que tentou o registro do título na Comarca de Itaquaquecetuba, sem sucesso, a teor de que não haveria prova de que o imóvel estaria situado dentro dos limites daquele Município. Ademais, consta da matrícula n.º 50.214 que o imóvel está situado no loteamento denominado Arujazinho I, II, III, perímetro urbano do Município de Arujá/SP. Em que pese o

bloqueio realizado de ofício, não consta que o imóvel em questão esteja situado no Município de Itaquaquecetuba, segundo análise das transcrições n.º 6.057, 7.172 e 7.509. O bloqueio realizado *ex officio* pelo Oficial contraria o disposto no parágrafo 3º do art. 214 da LRP, que dispõe que se cuida de ato privativo do Juiz Corregedor Permanente. Ainda que não houvesse havido regularização fundiária, o Registrador deveria recepcionar o título, uma vez que o negócio jurídico que deu origem à escritura foi celebrado em 1982, satisfazendo-se os requisitos da declaração judicial de usucapião, consoante parágrafo 5º do art. 214 da LRP. Ainda, há ofensa ao disposto no art. 167, I, n.º 29, da LRP e o imóvel continua, oficialmente, situado no perímetro urbano de Arujá, sendo o imóvel inexistente no perímetro urbano de Itaquaquecetuba para fins registrais. Considerando que ainda não se encerrou a ação demarcatória, recomenda-se cautela quando da realização de bloqueios, cancelamentos ou qualquer inovação dos dados constantes das matrículas envolvidas na controvérsia, especialmente porque há possibilidade de que o lote em questão esteja efetivamente contido no Município de Arujá.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Pretende o apelante o registro de escritura de venda e compra lavrada no Tabelião de Notas do Município de Arujá, livro 231, páginas 123/125, de 21 de novembro de 2011, relativo ao lote n.º 2 da quadra 45 do loteamento Arujazinho III (fls. 16/17), implantado na década de cinquenta. No ano de 2014, referido loteamento foi regularizado, nos termos do artigo 22 da Lei n.º 6.766/79, artigos 288-A e 288-F da Lei n.º 6.015/73 e artigo 67 da Lei n.º 11.977/2009. Após a regularização, o imóvel em questão, que estava inserido em área maior, foi matriculado sob o n.º 50.214 no Registro de Imóveis de Santa Isabel (fls. 21).

O registrador de Santa Isabel desqualificou o título, argumentando que o imóvel pertence à comarca de Itaquaquecetuba (fls. 14), informação essa que consta na averbação n.º 2 da matrícula n.º 50.214 (fls. 21).

Agiu corretamente o registrador, pois, ao afirmar que o imóvel alienado localiza-se na comarca de Itaquaquecetuba, baseou-se em informações constantes em registros anteriores.

Na década de cinquenta, a Sociedade Imobiliária Arujá Limitada iniciou a implantação do parcelamento denominado "Arujazinho I, II e III", em área localizada na divisa dos Municípios de Arujá e Itaquaquecetuba, conforme averbações à margem das transcrições n.º 6.057, 7.172 e 7.509, todas do Registro de Imóveis de Santa Isabel (fls. 36/40, 41/45 e 46/51), e das transcrições n.º 33.045 e 34.059, ambas do Registro de Imóveis de Mogi das Cruzes (fls. 52/57).

Em virtude de o loteamento se localizar em mais de uma comarca, desde o início do projeto, na década de cinquenta, ficou definido a qual

Acesso ao Sumário

Município pertencia cada um dos lotes. No procedimento de regularização, foram acrescidos quadras e lotes inexistentes na época da implantação do parcelamento. Entretanto, o oficial levou em consideração, corretamente, a linha divisória original, constante da planta de 1955, para verificar a localização de cada imóvel.

Assim, para que se determine em qual Cartório de Registro de Imóveis deve o título ser levado a registro, basta que se confira a exata localização do lote n.º 2 da quadra 45 do loteamento Arujazinho III.

A planta física acostada aos autos, de maneira gráfica, retrata exatamente a situação indicada pelo registrador, ou seja, que o lote n.º 2 da quadra 45 está situado no Distrito – hoje Município – de Itaquaquecetuba.

Tendo ocorrido, em 2014, a regularização do loteamento, com a preservação dos lotes e quadras implantados na década de cinquenta e com o acréscimo de novos, mantendo-se a linha divisória original, impõe-se a observância dos limites de cada município, com o consequente registro relativo a cada imóvel na circunscrição imobiliária a que pertence.

A serventia de Itaquaquecetuba não afastou a localização do imóvel em sua circunscrição, tendo pontuado a necessidade de que a regularização do loteamento seja levada a registro junto a ela para que, em seguida, possa abrir matrículas dos imóveis situados em Itaquaquecetuba. Ademais, como dito, há nos autos elementos bastantes para se concluir a respeito da localização do bem imóvel no Município de Itaquaquecetuba, sendo certo que, em atenção ao princípio da territorialidade, foi correta a desqualificação do título pelo Oficial de Santa Isabel, circunscrição que abrange o Município de Arujá.

Eventual discussão entre os Municípios de Itaquaquecetuba e Arujá a respeito do traçado do limite que os separa é, por ora, irrelevante. Qualquer alteração dependerá de provimento judicial em ação demarcatória, cujo ajuizamento, aliás, sequer foi demonstrado.

Por outro lado, considerando que o lote n.º 2 da quadra 45 do loteamento Arujazinho III situa-se no Município de Itaquaquecetuba, não havia razão para, após a regularização ocorrida em 2014, o descerramento de matrícula a ele relativa no Registro de Imóveis de Santa Isabel, como ocorreu (matrícula n.º 50.214 – fls. 21).

E uma vez aberta a matrícula de modo equivocado, o registrador deveria informar o Juiz Corregedor Permanente que o imóvel não se insere no Município de Arujá, solicitando seu bloqueio (artigo 214, § 3º, da Lei n.º 6.015/73). Não poderia, como fez, bloquear por conta própria a matrícula (fls. 21).

De todo modo, como o imóvel efetivamente pertence a outra circunscrição imobiliária e a matrícula sequer deveria ter sido descerrada, conveniente não

somente o seu bloqueio – que tem caráter acautelatório[2] – mas o seu cancelamento, cuja feição definitiva afasta qualquer chance de duplicidade de registros.

Com efeito, como já delineado nas apelações n.º 0004875-90.2015 e n.º 0004857-90.2015, que cuidaram de casos bastante similares a esse, é necessário o cancelamento da matrícula, para regularização da situação perante o Cartório de Registro de Imóveis de Itaquaquecetuba.

No presente caso, o imóvel se encontra sob titularidade de Sociedade Imobiliária Arujá Ltda., sendo certo que o bloqueio deve ser processado pela forma do art. 214, §§ 1º e 2º, da Lei de Registros Públicos, com a oitiva dos envolvidos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, com determinação para que o MM. Juiz Corregedor Permanente apure a razão da indevida abertura de matrícula e proceda conforme o art. 214, §§ 1º e 2º, da **Lei de Registros Públicos**, a fim de possibilitar o cancelamento da matrícula, viabilizando que o interessado abra matrícula perante o Cartório de Registro de Imóveis de Itaquaquecetuba e registre a Escritura Pública de Venda e Compra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000436-84.2016.8.26.0129, da Comarca de Casa Branca, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado BANCO DO BRASIL S.A.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para julgar procedente a dúvida, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes desse Conselho –

2 Processo CG n.º 29.831/1999

Acesso ao Sumário

Apelação provida.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença que determinou o registro de cédula rural pignoratícia cujo prazo de garantia é superior ao do vencimento da obrigação garantida.

O recorrente alega, em síntese, violação do art. 61 do Decreto-Lei 167/67, bem como do art. 1.439 da Lei Civil, que obstariam convenção de penhor agrícola por prazo superior ao das obrigações garantidas.

Em resposta, pondera o Banco do Brasil que a interpretação do Sr. Oficial deixa de levar em conta razões de ordem sistemática, bem como os princípios da boa-fé e da função social do contrato. Sustenta que o Conselho Monetário Nacional permite a renovação simplificada, prevista no título levado a registro. Para afastar o risco de extinção da relação jurídica, as cédulas necessitariam ser emitidas com prazo de vencimento compatível com o previsto para as renovações simplificadas. Assim, renova-se o financiamento, periodicamente, até o prazo final de vencimento do título.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

À luz do art. 61 do Decreto-Lei 167/67:

> "Art. 61. O prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário não excederá o prazo da obrigação garantida e, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.
>
> Parágrafo único. A prorrogação do penhor rural, inclusive decorrente de prorrogação da obrigação garantida prevista no caput, ocorre mediante a averbação à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor."

Já o artigo 1.439 da Lei Civil estipula:

> Art. 1.439. O penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas.
>
> § 1º Embora vencidos os prazos, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.
>
> § 2º A prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor.

Desta feita, contraria os expressos termos da lei a emissão de cédula de crédito rural pignoratícia cujo prazo de vencimento seja superior ao da obrigação garantida. Frise-se que as redações de ambas as normas foram atribuídas pela Lei 12.873/13, afastando debates preteritamente havidos acerca da recepção do texto original do art. 61 da Lei 167/67, pela Carta Magna de 1988.

Acesso ao Sumário

Na hipótese dos autos, a cédula de crédito rural levada a registro tem vencimento em 15/12/20. A obrigação garantida pelo penhor, todavia, teve vencimento em 15/1/17, é dizer, trinta e cinco meses antes do vencimento da cédula de crédito rural.

Incide, pois, a vedação explicitamente traçada pelos artigos retro compilados. De todo ilegal a prática de renovação automática de crédito, garantida por cédula rural pignoratícia, como pretendido pelo recorrente em voga. Note-se que a situação subsume-se a óbice expressamente veiculado por lei ordinária, que, à evidência, sobrepõe-se hierarquicamente a eventuais resoluções ou recomendações de órgãos gestores do sistema financeiro pátrio.

Idêntica orientação está de todo sedimentada por este Egrégio Conselho Superior da Magistratura:

> "Registro de Imóveis – Recusa de ingresso de cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes desse Conselho – Apelação desprovida." (Apelação Cível 0006933-25.2014.8.26.0575, Rel. Des. Pereira Calças, j. 2/6/16, com citação de diversos outros julgados no mesmo sentido)

Bem postada a recusa do Sr. Oficial, dou provimento ao recurso, para julgar procedente a dúvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1035060-44.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante EVERALDO LINGUITE DE MOURA, é apelado 3º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 29.777)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, JOÃO CARLOS SALETTI, RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 20 de julho de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura de compra e venda – Outorga pela titular de domínio diretamente ao último cessionário – Existência de cessões intermediárias – Desnecessidade de anuência dos cedentes – Inexistência de afronta ao princípio da continuidade – Dúvida improcedente – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 51/52, que manteve a recusa do registro de escritura pública de compra e venda lavrada pelo 1º Tabelião de Notas de Campinas, envolvendo imóvel objeto da transcrição nº 15.677, do 3º Registro de Imóveis de Campinas, sob o argumento de desrespeito ao princípio da continuidade.

Sustenta o apelante que: a) não houve ofensa ao princípio da continuidade, uma vez que compareceram como outorgante vendedora a titular dominial e, como cedentes ou anuentes, IMÓVEIS ICARAÍ LTDA., JOAQUIM CALDEIRAS DIAS e ALDIZ TEIXEIRA DIAS, b) recolhidos os ITBI's correspondentes, não havendo sequer prejuízo ao erário municipal (fls. 59/65), c) reside no imóvel em questão há 27 anos sem qualquer interpelação por parte dos cedentes, tendo o MM. Juiz sentenciante incorrido em erro na análise da cadeia registral.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 77/80).

É o relatório.

De acordo com as informações que constam da certidão de fls. 31, o imóvel em questão é de propriedade de COMPANHIA DE MELHORAMENTOS DE CAMPINAS. Consta, ainda, que a titular de domínio firmou compromisso de compra e venda em favor da COMPANHIA NACIONAL DE MELHORAMENTOS S/A. Esta, por sua vez, firmou contrato particular por meio do qual prometeu ceder e transferir seus direitos a IMÓVEIS ICARAÍ LTDA. Por instrumento particular não registrado (fls. 14/17), IMÓVEIS ICARAÍ LTDA. obrigou-se a transmitir seus direitos a JOAQUIM CALDEIRAS DIAS. Finalmente, por escritura de venda e compra (fls. 07/10), COMPANHIA MELHORAMENTOS DE CAMPINAS vendeu a EVERALDO LINGUITE DE MOURA, ora recorrente, os direitos sobre o imóvel em questão, figurando como cedentes IMÓVEIS ICARAÍ LTDA., JOAQUIM CALDEIRAS DIAS e sua esposa ALDIZ TEIXEIRA DIAS.

Pretende a recorrente o registro da escritura pública de compra e venda acima mencionada, sustentando que não viola o princípio da continuidade, estando respeitada toda cadeia dominial.

Acesso ao Sumário

Todavia, consoante nota devolutiva de fls. 13, seria necessário que fosse apresentado para exame e registro o instrumento de efetivação da promessa de cessão da COMPANHIA NACIONAL DE MELHORAMENTOS S/A em favor de IMÓVEIS ICARAÍ LTDA. Reapresentado o título, sobreveio nova nota de devolução em que a exigência foi reiterada.

De fato, na escritura pública que os recorrentes pretendem registrar, não constou a anuência da COMPANHIA NACIONAL DE MELHORAMENTOS S/A, a quem a COMPANHIA MELHORAMENTOS DE CAMPINAS, titular dominial, havia prometido ceder seus direitos sobre o imóvel.

Entretanto, a questão é saber se a ausência de anuência dos cedentes anteriores – no caso, COMPANHIA NACIONAL DE MELHORAMENTOS S/A – na escritura de venda e compra lavrada compromete a continuidade do registro.

E a resposta é negativa.

Ao tratar da ação de adjudicação compulsória, cuja sentença substitui a declaração de vontade que não pôde ser obtida, diz Ricardo Arcoverde Credie:

"...pleiteia-se a adjudicação compulsória diretamente do titular do domínio, o promitente vendedor. Estando irregistrado o instrumento de cessão, cabe o ajuizamento da ação quando o promissário vendedor exigir a presença do cedente do compromisso quando anuente na escritura definitiva: ao juiz caberá valorar os limites entre a prudência do vendedor e sua resistência àquele ato, sem descurar da verificação da idoneidade da cessão. Diferentemente será quando a cessão estiver registrada; aí, por causa do princípio da continuidade dos atos do Registro de Imóveis, é necessária a anuência do cedente na escritura definitiva, devendo ele, consequentemente, ser demandado com o titular do domínio, ambos no polo passivo da relação processual, para que também sua eventual omissão seja suprida sentencialmente." (Adjudicação Compulsória, 9ª edição, Malheiros, 2004, p. 59/60).

A posição tradicional, portanto, exigia que titulares de domínio, juntamente com eventuais cedentes, estivessem no polo passivo da demanda que visa à obtenção de suprimento judicial da outorga de escritura definitiva.

Essa posição, no entanto, vem mudando.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. **648.468**, decidiu:

Adjudicação compulsória. Litisconsórcio. Cedentes. 1. Na ação de adjudicação compulsória é desnecessária a presença dos cedentes como litisconsortes, sendo corretamente ajuizada a ação contra o promitente vendedor. 2. Recurso especial conhecido e provido

Do corpo do voto do Relator, Ministro Menezes Direito, destaca-se a seguinte passagem:

"Não vejo mesmo razão para que sejam chamados os cedentes como litisconsortes. A obrigação decorrente da adjudicação compulsória é do promitente vendedor, pouco relevando o papel dos cedentes, considerando que o direito que se pretende somente pode ser cumprido pelo titular do domínio".

Do voto-vista do Ministro Castro Filho, merece ênfase a passagem que segue:

"Definida a ação de adjudicação compulsória como pessoal, que pertine ao compromissário comprador, deve ser ajuizada em face de quem seja o titular do domínio do imóvel.

Assim, mesmo que caracterizada a cadeia de cessão de direito aquisitivos, exigível pela parte que integra o último elo da cadeia de cessões o registro da concretização da aquisição imobiliária contra aquele que possui o real domínio do bem, assim que ele reconhecer que o preço foi pago".

Esse novo entendimento, aliás, já foi adotado por este Conselho Superior:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Ação judicial de adjudicação compulsória promovida em face dos que constam como proprietários do imóvel – Desnecessidade do registro dos documentos que instrumentalizam os sucessivos compromissos de venda e compra – Irrelevância do registro de um deles – Desqualificação registral afastada – Carta de sentença passível de registro – Dúvida improcedente – Recurso não provido" (Apelação nº **0020761-10.2011.8.26.0344**, Rel. Des. José Renato Nalini, j. em 25/10/2012).

E se os cedentes não precisam constar no polo passivo da ação de adjudicação compulsória, não há razão para que seja diferente na hipótese de lavratura de escritura de compra e venda.

Com efeito, se a adjudicação compulsória objetiva um provimento judicial com a mesma eficácia da escritura não outorgada e se os proprietários tabulares – pelas decisões acima citadas – são os únicos que devem figurar no polo passivo dessa demanda, é forçoso concluir que os cedentes não precisam anuir na escritura de compra e venda lavrada entre a cessionária e os titulares de domínio.

Acesso ao Sumário

Ou seja, para a transferência da propriedade para o último cessionário, basta que os titulares de domínio figurem como vendedores na escritura de compra e venda, não havendo necessidade de que os cedentes anteriores constem no instrumento na condição de anuentes.

E o raciocínio está respaldado pelo artigo 1.418 do **Código Civil**:

"O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o

disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel".

Ao preceituar que o promitente comprador pode exigir a outorga da escritura definitiva de compra e venda do promitente vendedor, **ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos**, referido dispositivo legal deixa muito claro que o titular dominial, ainda que tenha celebrado compromisso de compra e venda anterior, pode dispor do imóvel.

Considerando que, pela lei, o proprietário pode transferir o imóvel a terceiro, com mais razão pode, sem a anuência dos cedentes anteriores, transferir a propriedade àquele que, na qualidade de cessionário de compromisso de compra e venda, provavelmente já desfruta de praticamente todos os poderes inerentes ao domínio (*jus utendi* e *fruendi*).

Parece bastante razoável a facilitação da consolidação da propriedade, extrajudicialmente, nas mãos daquele que é cessionário de sucessivos compromissos de compra e venda registrados. Entender de outra forma, considerando a inviabilidade de se obter a anuência de todos os cedentes da cadeia, seria obrigar a cessionária a mover ação de adjudicação compulsória contra proprietários tabulares e todos os cedentes ou, pior, ajuizar ação de usucapião.

Em situações análogas, essa foi a posição recentemente adotada por este Conselho:

> *"Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente – Negativa de ingresso de escritura de venda e compra de imóvel – Desrespeito ao registro anterior de instrumento particular – Desnecessidade da anuência dos compromissários compradores – Inexistência de afronta ao Princípio da Continuidade – Recurso provido"* (Apelação nº **0025566-92.2011.8.26.0477**, Rel. Des. José Renato Nalini, j. em 10/12/2013).
>
> *"Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente – Compromisso de compra e venda registrado com sucessivas cessões – Negativa de ingresso de escritura de venda e compra de imóvel da qual participaram os proprietários tabulares e a última cessionária – Desnecessidade da anuência dos cedentes – Inexistência de afronta ao Princípio da Continuidade – Recurso provido."* (Apelação nº 1040210-48.2015.8.26.0100, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. em 08/04/2016).

Frise-se, por fim, que a escritura pública de compra e venda foi lavrada em 09 de fevereiro de 1989 (fls. 07/10), contando com a anuência de quase todos os cedentes, à exceção da COMPANHIA NACIONAL DE MELHORAMENTOS S/A. Esta, entretanto, firmou compromisso de venda e compra do imóvel em 04 de março de 1975, sendo sucedida por IMÓVEIS ICARAÍ e por JOAQUIM

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

CALDEIRAS DIAS e sua esposa ALDIZ TEIXEIRA DIAS, os quais figuraram como anuentes na escritura pública. Portanto, é bastante improvável que haja qualquer pendência em relação ao cumprimento das cessões anteriores.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1095724-49.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CLÉCIO ROCHA E SILVA e ANA MARIA FRACASSI DE MELLO ROCHA E SILVA, é apelado 14º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.799)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, JOÃO CARLOS SALETTI, RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 20 de julho de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – TERMO DE QUITAÇÃO – Na hipótese de o imóvel alienado fiduciariamente ser arrematado por valor superior ao da dívida, o registro da escritura firmada entre credor fiduciário e arrematante não pode ser obstado por ausência do termo de quitação recíproca, previsto no art. 27, § 4º, da Lei 9514/97. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do 14º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, que julgou procedente dúvida inversa suscitada, para o fim de manter a recusa a registro de escritura de compra e venda havida entre credor fiduciário e arrematante de imóvel objeto de alienação fiduciária inadimplida, à míngua do

termo de quitação previsto no art. 27, § 4º, da Lei 9514/97.

O apelante afirma, em síntese, que a quitação faltante há de ser dada entre credor fiduciário e devedor fiduciante e não é requisito para o registro da escritura de compra e venda imobiliária. Colacionou precedentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À luz do art. 27, *caput* e § 4º, da Lei 9514/97:

> *Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.*
>
> *§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.*

Conforme se extrai do *caput* da norma aludida, o leilão público somente terá lugar quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário. Arrematado o imóvel, pago o preço ofertado e lavrada a escritura prevista no item 259.1 do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ, não há como obstar o respectivo registro.

A recíproca quitação versada no § 4º não guarda qualquer relação com o arrematante. Não lhe diz respeito. Dá-se entre aqueles que, originariamente, assumiram as condições de credor fiduciário e devedor fiduciante. Tampouco, como se viu, é condição para que a propriedade do imóvel consolide-se em mãos do credor fiduciário, o que já terá ocorrido pela reiterada inadimplência do fiduciante, mesmo depois de constituído em mora (art. 26, *caput*, da Lei 9514/97).

Para o mesmo Norte aponta a jurisprudência deste E. CSM, como se vê do seguinte aresto:

> *"A controvérsia a ser dirimida relaciona-se ao cumprimento ou não, pela credora fiduciária, do dever de entregar às devedoras fiduciantes, que agora são credoras, a quantia que sobejou em decorrência da arrematação do imóvel em leilão público realizado, em cumprimento ao § 4º do artigo 27 da Lei 9.514/97, e também ao dever do registrador fiscalizar tal cumprimento.*
>
> *(...) O título apresentado a registro foi uma escritura de compra e venda pela qual a Caixa Econômica Federal transferiu à arrematante*

Acesso ao Sumário

Elza Maria Franjolli Teixeira a titularidade do domínio do imóvel. A obrigação da Caixa Econômica Federal, de dar quitação às devedoras fiduciantes, em razão da arrematação do bem imóvel no referido leilão e de prestar contas acerca do valor excedente apurado a ser devolvido, conforme previsto no § 4º do artigo 27 da Lei 9.514/97, é de natureza pessoal e restrita às partes deste negócio (alienação fiduciária). Não guarda, pois, nenhuma relação com o dever da instituição financeira de transferir a titularidade do domínio à arrematante, o que se deu por meio da escritura de compra e venda apresentada para registro." (Apelação nº 1010103-21.2015.8.26.0100, Rel. Des Xavier de Aquino, j. 9/11/15)

Desta feita, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

RODOLFO MANSOELLI (Presidente da Câmara de Vereadores de Palmital)

Discurso proferido por ocasião da concessão do título de "Cidadão Palmitalense" ao Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Juiz Fernando Figueiredo Bartoletti, Chefe de Gabinete Civil da Presidência (Homenagem realizada em 29.06.2017).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RODOLFO MANSOLELI, PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PALMITAL, PESSOA NA QUAL CUMPRIMENTO OS NOBRES VEREADORES DESTA CASA DE LEIS;

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO;

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI, JUIZ ASSESSOR CHEFE DO GABINETE CIVIL DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO;

AUTORIDADES PRESENTES;

QUERIDOS AMIGOS AQUI PRESENTES QUE PRESTIGIAM ESTA SESSÃO SOLENE.

Sinto-me honrado em receber em nosso Município pessoas de tão elevado gabarito, tratando-se de autoridade máxima do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e de Seu Assessor direto.

Na justificativa dos projetos de Decreto Legislativo nºs 03 e 04 as virtudes encontram-se estampadas na vida de cada homenageado.

Homens de bem, que dedicaram suas vidas aos estudos e ao Poder Judiciário, primando sempre para que a Justiça chegue à toda população que dela necessita, independente da classe social que pertençam.

Muitos entram na carreira jurídica, mas poucos ocupam cargos tão importantes como o que Vossas Excelências ocupam no momento, desempenhando suas funções sempre pautando pela retidão de seus atos.

Palmital se orgulha em tê-los como cidadãos.

Vejo que quando tiveram oportunidade deram suas contribuições para o

Acesso ao Sumário

bem da cidade e espero que agora na condição de cidadão palmitalenses possam fazer ainda mais, olhando com carinho as necessidades de nossa Comarca, que além de Palmital, abrange as cidades de Platina, Ibirarema e Campos Novos Paulista.

Atualmente temos duas Varas Judiciais, sendo que a terceira já foi criada, mas ainda não instalada.

A Terceira Vara Judicial é um sonho para nossa população e principalmente para os profissionais que atuam no Poder Judiciário em nossa Comarca. Nesse passo, peço encarecidamente para que Vossas Excelências, na medida do possível e sempre pautando pela legalidade de seus atos, se esforcem para que o sonho seja realizado.

Parabéns pela homenagem mais do que justa concedida às Vossas Excelências e, finalizando, deixo o Poder Executivo de Palmital de portas abertas para recepciona-los sempre que estiverem em nossa cidade.

Um forte abraço a todos e uma boa noite.

MÔNICA TUCUNDUVA SPERA MANFIO (Juíza Diretora do Fórum de Assis Palmital)

Discurso proferido por ocasião da instalação da Vara da Fazenda Pública e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC – da Comarca de Assis (Solenidade realizada em 30.06.2017).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em nome de quem cumprimento todas as autoridades e personalidades presentes já nominadas pelo Mestre de Cerimônias, **SENHORAS e SENHORES**:

Acesso ao Sumário

Hoje, nesta Comarca de Assis, é **dia de festa**!!! Dia de antecipar a comemoração do aniversário da cidade, que, amanhã, dia 1º de julho, completará 112 anos, e já está recebendo merecidos presentes, entre eles, a **instalação da Vara da Fazenda Pública,** a **instalação do Posto do CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania),** em parceria com a Universidade Paulista – UNIP, além de **mais dois ilustres cidadãos**.

É **enorme a minha satisfação e alegria** em participar deste importante evento, na qualidade de Juíza Diretora do Fórum, da Vara da Família e das

Sucessões e Coordenadora do CEJUSC da Comarca, porque testemunho o **crescente brilho** e a **posição de destaque** do Judiciário de Assis no nosso estado. A instalação da Vara da Fazenda Pública, **a nona vara da Comarca,** inicia uma nova jornada e se mostra essencial para viabilizar a melhoria da estrutura de atendimento ao cidadão e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional na nossa localidade, devendo ser ressaltado que **Assis é a primeira Comarca do Estado de São Paulo, entre aquelas elevadas à entrância final em 2016, que possui Vara especializada de Fazenda Pública.** Já existia, desde 2006, o Setor de Execução Fiscal, do qual fui Juíza Corregedora por aproximadamente nove anos, e que conta com um número muito elevado de feitos (aproximadamente 23.500 executivos fiscais), necessitando, portanto, do comando de um juiz titular, **exclusivo,** especificamente para atender as execuções fiscais e agora também todos os demais processos que envolvem as fazendas públicas. E essa prestação será conduzida da melhor forma possível sob a direção do nosso estimado e competente colega, **Dr. Paulo André Bueno de Camargo**, que, acompanhado de sua esposa, veio da capital para assumir a nova vara e, **com certeza**, dignificará o cargo, somando para o compromisso com a justiça na nossa comunidade.

Ou seja, a comarca de Assis tem sido palco de grandes e importantes conquistas. É atualmente uma comarca de entrância final, conta com nove varas judiciais **especializadas** e agora também com um cargo de Juiz Auxiliar, lembrando que, com a instalação da vara da Fazenda Pública, na data de hoje, haverá a efetiva e **completa especialização** de todas as varas, de acordo com a Resolução nº 756/2016, de modo que a partir de agora a questão relativa à **competência** foi então **definida por completo**, para melhor distribuição da justiça e de modo mais célere e eficiente.

É verdade que haverá um grande desafio pela frente, carecendo de muito esforço e dedicação, mas tenho certeza de que o **brilho do resultado será aumentado adiante.** Tenhamos o sucesso como meta e bom ânimo para transpormos as dificuldades. Conforme as palavras de Augusto Cury: ***"sem sonhos, a vida não tem brilho. Sem metas, os sonhos não têm alicerces. Sem prioridades, os sonhos não se tornam reais. Sonhe, trace metas, estabeleça prioridades e corra riscos para executar seus sonhos. Melhor é errar por tentar do que errar por omitir."***

De outro lado, temos hoje também a satisfação de instalar um Posto do CEJUSC, em parceria com a UNIP. Temos em funcionamento o CEJUSC, atualmente com sua sede nas instalações da Associação Comercial e Industrial de Assis, de modo que, doravante, a população contará com mais um local para buscar a solução **pacífica e amigável** de seus conflitos.

Isso representa um enorme avanço na **política de cidadania**, priorizando **uma mudança de cultura**, da cultura do litígio e da judicialização, para a

Acesso ao Sumário

cultura de paz, o que a sociedade clama e precisa hoje como resposta e que atende aos princípios constitucionais da **eficiência** e da **dignidade da pessoa humana.**

Nas palavras do nosso Presidente Paulo Dimas: "nosso objetivo maior é melhorar o acesso à justiça. Estamos na era do diálogo, da reflexão. Temos que aprender a ouvir, repensar valores e princípios... repensar o próprio Judiciário. E a justiça restaurativa e os Cejuscs são o caminho para isso".

E o Judiciário de Assis não se limita apenas a **prestar justiça,** mas prestá-la com uma **solução digna, solidária e eficaz dos conflitos.** Vale também destacar as palavras do ilustre Coordenador do Nupemec (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos), (hoje também presente no evento), ao pronunciar que **os conciliadores e mediadores "são o futuro do Judiciário"** e lembrou que **"toda ação judicial traz em si um ou mais dramas pessoais, tão grandes, que as pessoas envolvidas sentem-se incapazes de resolvê-los por si mesmas".** O CEJUSC pode ser visto como uma forma de **aproximar as pessoas da Justiça** por meio de um **atendimento mais humano e, portanto, mais acolhedor.**

E todas essas conquistas vêm sendo possíveis graças ao **trabalho conjunto dos nossos parceiros,** que visualizaram conosco a busca pela paz social, bem como pelo apoio da Corregedoria Geral da Justiça, e, principalmente, pelo **destacado empenho** e **atenção dedicada** da Presidência do Tribunal de Justiça aos assuntos da nossa Comarca. Assim, nada mais oportuno nesse momento **tão sublime** do que **homenagear duas notáveis e admiráveis autoridades**, que figuram nesse cenário como pessoas de dom e talento, que dignificam o nosso Tribunal de Justiça, com o título mais nobre de uma comunidade, que é a **cidadania honorária**, dedicada a pessoas importantes, que prestam relevantes serviços que ajudam no desenvolvimento social de uma localidade. O **Sr Presidente, Des. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti** e o **Chefe do Gabinete Civil da Presidência, Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti,** foram especialmente responsáveis pela mudança da paisagem jurídica deste município. Em menos de dois anos, conquistamos duas varas especializadas, o status de entrância final, a ampliação do CEJUSC, um cargo de Juiz Auxiliar, lembrando que unidades judiciais da comarca receberam recentemente o **Selo Ouro de Produtividade do TJ.** Segundo a definição da enciclopédia, ***"o título de cidadão equipara a pessoa homenageada a uma adoção oficial. A pessoa agraciada passa a ser um irmão, um conterrâneo, uma pessoa da terra natal"***. Como Juíza de Direito do **TJSP** e, principalmente, como cidadã **natural de Assis**, para mim é uma honra compartilhar essa condição com os senhores, **Senhor Presidente e Dr. Fernando Bartoletti,** (que, inclusive, mantém laços familiares e de amizade com o município) e podermos comemorar o aniversário da nossa cidade com

Acesso ao Sumário

esses presentes tão significativos que estamos recebendo na data de hoje. **A comarca é que ganha, o povo assisense é que ganha**, enfatizando-se que a **grandeza e o brilho de uma cidade estão baseados na força e na integridade de cada um dos seus cidadãos**.

Aproveito, portanto, a oportunidade para expressar **nossos sinceros agradecimentos** à Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, voltando nossos olhares e nosso apreço aos senhores, desejando que continuem sendo **exemplos de grandeza** e de determinação e que, mesmo diante dos desafios e lutas que possam vir, tenham força suficiente para não desistirem e não desanimarem, tornando a vida mais bela e suave para todos aqueles que os cercam. Recebam **nossos aplausos assisenses, com toda nossa admiração e respeito.** Agradeço a presença especial da **Sra. Simone Cavina,** esposa do Dr. Fernando Bartoletti, e de seus filhos Maria Ester e João Rafael.

Agradeço a presença ilustre do **Desembargador José Carlos Ferreira Alves,** parabenizando-o pelo trabalho que vem desempenhando como Coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC)**;**

Agradeço a presença do Coordenador da 26ª Circunscrição Judiciária, **Desembargador Walter Piva Rodrigues;**

Agradeço o constante apoio e cooperação do nosso querido Juiz Coordenador da 5ª Região Administrativa Judiciária, **Dr. Antonio Roberto Sylla;**

Agradeço a todos os colegas **Magistrados da Comarca** que contribuíram para a concretização destas conquistas.

Agradeço de forma especial o **Prefeito do município de Assis, Sr. José Aparecido Fernandes**, pela parceria na cessão do imóvel onde está sendo inaugurada a Vara da Fazenda Pública, bem como de seus secretários e servidores que colaboraram eficazmente para as providências de acomodação do prédio. Certamente os munícipes assisenses reconhecerão a importância da instalação desta vara especializada.

Agradeço ao Poder Legislativo de Assis, na pessoa do **Sr. Presidente da Câmara Municipal, Sr. Valmir Dionísio**, bem como dos **Vereadores Célio Francisco Diniz e Roque Vinícius Isídio Teodoro Dias** e aos demais Vereadores presentes**.**

Agradeço a parceria da UNIP, na pessoa da Coordenadora Auxiliar do Curso de Direito, **Dra. Maria Aparecida Domingos,** por acreditar no trabalho desenvolvido pelo CEJUSC e por toda sua dedicação e seu entusiasmo na instalação.

Agradeço o respeitoso e próximo relacionamento do Poder Judiciário local com o Ministério Público, hoje representado pelo Promotor de Justiça **Dr. Sergio Campanharo,** a estreita parceria com a Ordem dos Advogados (na

Acesso ao Sumário

pessoa de seu Presidente, Dr. Carlos Pinheiro), e o constante apoio e a parceria da Polícia Militar, na pessoa do Tenente Coronel da PM, Sr. Enzo Bertão, e da Polícia Civil.

Ressalto ainda todo trabalho e dedicação dos nossos serventuários da Administração Geral do Fórum, hoje representada pelo Supervisor **Leonardo Regi Francisco Nassaro**, bem como agradeço o constante apoio da **minha querida e especial equipe** da Vara da Família e das Sucessões, representada pelo Coordenador e Instrutor Oficial de Mediação Judicial junto ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça), **Paulo Cezar Dias,** da Escrevente Chefe do CEJUSC, **Sandra Regina Pauka,** e de **todos os demais servidores**, pois cada um, em seu papel relevante, tornou-se essencial na condução das providências necessárias para que o evento de hoje fosse bem sucedido.

Agradeço de forma especial a atuação, a **dedicação primorosa** dos nossos queridos **conciliadores e mediadores**, pelo esforço e pela **excelência de trabalho contínuo** que vêm desenvolvendo junto ao Cejusc de Assis e cujo resultado está sendo testemunhado por toda comunidade, com muitos frutos exitosos.

Assim, seguindo as palavras do Sr. Presidente por ocasião do lançamento da campanha **"Razões para Acreditar"** do TJSP, que tem como ***"objetivo mostrar o nosso Tribunal e como ele é importante na vida das pessoas"***, almejando o aprimoramento dos serviços e a busca da paz social, quero deixar registrado que **há razões para acreditar no judiciário de Assis.**

Fica aqui, enfim, meu sincero agradecimento a todos, sobretudo pela **união das forças** de cada um, desejando **sucesso e prosperidade** aos novos trabalhos, valendo-me, enfim, da frase do **doce poeta** Mário Quintana: "**somos todos anjos de uma asa só... precisamos nos abraçar para voar".**

Que Deus abençoe todos nós e nos conceda muita **saúde, sabedoria** e **disposição** para cumprirmos **com louvor** a missão que nos foi confiada...

Um bom dia a todos e muito obrigada.

PAULO ANDRÉ BUENO DE CAMARGO (Juiz de Direito responsável pela Vara da Fazenda Pública)

Discurso proferido por ocasião da instalação da Vara da Fazenda Pública e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC – da Comarca de Assis (Solenidade realizada em 30.06.2017).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades presentes;

Estimados servidores da Justiça;

Senhoras e senhores;

Tenho a honra de saudar a todos nesta manhã do dia 30 de junho de 2017, por meio destas breves palavras, com a consciência de estar presenciando um momento histórico para a Comarca de Assis com a instalação da Vara da Fazenda Pública.

E o faço com redobrada satisfação: a de homem público, com a responsabilidade de ser seu primeiro Juiz de Direito Titular; e a pessoal, de quem sabe ter sido aqui, nesta Comarca, na década de 70, o início da carreira de seu pai, Renato Bueno de Camargo, na digna instituição do Ministério Público do Estado de São Paulo, como Promotor Substituto de Assis. As histórias por ele contadas a mim ao longo da minha infância e adolescência sobre essa época de sua vida profissional me inspiraram a seguir seus passos nas lides da Justiça, ainda que, por obra do Criador, em outra instituição tão nobre quanto a dele. Dentre essas tantas histórias que ouvi, destaco, por amor à brevidade, pois elas são muitas, o fato dele ter trabalhado substituindo o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, que fora Promotor nesta região.

Feito esse registro, gostaria de aproveitar essa cerimônia para me apresentar formalmente à comunidade jurídica local, contando de forma sucinta minha trajetória profissional até aqui. Comecei a trabalhar no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, na Capital, no ano de 1994, como escrevente técnico-judiciário do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil. Lá trabalhei até o ano de 1998, quando decidi, após me formar em Direito, prestar o exame da respeitável Ordem dos Advogados do Brasil, no qual fui aprovado. Pouco tempo depois, todavia, ingressei, por meio concurso 172, na Magistratura do Estado de São Paulo, tomando posse em 03 de setembro de 1999.

Nascido em Ourinhos, embora criado na Capital, retornei à cidade natal como Juiz Substituto na qual permaneci nessa condição por volta de quatros anos. No ano de 2003, surgiu a oportunidade de me promover ao cargo de Juiz de Direito da 1ª Vara da nossa vizinha Comarca de Cândido Mota, então comarca de primeira entrância, lá ficando por um ano e meio aproximadamente, época em que integrei o Colégio Recursal de Assis. Guardo boas lembranças desse período, mas intencionando prosseguir na carreira, me promovi à 2ª Vara Judicial de Novo Horizonte, na região de São José do Rio Preto, onde fiquei por apenas 6 meses, seguindo-se a promoção para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos, da qual, tal como faço hoje, participei da instalação como seu primeiro

Acesso ao Sumário

Juiz de Direito Titular. Passados por volta de oito anos nesse cargo, promovi-me para a entrância final na Comarca da Capital, exercendo o cargo de Juiz de Direito Titular II da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro. Durante os três anos e meio na Capital, por ocasião da aposentadoria do Exmo. Des. Corregedor Geral da Justiça Hamilton Akel, tive a honra de integrar a equipe de Juízes Assessores da Corregedoria a convite do Des. Xavier de Aquino, Decano do Tribunal de Justiça de São Paulo, experiência que, embora breve, muito me marcou, pois me permitiu aprender melhor o funcionamento dos órgãos de cúpula de nosso Tribunal. Nessa passagem pela Corregedoria, não posso deixar de registrar a satisfação de ter trabalhado e aprendido com brilhantes colegas, dentre os quais destaco os Drs. Rodrigo Marzola Colombini, Ricardo Hsu, Gabriel Sormani e Rubens Hideo Arai. A eles, ao Des. Xavier de Aquino e aos estimados servidores daquele órgão, deixo consignado meus sinceros agradecimentos. Cito, por fim, como último registro de minha passagem pela Capital, o fato de ter dividido a titularidade da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro com o Dr. Ricardo Dal Pizzol, excelente e dedicado magistrado com que, em nossa troca de ideias em busca de soluções para os problemas diários de uma vara cível da Capital, muito aprendi e que tenho certeza que deve estar realizando um ótimo trabalho como Juiz Assessor junto ao Gabinete do Exmo. Corregedor Geral da Justiça, Des. Manoel Pereira Calças.

É com esse histórico, senhoras e senhores, que me apresento ao trabalho à comunidade jurídica da Comarca de Assis, para a qual vim por meio de concurso de remoção, após sua elevação de entrância intermediária para entrância final, último degrau da carreira do magistrado paulista antes de se promover ao cargo de Desembargador.

Buscarei aplicar a experiência que adquiri ao longo desses 23 anos que acumulei como servidor da Justiça e magistrado no trabalho que será realizado nesta Vara da Fazenda Pública hoje instalada. E, apesar de ser magistrado que ingressou na carreira no século passado, estarei atento às inovações legislativas trazidas pelo novo Código de Processo Civil, tais como os julgamentos liminares de improcedência do pedido, para aquelas ações propostas contra jurisprudências consolidadas pelos Tribunais Superiores, julgamentos parciais de mérito, nas causas em que houver mais de um pedido e apenas um deles necessitar de instrução, dentre outras à disposição dos juízes e tribunais visando dar à população uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

Acesso ao Sumário

Muitos serão os desafios a serem enfrentados nesta nova Vara, mas me sinto confiante que saberemos superá-los, principalmente porque percebi, desde que aqui cheguei em Janeiro deste ano, quando passei a auxiliar as Varas e o Anexo Fiscal da Comarca, que a comunidade jurídica de Assis conta com juízes bem preparados, servidores muito dedicados, com membros do Ministério Público e da classe dos advogados públicos e privados muito profissionais, dos

quais recebi, até o momento, sempre o tratamento cordial e urbano que deve sempre pautar o relacionamento dos integrantes de nossas nobres instituições. Dirijo a todos meu agradecimento pela acolhida e digo-lhes, neste momento, que as portas do meu gabinete estarão sempre abertas para tratarmos de todas as sugestões e providências visando cada vez mais a melhoria nos serviços que prestamos à população de Assis.

Encerro, Senhor Presidente, me valendo da lição de Aristóteles, um dos pais de nossa filosofia Ocidental, para dizer que estaremos diante do Justo, quando as honrarias e bens são dados a alguém em razão de seus méritos. E, nesse contexto, afirmo, sem nenhuma dúvida, que pelos benefícios trazidos por Vossa Excelência e pelo Exmo. Juiz Assessor Chefe do Gabinete Civil da Presidência, Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti à Comarca de Assis, com a instalação, durante seu mandato como Presidente, de duas novas varas judiciais na Comarca, que os títulos que Vossa Excelência e o colega Bartoletti recebem hoje são verdadeiramente justos. Parabéns aos dois e aos nobres vereadores da Câmara Municipal de Assis pela iniciativa.

Muito obrigado a todos!

SÉRGIO CAMPANHARO (Promotor de Justiça da Comarca de Assis)

Discurso proferido por ocasião da instalação da Vara da Fazenda Pública e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da Comarca de Assis (Solenidade realizada em 30.06.2017).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DES. PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, EM NOME DE QUEM CUMPRIMENTO AS DEMAIS AUTORIDADES QUE COMPÕEM A MESA;

DIGNISSIMOS MAGISTRADOS, AMIGOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOBRES ADVOGADOS;

PREZADOS SERVENTUÁRIOS DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA, SENHORAS E SENHORES...

Incumbiu-me o Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Giampaolo Poggio Smanio, bem como, o Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, Dr. José Osvaldo Molineiro de hoje, aqui, nesta cidade Progressista e Ordeira, fazer um registro de singular júbilo, alegria e realização administrativa, ao inaugurarmos a Vara Judicial da Fazenda

Acesso ao Sumário

Pública e *o Posto do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania nas dependências da Universidade Paulista – UNIP* .

O Poder Judiciário melhor se aparelha para atender ao reclamo social por uma prestação jurisdicional mais eficaz. Melhorar a estrutura de atendimento nas comarcas sempre foi uns dos grandes desafios do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A atual Presidência do Tribunal de Justiça vem empreendendo esforços para o aprimoramento da Primeira Instância, mesmo diante da crise econômica e de uma realidade orçamentária que exige contenção. Faz, sem dúvida, seu melhor possível.

A inauguração desta Vara da Fazenda Pública representa, pois, significado bem maior do que uma Vara Judicial a mais. Representa, na verdade, a vontade do Poder Judiciário de se fazer presente e atuante em seu compromisso 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.

Representa, também, o desvelo e apreço do Tribunal de Justiça de São Paulo pela Comarca de Assis, sede da 26ª Circunscrição Judiciária.

Receba Senhor Presidente, por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo, sinceros reconhecimentos pelo valoroso desempenho que vem demonstrando no exercício de tão exigente cargo.

Impõe-me, também, o reconhecimento do esforço e comprometimento da Prefeitura Municipal de Assis, que cedeu prédio para instalação desta Vara Judicial. Embora lutando contra a crise financeira e assoberbada de responsabilidades, o Poder Executivo Municipal atendeu à solicitação do Poder Judiciário e disponibilizou prédio digno, reformado e bem localizado.

O exercício das atividades judiciais exige condições e instalações adequadas de trabalho, seja para os Servidores e Magistrado, seja para o Público que atende.

Posso afiançar que o investimento não será em vão, pois quem planta justiça, certamente a colherá.

Acesso ao Sumário

Ressalto, por fim, a expectativa de que esta nova Vara Judicial e o *Posto do CEJUSC na UNIP*, importará em melhor celeridade processual.

Sabemos que num processo civil recheado de intermináveis recursos e instâncias de julgamentos, a celeridade é algo difícil.

Contudo, as deficiências do Sistema Judiciário (falta de servidores e excesso de processos) são fatores mais graves e que repercutem de forma mais danosa e direta na demora para solução dos litígios.

Servidores qualificados e eficientes (como os que trabalham nesta Comarca), boa estrutura física e atualizados equipamentos de informática, repercutem

diretamente no avanço do processo. E, sabemos, nisso tem investido o Tribunal de Justiça.

Desejo sucesso a toda a equipe da Vara da Fazenda Pública de Assis e do *Posto do CEJUSC na UNIP*, que tenhamos saúde para cumprir a missão pública que nos foi delegada, e que Deus esteja sempre conosco.

Obrigado.

JOSÉ MARQUES DE LACERDA (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação Setor Anexo das Execuções Fiscais e da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal, da Comarca de Cruzeiro (Cerimônia realizada em 06.07.2017).

Bom dia a todos.

É com grande satisfação que nos reunimos neste dia para instalação da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Cruzeiro e do Setor Anexo das Execuções Fiscais.

Graças ao esforço da Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça, na pessoa do Sr. Presidente, Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, dos MMs. Juízes de Direito, Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti (Assessor da Presidência), Drs. Alexandre Levy Perrucci e Carlos Eduardo Xavier Brito (que há mais de um ano auxiliam a comarca de Cruzeiro), Dr. Claudionor Antonio Contri Junior (Diretor do Fórum local), e Dr. Fábio Antonio Camargo Dantas (titular da 2ª Vara local), todos eles em ação conjunta planejaram e efetivaram a reestruturação da Comarca de Cruzeiro, mediante especialização das Varas, criação da Vara do Juizado Especial e do Anexo das Execuções Fiscais.

Parabéns por esse trabalho; tenho certeza que a população e a comunidade jurídica de Cruzeiro têm muito a agradecer.

E graças a este esforço, que melhorou consideravelmente a prestação jurisdicional nesta Comarca, consegui, no último concurso, minha remoção para assumir, na condição de titular, a Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Cruzeiro, o que me possibilitou, ainda, retornar para mais próximo da minha "terra natal", Pindamonhangaba, e para perto de Taubaté, onde trabalhei por 11 anos como escrevente deste Egrégio Tribunal e onde iniciei minha jornada até alcançar a magistratura paulista.

E além desta alegria, também assumo o Juizado com imensa satisfação, pois almejava que um dia isso ocorresse. Em duas oportunidades fui escrevente

Acesso ao Sumário

do Juizado Especial de Taubaté e tenho um carinho todo especial por este tipo de jurisdição.

Pode-se dizer que os juizados especiais são um instrumento de democratização da Justiça. Os cíveis buscam resolver causas de menor complexidade com mais rapidez e, de preferência, efetivando o acordo entre as partes. Nos criminais julgam-se contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a dois anos.

Trata-se de jurisdição diferenciada, especial, mas não menos importante que qualquer outra, pois em seu âmbito também se visa proteger a lesão ou ameaça de violação a direito. Eventual diferença em decorrência do proveito econômico (maior ou menor) não lhe retira a importância.

Se, por exemplo, para uma grande empresa a garantia do seu direito tem importância, para a "D. Maria", que prestou seu serviço como costureira, numa pequena cidade do interior, e não recebeu por isso, deve ter o mesmo significado. Ao final, o que se tem, é a proteção ao direito de cada um.

E é com esse espírito que todos nós que compomos o Juizado Especial de Cruzeiro vamos trabalhar para prestar a melhor jurisdição possível, nos esforçando para dar a nossa contribuição para a melhora do serviço forense nesta Comarca.

Quero dar meus parabéns a todos os Servidores da Comarca e em especial aos do Juizado Especial de Cruzeiro, os quais têm se esforçado a cada dia para a melhora da prestação dos serviços. Tenho certeza que em breve alcançaremos bons frutos desse esforço.

Agradeço todos os servidores a carinhosa recepção desde a minha chegada, pessoas sempre dispostas a nos auxiliar, em especial a Beatriz, incansável em nos atender.

Agora só nos resta arregaçar as mangas e trabalhar, o que faremos com grande satisfação.

Quero aproveitar a oportunidade Sr. Presidente e agradecer algumas pessoas que me honram nesta manhã com suas presenças.

Primeiro lugar minha querida esposa, que desde o início, lá nos idos de 2000, quando assumi o cargo de escrevente em Jacareí, abraçou juntamente comigo o sonho de ingressar na magistratura. A luta foi grande, foram quase dez anos de dedicação e abdicação. Mas valeu a pena e aqui estamos graças a Deus.

Aos meus amigos de Taubaté, Dra. Márcia Rezende, Juíza da 3ª Vara Cível de Taubaté, Vinicius e Margarete, servidores da referida 3ª Vara, pessoas que sempre torceram por mim e não cansaram de me incentivar mesmo nos momentos difíceis.

A Dra. Eliza Amelia Maia Santos, juíza da 4ª Vara Cível de Taubaté, e ao

Acesso ao Sumário

seu pai, Dr. Dirceu dos Santos, juiz aposentado deste Tribunal. Pessoas especiais na minha vida, as quais muito me ajudaram para alcançar meu objetivo.

Além da grande capacidade técnica, ensinaram-me que antes do direito vem a justiça. A olhar para a parte e seu dilema ou sofrimento lançado no processo, a não perder a humanização apesar da reiteração das lides.

Agradeço a vocês pelos inúmeros ensinamentos e por me ajudarem na preparação para a aprovação no concurso. Que Deus os recompense por tudo. Ofereço em gratidão a minha amizade.

E aqui finalizo a minha fala, agradecendo a todos os presentes.

SULAIMAN MIGUEL NETO (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do Foro Regional da Lapa (Cerimônia realizada em 08.08.2017).

EXCELENTISSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESEMBARGADOR PAULO DIMAS MASCARETTI, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades presentes, colegas magistrados.

Senhores Advogados, Funcionários e Servidores, Senhoras e Senhores.

Esta solenidade concretiza mais que um evento amiúde na história do Fórum da Lapa, é a adesão a um sistema de trabalho no qual se amplia o efetivo exercício da cidadania. E essa busca de resultados para a justa solução de conflitos, através de boas práticas, é marca da gestão de Vossa Excelência à frente do E. Tribunal. Revela a ousadia de seu coração generoso e a importância de se expandir a capacidade de compreensão dos reais objetivos dos serviços judiciários.

Nessa arte de se colocar no lugar do outro por meio da imaginação, compreende-se os sentimentos e expectativas que guiam as melhores ações. John Donne, poeta inglês do século XVI, autor do poema em prosa Meditação, no qual se inspirou Ernest Hemingway, a escrever em 1940, o romance *"Por quem os sinos dobram",* escreveu de forma veemente, que nenhum homem é uma ilha, mas cada indivíduo é um pedaço do continente, uma parte do todo.

Acesso ao Sumário

Esse sentimento comum, me faz lembrar ROMAN KRZNARIC, na sua obra "O Poder da Empatia –A arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo", publicado em 2015, (p. 28) onde destaca ser a empatia, o antídoto para o individualismo absorto em si mesmo, herdado do século passado.

A necessidade de desenvolver empatia estaria no cerne do esforço de encontrarmos soluções para problemas mundiais como violência étnica, intolerância religiosa, pobreza extrema, fome endêmica, abusos políticos aos direitos humanos, aquecimento global descontrolado por parte dos países mais ricos. O autor, debruçando-se na observação das conquistas pessoais do homem contemporâneo, denomina esta capacidade de sentir-se uno com o próximo, como uma espécie de pílula da paz.

Historicamente, se pode enxergar alguns "impedimentos", inseridos como obstáculos ao uso intenso da saudável empatia, e que são: o preconceito, autoritarismo, distanciamento e negação. O preconceito é como uma venda em nossos olhos, é um julgamento feito de plano, considerando informações superficiais, sem comprovação; é um estereótipo do qual devemos fugir.

Propiciam que no exercício da influência sobre os indivíduos, a autoridade seja utilizada como desculpa para cumprir tarefas execráveis. Também, não só a distância física, mas a temporal e, principalmente, a social, nos induzem a se afastar da sugestão de melhores soluções. E ainda, que mesmo bombardeados com imagens de problemas sociais em diversas partes do mundo, concorremos na insensibilidade a eles, deixando de perceber o quanto são singelas as oportunidades de livrar-se do flagelo que representam.

O EU empático está intrinsecamente ligado à resolução de questões do nosso dia a dia. E assim, ao nos colocarmos no lugar do outro no ambiente de trabalho, expandimos nossa capacidade de compreensão dos problemas que rodeiam a todos. Este exercício nos proporciona experimentar outras visões, faz-nos observar aspectos antes ignorados. E às vezes, constatar e enxergar tudo a nossa volta, valorizando experiências pregressas.

As experiências nos moldam ao longo do tempo, e desenvolvem, mesmo inconscientemente, o poder da empatia na nossa alma, como forma de compreender relações para as quais somos instrumentos de apoio.

A habilidade de aceitar e conviver com a diversidade torna os homens mais empáticos e tolerantes. É o sentimento que vai nos permitir entrar nas salas e nas reuniões de trabalho, e transmitir a mensagem adequada

para cada participante.

A proposta do CEJUSC encerra um clima de empatia e contribui, nesses dias complexos, para os melhores resultados da convivência social. No modelo dinâmico de organização implantado na mediação e composição de litígios, revela-se importante instrumento para auxiliar os envolvidos a obter através de diálogo um resultado justo, antes da formulação do processo judicial.

Isso significa compreender as demandas individuais e atendê-las de forma abrangente, rápida e pacificadora. Um mediador formula orientações para o desenvolvimento da tarefa e contribui com a meta do grupo em que está inserido. Enquanto um julgamento formal, por sua vez, trata as informações do processo decisório com ênfase mais restrita. Mesmo cuidando de um assunto comum, as abordagens são completamente diversas, cabendo aos bem intencionados, valorizar essa diferença.

Por isso, ser empático não se restringe às pessoas que conhecemos, mas principalmente com os desconhecidos ou mesmo com personalidades antagônicas. Este é um grande esforço que cobra dos agentes, sensibilidade, inteligência emocional e vontade. Colocando-se no lugar do outro e experimentando a nova perspectiva. Numa habilidade que pode ser aprendida, mas que precisa antes de tudo ser diariamente cultivada, fazendo parte do ambiente do CEJUSC.

Precisamos reconhecer a empatia como fator ético e humanitário, uma força capaz de promover mudanças nos diversos meios onde atuemos. E poderemos fazer esse exercício diariamente, em nossas famílias e em nosso ambiente de trabalho, melhorando nossas relações interpessoais. Num esforço consciente para se colocar no lugar de outra pessoa – inclusive do oponente – para rasgar rótulos, reconhecer sua individualidade, perspectivas e valores humanitários: eis os grandes diferenciais daqueles que se esforçam e vão empreender a busca de soluções permanentes. Nas mãos desses profissionais, utilizando as técnicas da mediação e da conciliação, repousará a esperança da empreitada cívica desta manhã.

AGRADEÇO A ATENÇÃO DE TODOS, RENOVANDO MEUS CUMPRIMENTOS PELA INICIATIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO E O RECONHECIMENTO DO SUCESSO DA GESTÃO DO DES. PAULO DIMAS.

Acesso ao Sumário

CARLOS BORTOLETTO SCHMITT CORRÊA (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do Foro Regional da Lapa (Cerimônia realizada em 08.08.2017).

Exmo. Senhor Desembargador Dr. PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, DD. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em quem eu saúdo todos os presentes.

Caros amigos, Bom dia!

Com muita honra, recebemos nesta manhã o estimado Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, Doutor Paulo Dimas, um dos mais brilhantes Magistrados de toda a história do Poder Judiciário, não só pelo seu notório saber jurídico e escrita impecável, mas principalmente pela sua incessante busca pela Justiça e pelo aprimoramento do Judiciário, e na defesa dos servidores, advogados e da sociedade como um todo.

Tive a honra de trabalhar com o nosso Presidente na Comissão de Assuntos Administrativos do Egrégio Tribunal de Justiça e presenciei sua defesa implacável para a correta utilização dos recursos públicos, otimização dos serviços e melhor qualidade e agilidade na prestação jurisdicional em todo o Estado de São Paulo. Qualidades que hoje todos nós somos testemunhas e, em nome do povo bandeirante, consignamos nosso respeito e agradecimento.

Satisfação também em receber o ilustre Desembargador JOSE CARLOS FERREIRA ALVES, DD. PRESIDENTE DO NUPEMEC, que antes honrou a advocacia e o São Paulo FC, que lamentavelmente sente a sua falta, como são-paulino que sou. Sorte do Tribunal de Justiça que ganhou seu saber e dinamismo, atuando de forma impar na pacificação dos conflitos.

Acesso ao Sumário

Caro Diretor do Fórum da Lapa, Sullaiman Miguel Neto, notório Magistrado, exemplo de pessoa, extremamente educado e acessível a todos que o procuram, querido amigo, meu muito obrigado por encampar a instalação do CEJUSC aqui no Fórum da Lapa, na casa da Justiça, de fácil e agradável acesso a todos os lapianos.

Caro Dr. Celso Fernando Gioia, DD. Presidente da Subseção Ordem dos Advogados do Brasil - SP, digno e combativo advogado, em seu nome registro meu agradecimento a todos os advogados da Lapa, verdadeiros companheiros de trabalho na nossa função de assegurar a prestação jurisdicional.

Muito obrigado também aos Promotores, Defensores Públicos, Funcionários, Conciliadores e Mediadores, que atuam e abrilhantam o Setor de

Conciliação da Lapa, que diga-se, sempre apresentou números de destaque em comparação com todos os outros existentes no nosso Estado.

Pois bem, caros amigos, hoje o Tribunal de Justiça faz a instalação solene do CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA DO FORO REGIONAL IV – LAPA, com atribuição para também conciliar e mediar na fase pré-processual, relevante serviço prestado pelo Poder Judiciário na busca da paz social, com objetivo de diminuirmos os conflitos, de modo a prestar a jurisdição sem a necessidade da movimentação de intermináveis processos.

Essa nova ferramenta de trabalho, sem burocracia, de forma simples, alcançará grande êxito, tenho certeza. Isso porque a comunidade forense da Lapa conta com um corpo de FUNCIONÁRIOS de primeira linha, eficientes, educados e acolhedores, treinados para a conciliação, Com Advogados prestativos, firmes sem perder a compostura, como assim devem ser, e, CONCILIADORES E MEDIADORES que há mais de dez anos labutam na arte de conciliar tendo como única contraprestação o sorriso de satisfação das partes e do público em geral. A vocês, conciliadores e mediadores, fica o pedido de continuidade e o nosso especial agradecimento.

De se ressaltar que, a instalação do CEJUSC – LAPA atende a legislação em vigor, na medida em que o artigo 3º, parágrafos 2º e 3º do Novo Código de Processo Civil dispõe que: **"O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos**", e, **"A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial"**.

Para finalizar, tendo em vista a natureza do serviço que pretendemos prestar, voltado à solução dos conflitos, à pacificação social, **destaco trecho da sublime oração de São Francisco**, que nos sirva de exemplo e estímulo:

"Senhor, fazei-me instrumento de vossa paz. Onde houver ódio, que eu leve o amor. Onde houver ofensa, que eu leve o perdão. Onde houver discórdia, que eu leve união. Onde houver dúvida, que eu leve a fé. Onde houver erro, que eu leve a verdade. Onde houver desespero, que eu leve a esperança. Onde houver tristeza, que eu leve alegria. Onde houver trevas, que eu leve a luz."

Que DEUS nos abençoe, Obrigado.

BERENICE MARIA GIANNELLA (Ex-Presidente da Fundação Casa)

Discurso de agradecimento ao ser homenageada pelo Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude - CIJ (Cerimônia

Acesso ao Sumário

realizada em 18.08.2017).

"Berenice, eu sempre achei que você tinha problemas psiquiátricos. Hoje, eu tenho certeza."

Esta frase, dita pelo meu amigo irmão ao ler a manchete dos jornais do domingo dia 4 de junho de 2005 dando conta da minha nomeação para a presidência da então FEBEM ilustra bem o que todos pensavam a respeito da aceitação do convite que me fora formulado pelo Governador Geraldo Alckmin dois dias antes.

Só de janeiro a junho de 2005, a Fundação tinha tido 35 rebeliões com a fuga de 652 adolescentes. Afora os problemas dos anos anteriores.

Certamente, não foi por soberba ou por ignorância da realidade que eu aceitei o desafio. Aceitei-o porquê estava segura do que estava fazendo! Em nenhum momento, tive dúvida em anuir ao convite, tanto que, exceção feita a meus pais e o Dr. Nagashi Furukawa que me indicara para o cargo, ninguém mais soubera da novidade. Temia que se o fizesse teria ouvido aquela primeira frase várias e várias vezes.

O que dizer 12 anos depois? Que valeu a pena! Foram anos de muitas lágrimas, muitos episódios inusitados, muitas noites sem dormir, zero de rotina, muitas decepções, mas também de muita realização, de muitos risos, de novos amigos e de muito aprendizado. Levo histórias para contar. Algumas que amigos sabem e outras que é melhor aguardar o prazo prescricional para contar.

De uma instituição desorganizada, desacreditada e muito criticada, conseguimos - eu e minha equipe - torná-la referência no atendimento socioeducativo no Brasil.

E como isto foi possível? Acreditando que era possível mudar e contando com um grupo valoroso de funcionários.

Hoje, todos os jovens da Fundação frequentam a escola formal, estando matriculados em escolas da rede pública e com acesso a todo o material escolar e didático das demais escolas. Além do lanche escolar e do acesso aos exames e certificações regulares.

A área de educação profissional - que era embrionária - tornou-se pujante, com a atual parceria com o SENAC em todas as nossas unidades de internação, com cursos de qualidade devidamente certificados.

A área de arte e cultura também se profissionalizou com as parcerias com a Ação Educativa, CENPEC, CEDAP, GAP e GURI propiciando o acesso à cultura, e as mais diversas linguagens artísticas.

Na educação física e esporte, chegamos ao cúmulo da loucura ao realizar

Acesso ao Sumário

Olimpíadas com 1.200 jovens no mesmo local, o Ginásio do Ibirapuera, sem qualquer incidente por vários anos seguidos.

Na saúde, aprovamos o Plano Operativo Estadual - tendo sido o primeiro estado a fazê-lo - conseguindo colocar equipes mínimas de atendimento nas unidades com enfermeiros, auxiliares de enfermagem, médicos, dentistas e nutricionistas. Fizemos um programa para a vacinação de todos os jovens, com acesso às vacinações regulares da saúde pública. Emitimos cartão SUS a todos, inclusive para que o usem quando saírem em liberdade. Fizemos parceria com o Instituto de Psiquiatria da Universidade de São Paulo para o atendimento dos jovens com problemas de saúde mental que perdurou por 10 anos. Iniciamos trabalhos de mediação de conflitos entre jovens e entre jovens e servidores.

Criamos equipes de referência nos centros de atendimento que possibilitaram a cada jovem conhecer quem deveria atendê-lo, bem como propiciando neste atendimento a participação das equipes de segurança.

Na área de segurança, conseguimos atuar na prevenção, com planos de contingência para todas as unidades, com postos de trabalho e orientações adequadas para um bom atendimento. As rebeliões caíram de 53 em 2005 para uma em 2009 e duas em 2016.

Inauguramos o planejamento estratégico em 2005, definindo desde então nossa Missão, Visão e Valores e fazendo, ao longo dos 12 anos, planos anuais que começavam nas unidades, passavam pelas divisões regionais e terminavam em reuniões com a executiva da Fundação. Foram nessas reuniões de planejamento que definimos nossa estratégia de atuação, o que era necessário rever, fortalecer, implantar ou implementar.

O Plano Plurianual e a peça orçamentária apresentados ao Governo para serem levados à Assembleia Legislativa deixaram de ser peça de ficção para se transformarem em trabalho pensado, realizado e mensurado. Gastávamos bem - é verdade - sempre conseguimos executar mais que 99% do nosso orçamento, mas gastávamos com qualidade. Nossos jovens recebem na fundação tudo o que precisam: além da educação em suas diversas vertentes como acima dito, e do atendimento em saúde (aí incluídos o atendimento do serviço social e da psicologia) também todo o seu vestuário, suas roupas de cama e banho, seus livros, sua alimentação, seus calçados ... Tudo para se lhes permitir um atendimento integral e para evitar que eles fossem cooptados pelo crime organizado. Ninguém precisava suprir suas necessidades básicas. Nós, o Estado, o fazíamos. Não permitíamos "jumbo" que tanto mal provocam em nossos presídios.

Para os servidores, criamos um Plano de Cargos, carreiras e salários, demitimos quase todos os cargos em comissão - hoje são apenas 76 dos 12.000 servidores da CASA - o que possibilitou a ascensão dos funcionários de carreira aos

Acesso ao Sumário

cargos mais elevados, em uma medida pensada para que a política de atendimento ao jovem não se perdesse com as eventuais mudanças de gestão. Criamos um banco de remoções de unidades para evitar os antigos apadrinhamentos nas alterações de lotação, fizemos concursos anuais de promoção para mudança de nível. Contratamos um plano de saúde para os servidores e seus familiares, pagando 80% de seu valor. Instituímos o vale alimentação e o BÔNUS anual, que equivale a um salário a mais por ano desde que atingidas metas fixadas em indicadores previamente estudados, incluídos nestes a melhoria nos índices de reincidência e as avaliações feitas por instituições externas: Poder Judiciário e Ministério Público.

Criamos o programa de atenção à saúde do trabalhador, com exames médicos periódicos, vacinação, atendimento na área social, análise de riscos no ambiente de trabalho, instalação de CIPAS e tudo o mais que a legislação prevê, mas que até 2005 não existia na Fundação.

Criamos a Escola para a Formação e Capacitação Profissional, que passou a ser responsável pela capacitação inicial dos servidores e sua capacitação continuada - hoje praticamente toda realizada em ambiente virtual de aprendizagem para diminuir custos. Pensamos e elaboramos uma revista com temas ligados à infância e juventude.

Elaboramos Manuais para todas as áreas. Com um detalhe: tudo feito por nós! Economizamos rios de dinheiro ao não contratar especialistas para dizer como devíamos atuar. Nós mesmos discutíamos entre nós e redigimos os nossos manuais da pedagogia, segurança, enfermagem, serviço social, psicologia, atendimento ao gênero feminino, lavanderia, nutrição etc.

Criamos um sistema de informática que nos permitiu ter informações detalhadas de todos os jovens, de todas as unidades e de todos os servidores, lembrando que sem números não se faz diagnóstico e sem diagnóstico não se tem ação. Ou ela não se coaduna com a realidade.

Hoje qualquer município pode acessar os dados dos jovens que estão na fundação para preparar seu retorno para o Município. Pena que neste país tão pobre, vários municípios ficaram impedidos de ter acesso a tais dados simplesmente porque não têm recursos para adquirir computadores.

Acesso ao Sumário

A partir de 2008, passamos a gerenciar as vagas de nossas unidades, com o inestimável apoio da Corregedoria do Tribunal de Justiça.

Também abrimos nossas portas para a sociedade civil. Temos unidades em gestão compartilhada: 22 centros em que a sociedade civil local nos auxilia no atendimento, criando uma rede bastante positiva para o jovem e sua família. Abrimos as portas para pesquisadores como os do Instituto Sou da Paz.

Construímos 74 centros de atendimento de tamanho pequeno, para levar os jovens mais perto de sua comunidade e de sua família. Desativamos, em outubro

de 2007, o complexo do Tatua pé, local de triste memória.

Consolidamos a atuação da Corregedoria Geral, conseguindo excluir dos quadros alguns servidores que se desviaram da missão institucional.

Tudo isso propiciou que nós recebêssemos elogios do Conselho Nacional de Justiça quando realizou amplo e geral programa de visitas nas unidades de internação de todo o Brasil- o Programa Justiça ao Jovem- tendo sido o Estado de São Paulo escolhido como o local em que a política era realizada com maior organização, com caráter pedagógico inegável e atestando "que a Fundação CASA tinha substituído com amplas vantagens a antiga FEBEM".

Assim, devo agradecimentos muito especiais a todos que ficaram a meu lado nestes doze anos.

Aos Governadores Geraldo Alckmin, Claudio Lembo, José Serra e Alberto Goldman com quem trabalhei e que acreditaram sempre em mim e deram suporte para as transformações.

Ao Dr. Nagashi que sempre me apoiou, especialmente no começo quando tudo parecia tão surreal.

Aos servidores da fundação que acreditaram, apoiaram e implantaram nossas propostas construídas democraticamente em conjunto. E aqui vai meu especial elogio a minha amiga Maria Eli Colloca Bruno que, com seus 71 anos, dá banho de vitalidade em muito jovem de 30. À minha amiga Sara Correa, que um dia após uma tremenda rebelião no Tatuapé me telefonou e disse: não desista, você tem uma missão a cumprir. A minha amiga Cris Gasparin, que nunca parou de fazer orações e acender velas por mim. Aos vários Juízes Corregedores e auxiliares da Corregedoria que, a par de fazerem as devidas correições, também me orientavam, e compartilhavam comigo ideias e sugestões, mostrando que o interesse não era punir os gestores, mas melhorar o sistema socioeducativo. E aqui meu especial agradecimento ao Dr. Reinaldo Cintra. Tenho até vergonha de dizer o quanto você me ensinou, meu amigo. Aos promotores, que também apoiaram e compartilharam ideias, e o faço na pessoa do Dr. João Marcos de São José dos Campos com quem trabalhei nos 12 anos. Ele que sempre cobrou a Fundação com firmeza, mas com elegância e educação. A Defensoria que também foi parceira em muitos momentos e à PGE, instituição à qual pertenço e que permitiu meu afastamento da carreira durante tantos anos e me apoiou com pareceres escritos e orientações ao telefone.

E a minha família. Minha mãe que infelizmente não está mais presente fisicamente, mas que tenho certeza hoje está em festa no céu. A meu pai que sempre me corrigiu o português especialmente, que me criticou quando foi necessário e que dizia a suas filhas: estudem porque a única coisa que ninguém tirará de vocês é o conhecimento adquirido e que também sempre me impulsionou a aceitar desafios {aliás, 20 dias antes de alguém pensar em meu nome para a

FEBEM, ele - ao saber da saída do antigo Presidente - me perguntou: está pronta para assumir a Fundação? premonitório o papai! A meu marido, que aguentou os telefonemas de madrugada, às 7h00 e às 19h00 de passagem de plantão e, atualmente, os irritantes barulhos do WhatsApp. Às minhas irmãs, que me deram a alegria dos sobrinhos que, junto com meu tênis e meus shorts, sempre alegraram e desanuviaram meus dias.

E, por último, um agradecimento muito especial ao Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de seu Presidente Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, e à sua Coordenadoria da Infância e Juventude, na pessoa do Dr. Eduardo Gouvea. Pelo apoio e por esta linda homenagem que jamais sonhei receber na vida.

Mas, depois de 12 anos, o que fazer mais? Já estava com a sensação de estar buscando as mesmas velhas soluções para os mesmos velhos problemas.

Além disso, passei a ter a nítida sensação de que de nada adiantaria fazer um bom trabalho na fundação se não conseguíssemos enquanto sociedade diminuir a entrada dos jovens no crime.

Temos uma realidade nacional desastrosa: 60 mil homicídios por ano, a maioria de homens jovens e negros das periferias; temos na fundação 96% dos jovens que ostentam defasagem idade X série, ou seja, estão fora da série escolar correta para a idade que têm, 30% de abandono e evasão escolar. Isto sem contar aqueles que estão matriculados, na série adequada, mas que são analfabetos funcionais. Um desastre!

Pois bem, acho que chegou a hora de eu, enquanto cidadã, partir para novos desafios. Não sei bem ainda quais serão, nem bem o que fazer, mas tenho convicção que com tudo o que aprendi, estou pronta para compartilhar com quem se interesse em construir uma nova sociedade, mais justa, mais igualitária, mais comprometida com nossas crianças, com nossas escolas e com nossa juventude carente de oportunidades. Para que possamos trazer e praticar a cultura da não violência para a resolução de conflitos. Menos polícia e mais educação para melhorar a segurança pública. Menos armamento e mais políticas sociais de desenvolvimento do ser humano, de sua transformação em um cidadão efetivo e não em um mero consumidor que foi o que assistimos no Brasil nos últimos anos. Menos unidades de internação e mais escolas estruturadas e preparadas para receber e não expulsar as crianças e jovens do século XXI.

Como disse, não sei bem o que ou como fazer, mas confio que nós que fazemos parte desta casta de servidores públicos honestos e comprometidos com a causa pública, que nós que queremos uma sociedade melhor temos que nos unir e nos comprometer com o bem comum. Proponho que caminhemos juntos nesta direção. Este é meu compromisso agora.

Muito obrigada a todos.

Acesso ao Sumário

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ (Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo – TRE-SP)

Discurso proferido por ocasião da posse de Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cerimônia realizada em 28.08.2017).

Senhor Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti,

Senhor Vice-Governador do Estado de São Paulo, Doutor Márcio França, neste ato representando o Governador do Estado, Doutor Geraldo Alckmin,

Senhor Deputado Estadual Cauê Macris, Presidente da augusta Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo,

Senhor João Dória, Prefeito Municipal da cidade de São Paulo,

Senhor Fernando Pastorelo Kfouri, Secretário Administrativo da Procuradoria-Geral de Justiça, neste ato representando o Senhor Procurador-Geral de Justiça, Doutor Gianpaolo Poggio Smanio,

Senhor Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, Doutor Marcos da Costa.

Nas pessoas de Vossas Excelências peço licença para saudar todas as ilustres autoridades civis, militares e eclesiásticas, cujos nomes foram aqui declinados pelo cerimonial, senhores Desembargadores, Juízes, membros do Ministério Público, Procuradores, Defensores Públicos, advogados, servidores deste tribunal, minhas senhoras, meus senhores.

Peço licença ainda para fazer uma saudação a uma pessoa muito especial, por quem tenho um enorme carinho, o Senhor João Teixeira de Faria, conhecido publicamente como João de Deus, exemplo de vida e dedicação ao próximo, que deixou seus afazeres em Goiás para vir a São Paulo prestigiar esta solenidade.

Ilustre empossando e seus queridos familiares e amigos.

Sinto-me profundamente honrado com a escolha de Vossa Excelência, Senhor Presidente, para nesta sessão falar em nome deste centenário Tribunal de Justiça Bandeirante e dar as boas-vindas ao Doutor Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, recentemente nomeado pelo Senhor Governador do Estado, Geraldo Alckmin, para o honroso cargo de desembargador no qual ora é empossado, depois de indicado em lista sêxtupla pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo e escolhido para compor a lista tríplice na classe dos advogados pelo colendo Órgão Especial desta augusta Corte de Justiça.

Desde logo peço escusas a todos os presentes pela simplicidade e modéstia da oração. Como muitos sabem, sou pouco afeito a discursos por não ter o dom

da oratória e nem a facilidade dos acadêmicos para transmitir os pensamentos que me invadem nesse momento. Procurarei, por isso, na exata medida de minhas limitações, desincumbir-se da honrosa missão que me foi confiada.

Serei breve, como sempre almejam os ouvintes, atento também ao fato de que muitas são as autoridades e personalidades que deixaram seus compromissos e afazeres pessoais para emprestarem o brilho de suas presenças a esta solenidade.

O Doutor Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, meu prezado amigo e até há dias colega de judicatura no egrégio Tribunal Regional Eleitoral deste Estado, é filho de Luiz Guilherme da Costa Wagner e de dona Maria Cleide Carvalho, nascido aos 18 de novembro de 1972, nesta Capital. São seus irmãos Rodrigo Wagner, profissional reconhecido na área da Tecnologia da Informação e Everton Wagner, dedicado e competente advogado. É casado com a Senhora Shirley Marcondes da Costa Wagner, advogada, administradora de empresa e recém-formada em gastronomia, de cuja união nasceram suas amadas filhas Luíza e Laura , respectivamente de sete e dois anos de idade.

O Dr. Luiz Guilherme bacharelou-se pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1994 e presidiu o **"Centro Acadêmico 22 de Agosto"** daquela faculdade no período de 1992 a 1993. Iniciou suas atividades como estagiário em 1992 e depois de formado passou a exercer a advocacia, atuando em departamento jurídico de empresas, escritórios e sindicatos. Desde 2008 está à frente do escritório Costa Wagner Advogados Associados, estabelecido nesta Capital.

O Dr. Luiz Guilherme integrou a comissão de processualistas que auxiliou o deputado Paulo Teixeira na elaboração da redação final do Projeto do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados no período de 2012 a 2014.

Foi integrante da Comissão Eleitoral que presidiu a eleição da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, em novembro de 2015.

Integrou o colendo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, na classe jurista, como Juiz Suplente no período de 2012 a 2014 e como Juiz titular, de 2015 a 2017, tendo lá proferido mais de 3000 votos.

É membro do Conselho da Escola Judiciária Eleitoral Paulista, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e do Conselho Editorial da editora Del Rey.

O Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior desde que se formou se dedicou também aos estudos acadêmicos, alcançando os títulos de Mestre em Direito Urbanístico em 2002 e de doutor em Direito Processual Civil em 2008, ambos pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É pós-doutorando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca na Espanha.

Mercê desses títulos e sem prejuízo de suas atividades de advogado e

de juiz integrante da Corte Regional Eleitoral Paulista, sua Excelência vem desenvolvendo, com muita proficiência, intensa atividade dedicada ao magistério superior.

Em 2010 foi colaborador do Programa Hora Legal, da Rádio Justiça, ligada ao Supremo Tribunal Federal, com entrevistas semanais sobre temas de Direito Processual Civil.

Foi coordenador dos cursos de pós-graduação (especialização lato sensu) em Direito de Família e Sucessões e Direito Processual Civil, organizado pela rede LFG e pela Universidade Anhanguera.

Foi professor da disciplina de Direito Processual Civil da rede de ensino tele presencial Luiz Flávio Gomes e da rede Tele presencial Marcato/Praetorium.

Foi coordenador de Especialização em Direito Tributário da Universidade Paulista Unip, no campus da cidade de Santos.

Foi também coordenador pedagógico do curso preparatório para o exame da OAB, realizado pelo Sindicato dos Advogados de São Paulo, nos anos de 2000 a 2002. Atualmente é professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, bem como Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista UNIP, no campus da cidade de Santos.

É professor convidado da Escola Judiciária Eleitoral Paulista-EJEP e da Escola Superior da Advocacia.

O Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior é autor e coordenador de diversas obras no campo do Direito, além de inúmeros artigos jurídicos publicados em obras de grande relevo, tendo ainda proferido quase uma centena de palestras sobre importantes temas nas áreas de Direito Civil, Direito Eleitoral, Direito Urbanístico, Direito do Consumidor, Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

O Dr. Luiz Guilherme também recebeu diversas homenagens, dentre as quais se destacam:

- Láurea do Mérito Docente, outorgada pela Ordem dos Advogados do Brasil;

- Láurea de "Referência Nacional em Honorabilidade"; outorgada pela Assembleia Legislativa de São Paulo;

- Diploma de Honra ao Mérito Docente, outorgado pelo Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Paulista - UNIP;

- Colar do Mérito Eleitoral Paulista, outorgado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

Como se vê pelo exame de seu expressivo currículo, fruto de intenso trabalho, dedicação e amor ao estudo do Direito, o Doutor Luiz Guilherme da

Acesso ao Sumário

Costa Wagner Júnior ostenta plenas condições morais e intelectuais de bem desempenhar as nobres e elevadas funções atribuídas a desembargador desta augusta Corte. Estou certo de que Sua Excelência aqui pontificará, trabalhando, tal como sempre fez em sua carreira de advogado, com toda a dedicação, imparcialidade, denodo e eficiência, para bem servir à causa da Justiça , na árdua missão de realizar o justo concreto.

A par disso, é preciso dizer também que hoje o Doutor Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior vê realizado um sonho que de há muito acalentava e que ganhou corpo ainda maior depois que passou a integrar a Corte Regional Eleitoral, onde atuou como Suplente e depois, por quase três anos, como Titular na classe Jurista: a de exercer a judicatura plena neste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Toda caminhada sempre começa com um primeiro passo. E assim, depois de muitos passos, cada qual a seu tempo, e percorridas diversas etapas em sua vida, o objetivo visado foi finalmente atingido.

A propósito, cabe relembrar que certa feita, num evento sobre Escolas da Magistratura, seu primeiro Diretor e maior incentivador, o saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, afirmou o seguinte: "Conta-nos literatura oriental o exemplo do bambu chinês, que depois de plantada a sua semente, dele não se vê nada, absolutamente nada, por quatro anos, exceto o lento desabrochar de um diminuto broto. Durante esses quatro anos, todo o crescimento é subterrâneo, numa maciça e fibrosa estrutura de raiz, que se estende vertical e horizontalmente pela terra. Mas então, no quinto ano, o bambu chinês cresce até atingir 24 metros." Muitas coisas na vida são iguais ao bambu chinês. Você trabalha, investe tempo e esforço, faz tudo o que pode para nutrir seu crescimento e às vezes não se vê nada por semanas, meses ou mesmo anos. Mas, se tiver paciência para continuar trabalhando e nutrindo, o "quinto ano chegará".

E certamente foi assim em sua vida, Dr. Luiz Guilherme, muito estudo, trabalho, dedicação, esforço, suor e lágrimas, desde os difíceis tempos quando ainda jovem recaiu sobre seus ombros a incumbência de encargos familiares que muito lhe exigiram para manter a família e prover a educação superior, sua e de seus irmãos, forjada com muito sacrifício e dificuldade. Mas seu amor, seus ideais, sua esperança e sua fé para superar todas as adversidades e atingir seus objetivos, não se perderam no árduo caminho percorrido. Vossa Excelência continuou trabalhando e nutrindo por muitos anos e agora chegou o tempo de colher os frutos de tudo de bom que foi plantado nessa longa e difícil caminhada.

Foi uma luta muito grande, sabemos bem disso, meu prezado amigo. Mas Vossa Excelência fez por merecer, pelo grande homem que é, simples, humilde, reto de caráter, generoso, educado, trabalhador, solidário, amoroso, bom filho, chefe de família exemplar e pai extremoso. Amigo sincero e dedicado, inclusive

Acesso ao Sumário

nas horas difíceis, que Deus pôs em meu caminho para que eu tivesse a ventura de tê-lo por perto para me auxiliar quando precisei e por isso lhe sou eternamente grato.

Saiba que, na realidade, mais que todo o cabedal de conhecimento que Vossa Excelência ostenta, são precisamente suas qualidades pessoais de homem justo, probo, sereno, equilibrado, imparcial, firme, dotado de grande senso de justiça, revelado em seus esmerados votos que o distinguiram em todo o tempo de judicatura no egrégio Tribunal Regional Eleitoral, que o fazem digno de vestir a toga de magistrado.

Pois hoje, finalmente, chegou o momento tão almejado. Agora Vossa Excelência se despe da beca de advogado e, definitivamente, veste a toga de Juiz. Tenho certeza que aqui atuará por muitos anos e saberá honrá-la e dignificá-la, como sempre o fez ao longo de pouco mais de vinte anos no exercício dessa linda profissão que é a de advogado.

Peço licença neste momento, em homenagem à nobre classe da advocacia, imprescindível à realização da Justiça, e da qual Vossa Excelência provém, e em homenagem também à querida Magistratura, na qual agora Vossa Excelência ingressa, para rememorar excerto de um artigo denominado que outro dia encontrei em meio a papéis antigos dos tempos de estudante de Direito, publicado há quarenta anos no Jornal do Advogado, mas que ainda hoje é atual, de autoria do estimado Professor e eminente advogado Paulo Sérgio Leite Fernandes, de quem com muito orgulho fui aluno de Processo Penal na gloriosa Faculdade Católica de Direito de Santos, berço de tantos magistrados desta Corte, de ontem e de hoje: Dizia o combativo advogado e querido Professor, ao escrever sobre a modernidade e desprezo às formalidades dos tempos de então, e à atitude dos juízes de Santos ao decidirem envergar suas togas nas audiências e atos forenses: "*O Juiz, por força de suas funções, merece verdadeiramente tratamento diferenciado e respeito profundo. Moço ou velho, noviço ou provado durante anos pelo exercício do ministério, representa o Estado na função augusta de distribuir Justiça. Merece, pois, tratamento diverso, não só em função da lei, mas daquilo que significa para o próprio advogado, eterno litigante à procura do bom Direito. O respeito que lhe temos, repita-se, não advém do temor reverencial, já que o advogado, por força do combate seguido, habituou-se a não vergar a espinha a nenhuma atitude despótica ou caprichosa. Decorre do simples fato de ser juiz, credor da confiança da comunidade, detentor da palavra final no Estado em que se cultue sinceramente a tripartição e a independência dos poderes. É um culto que mantemos puro, defendendo-o contra o ceticismo e o desânimo de muitos. O relacionamento entre advogados e magistrados tem evoluído em compreensão recíproca d os problemas comuns. Devemos honrá-los, auxiliá-los e, se necessário, até protegê-los na dura tarefa a que se destinaram. Somos modernos sim, mas não perdemos a medida*

do misticismo das vestes talares. Para nós, a beca é a farda de campanha, o vestuário de combate, a sofrida vestimenta que usamos no Júri, expressão absoluta da vontade do povo. Assim seja também para a toga, envergada com dignidade e destemor, símbolo representativo de uma Justiça que há de manter-se firme e vigilante no difícil momento que atravessamos, equilibrando os valores e reprimindo a atividade dos violentos".

Não se descure nunca dessa sempre oportuna lição, meu caro amigo e agora colega desembargador. Enverge a toga com honra, dignidade e destemor, emprestando os seus dotes morais, a sua experiência e cultura jurídica para a correta solução das lides e engrandecimento do Poder Judiciário paulista.

Seja muito bem-vindo ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É uma honra para nós recebê-lo. Certamente sua maneira afável e respeitosa no tratar as pessoas, lhe permitirão um bom entrosamento entre seus pares, pelo que prenuncio agradável e harmônica convivência.

Que Deus o fortaleça e o ilumine nessa nova etapa de sua vida. Seja feliz, hoje e sempre, ao lado de seus queridos familiares, aos quais cumprimento efusivamente pela sua posse, Desembargador Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário